

## FUENTES DEL DERECHO

### Decisiones Judiciales (Levaggi § 84):

Dos fueron las cuestiones que se plantearon en torno de las decisiones judiciales: la de la capacidad que tenían los jueces para crear Derecho, y la del valor de los precedentes judiciales (jurisprudencia, en lenguaje moderno) frente a la potestad de decisión del juez.

### Derechos romano y visigodo.

Después de los pontífices, los jueces intervinieron, lo mismo que los prudentes, en la formulación del *ius*. Las normas jurídicas se consideraban implícitas en la costumbre, y fue misión de los jueces explicitarlas frente a cada nueva ocurrencia. Ellos "decían el Derecho" cada vez que pronunciaban una sentencia. En este sentido, sus decisiones participaron en la creación del *ius*. Al lado del *ius civile*, se formó el *ius honorarium*, que fue el Derecho establecido por los jueces –principalmente, por el pretor urbano-. Los jueces no podían modificar el *ius civile*, pero sí dejar de aplicarlo, y basar sus decisiones en la equidad, y en los datos del caso que juzgaban. No sólo interpretaron en forma extensiva y analógica las normas tradicionales, sino que llegaron a crear nuevos principios. Fue, pues, un ordenamiento, aunque incompleto, diferente, y hasta opuesto, al antiguo *ius civile*. Al *ius honorarium* perteneció el edicto del pretor (la *lex annua*), incluso después que Adriano, en el año 130, lo transformó en perpetuo. Este Derecho alcanzó su mayor desarrollo a fines del período clásico.

En la época posclásica, la práctica judicial (*forum*) sirvió para resolver las discrepancias entre el Derecho romano vulgar y el Derecho escrito, con tanta o mayor fuerza que la de los *iura* y las leyes. Los jueces visigodos decidieron, asimismo, cuáles normas se habían de aplicar, y, en el caso de no haberlas, las crearon. Eurico y Justiniano ordenaron que se juzgara por las leyes, y no por los precedentes judiciales, pero la debilidad del poder público no pudo impedir que creciera la importancia del *forum*. La ley respectiva del Código de Justiniano decía que "si alguna cuestión no es bien dirimida, no es conveniente que esto se extienda para error de otros jueces, pues se ha de juzgar no con ejemplos, sino con arreglo a las leyes" (VII, XLV, 13).

### Período Altomedieval.

Fue la época de apogeo de las decisiones judiciales, junto con la costumbre. Ellas se encargaron de explicitar el ordenamiento jurídico, que

generalmente se hallaba no formulado. A fines de la Alta Edad Media y comienzos de la Baja, el poder creador de los jueces llegó a su culminación, al poder fallar a su albedrío (juicios de albedrío) en todo aquello que no estuviera regulado por el fuero. El problema principal que se planteó fue el de las "fazañas", unas sentencias de los jueces castellanos sobre cuyo verdadero significado no están de acuerdo los historiadores del Derecho. Dos acepciones de la palabra son "hazaña, acción importante" y "ejemplo, modelo". "Fazaña" procedía de la voz árabe *hásana*, vulgarmente *hasána*, que quiere decir buena obra, acción meritoria. Para algunos autores (García-Gallo), la "fazaña" fue una fuente del Derecho de primer orden, con autoridad de precedente; para otros (Juan García González), no fue así, salvo cuando se trató de la sentencia del rey, o cuando el juez no actuaba según su libre albedrío, sino basado en la costumbre. Según esta opinión, fue sólo un ejemplo, y un ejemplo no dado necesariamente por una sentencia judicial. La norma jurídica por antonomasia era el fuero. Al repetirse las "fazañas", se convirtieron en costumbres, y como tales cobraron mayor fuerza. Para que valieran como precedente, o como mero ejemplo, se las recopiló. El Fuero Viejo de Castilla reprodujo varias, una de las cuales es la siguiente:

*Ésta es fazaña de fuero de Castilla: que si un hermano a otro deshereda [despoja de su herencia], y no le quiere dar partición de herencia de padre, o de madre, o de otro pariente, que le pertenezca, y retiénela forzada, y va a lo suyo, donde lo halla, y tómaselo por fuerza, y no quiere dar lo que ha tomado, o en lugar de dárselo aquello, tómale más, el hermano, que esto recibe, débeselo mostrar la primera vez ante parientes, y amigos hidalgos [amigables compondores] la injuria que le hace, y débele rogar ante ellos, que se lo enderece, y que se aparte de no hacer más aquella injuria, y que no le tenga desheredado, y si no le quisiere enmendar la injuria que le hace, debe ir a querellarlo ante cinco concejos de las villas comarcanas, y débeles decir estas palabras delante de cada uno de los concejos, y delante de hidalgos, si los hubiere: queréllome ante vos y os hago saber, que mi hermano fulano me tiene desheredado de tal herencia, que debo heredar de padre, o de madre, o de pariente, y que él toma lo suyo, donde lo halla, por fuerza, y que no lo quiere dejar: hago a todos afrentas, y testigos, que yo así ando querelloso de él, y desheredado de tal herencia, que debo heredar; y ruego a vos que se lo digas que me enderece el tuerto [injuria] que me tiene. y si por todo esto no se lo quiere enderezar, débelo querellar al rey en su corte. ..y éste su hermano, a quien querella, debe ser emplazado, así como es fuero de Castilla, y si en el plazo no viniere puédelo desafiar a nueve días adelante. Y si lo prendiere o matare por tal razón no lo pueden decir mal. y esto fue juzgado a*

*Ferrán Pardo, que se querellaba de su hermano Rui Pérez, que le tomaba todo cuanto le hallaba. y esto juzgó don Pedro Gutiérrez de Marañón, y don Pedro Ruiz Sarmiento con consejo de otros infanzones, y otros caballeros que había, y estado delante García Gutiérrez de Ferreyra, merino mayor de Castilla (l, v, 5).*

## **Períodos Bajomedieval y Moderno.**

Hubo una reacción contra la creación judicial del Derecho. Influyeron en esta actitud:

- a) la recepción del Derecho justiniano, especialmente de la constitución que ordenaba fallar por las leyes, y no por los casos resueltos por los jueces; y
- b) el absolutismo regio. Se adujo contra las decisiones judiciales, la falta de sanción del príncipe y de consentimiento del pueblo.

La decadencia fue gradual. Los primeros en ser suprimidos fueron los juicios de albedrío. Las Partidas mandaron que no valiera ninguna sentencia que fuese dada por fazaña de otro, excepto si se tomaba de sentencia del rey, "porque la del rey tiene fuerza, y debe valer como ley en aquel pleito sobre que es dada, y en los otros que fueren semejantes" (III, xxii, 14). El valor normativo de las sentencias quedó limitado a las del rey, el tribunal de la corte y el papa. El estilo o práctica de los tribunales superiores gozó de autoridad hasta principios del siglo XIX, no obstante las críticas de los autores ilustrados, fundadas en la mutación de las opiniones, que solía ocurrir entre los jueces. Negada la autoridad de las sentencias como precedente obligatorio, su valor pasó a ser meramente doctrinal, si contenían motivos o razones que lo justificaran. Ni en Castilla ni en las Indias, se estiló que las sentencias llevaran fundamentos propios. Al ser equiparadas las sentencias a la literatura jurídica, la doctrina de los tribunales se llamó, también, jurisprudencia. Si en cuanto precedentes, las decisiones judiciales sufrieron menoscabo, los jueces mantuvieron incólume el prudente arbitrio, que les permitió, en cada caso, establecer un Derecho ad hoc. En la Baja Edad Moderna, el arbitrio fue criticado, por la incertidumbre que producía acerca del Derecho vigente.

Se planteó la cuestión de si la justicia se debía seguir administrando según fuera la intuición de los magistrados, o a base de premisas bien delimitadas. En Portugal, el estilo de la corte fue equiparado a la ley y la costumbre. La doctrina exigió: que no fuese contrario a la ley, una antigüedad mínima de diez años, y que hubiera sido introducido, al menos, por dos decisiones del tribunal.

El dogma de la separación de poderes y el positivismo legal, resistieron toda posibilidad de creación judicial del Derecho.

Filangieri expresó que

*en los gobiernos despóticos imperan los hombres, en los moderados las leyes. ...que la decisión [del magistrado] se ajuste al texto expreso de la ley: que el lenguaje del magistrado sea el lenguaje de las leyes: que hable cuando ellas hablan, y calle cuando callan.*

La Revolución Francesa tomó partido en este mismo sentido, e influyó con su prédica. Robespierre sostuvo que

*la palabra jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley.*

## **Derecho nacional.**

La primera mitad del siglo XIX mostró las mismas características que el anterior. Sólo la ley podía ser fuente de Derecho, y los jueces debían reducir su función a la aplicación de las leyes.

Vélez Sarsfield (hacia 1840), sobre la base de la ley de Partidas citada antes, no le reconocía a las sentencias fuerza vinculante.

*Pedir que se sentencie de la misma manera que se sentenció otra vez, a más de ser contra la ley ya citada, rebaja la magistratura a un oficio bien indecoroso. ¿A qué se reducirían las funciones de los jueces condenados a arrastrarse servilmente sobre los pasos y 108 errores, diré también, de los que los habían precedido? El magistrado sería entonces un personaje muy mediocre. La autoridad de las leyes sería inferior a la autoridad de los jueces. Sería preciso rodear sus sentencias de todas las formas que tienen las leyes para que los ciudadanos supiesen el Derecho a que debían conformarse. Comúnmente el mismo tribunal reforma sus sentencias, hay recursos para pedirlo así. Comúnmente el tribunal revoca las sentencias de otro, como tantas veces se ha visto en los recursos de injusticia notoria (§ 163). ¿Ya esto quiere dársele el carácter de ley? ¿Por qué no ha de ser lícito pensar y saber más que lo que ha pensado y sabido el juez anterior?... Las leyes no han cedido a los jueces el derecho de legislar, ni ciertamente, los que pronunciaron las sentencias que citan, pensaron que ellas daban a sus sucesores en el oficio una pauta necesaria.*

Por su parte, el Código Civil uruguayo (1868) estableció que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" (art. 12).

La escuela de Savigny respaldó las críticas ilustradas contra la creación judicial del Derecho. Empero, no dejó de influir en pro de una flexibilización del concepto de ley. Fue así que Alberdi (Bases) escribió

que la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes

*... La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Éste la hace más sabia e inicua... Cread la jurisprudencia que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíces.*

Sin embargo, con la codificación se produjo –mejor aún, culminó- un proceso que llevó a la completa sumisión del juez al Derecho legislado, un Derecho que, en su intención totalizadora, hasta pretendía cercenarle la posibilidad de la interpretación (§ 101).

En consecuencia –como indica Bravo Lira-, dejó de declarar el Derecho (*ius dicere*) para reducirse a la aplicación de la ley, a subsumir casos particulares bajo la ley general, según la fórmula del racionalismo jurídico. Desaparecidas las dos grandes masas de material jurídico existentes desde la Baja Edad Media –el Derecho común y los Derechos propios-, y unificado el Derecho en el código, ya no fue necesaria su función tradicional destinada a armonizar aquellas fuentes. La tarea la había realizado el legislador. Mientras las sentencias carecieron de fundamentos propios y de publicidad, mal pudieron influir en la formación de una doctrina judicial o jurisprudencia. Al cambiar esta situación, a mediados del siglo XIX (§ 101), su importancia creció, máxime desde la instalación en la Argentina de la Corte Suprema de Justicia y la publicación de sus fallos (§ 140). Este hecho no significó que las decisiones de la Corte y demás tribunales superiores tuvieran fuerza normativa. Un fallo (1883), confirmado por ella, por sus fundamentos, aclaró que las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto tribunal, él se funda principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del Derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquéllos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos. El valor de los fallos plenarios de los tribunales superiores fue materia de discusión en la Cámara de Diputados, con motivo del debate del proyecto de creación de la segunda cámara de apelaciones en lo civil de la ciudad de Buenos Aires (1910). Federico Pinedo y Manuel A. Montes de Oca propusieron el fallo plenario obligatorio para evitar que hubiera sentencias contradictorias de las dos cámaras. Manuel B. Gonnet se opuso

en nombre de la libertad de decisión que deben tener los jueces. Los casos que se someten a su decisión son todos diferentes –alegó- y “cambiando día a día el ambiente social, la situación social en que se encuentran los jueces para fallar los juicios, tiene forzosamente que variar encauzando la interpretación de sus fallos en ese movimiento evolutivo de la sociedad”. La ley 7055 dejó al criterio de las cámaras el fijar de común acuerdo la interpretación de las leyes y de las doctrinas. La obligatoriedad de la jurisprudencia uniforme se impuso años después (1943) para el fuero de paz de la ciudad de Buenos Aires, y para el fuero del trabajo (1944), extendiéndose a partir de allí a otros fueros. Por entonces, la importancia de la jurisprudencia no se discutía. La superación del método exegético, hacia 1900, contribuyó a acreditarla. Gény opinó que “la jurisprudencia, sin constituir por sí misma una fuente formal de Derecho positivo, debe ocupar entre las autoridades un lugar preferente a los ojos del jurista”. El Código de las Obligaciones de Suiza avanzó más. A falta de ley y de costumbre, dispuso que el juez pronunciara su sentencia “según las reglas que establecería si tuviese que actuar como legislador”. Un ejemplo del papel creador de la jurisprudencia argentina es el del recurso de amparo, introducido por fallo de la Corte Suprema (“Ángel S. Siri”, 1957). Según su decisión, basta la comprobación de la restricción injustificada de una garantía constitucional, para que “sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente”, y “los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

### **Ciencia Jurídica (Levaggi § 85):**

La doctrina es una fuente menor, si se la compara con las demás. Sin embargo, en dos momentos de la historia del Derecho, se manifestó en plenitud. Esos momentos fueron el del Derecho romano clásico y el del Derecho común, ordenamientos, ambos, llamados, por eso, “Derechos de juristas”.

#### **Derecho romano.**

Desde la República, se prestigió el papel de los juristas o prudentes, que recreaban el Derecho al interpretar las costumbres, y participaban en la redacción de las leyes. Además, en sus obras, elaboraron conceptos y soluciones (por ejemplo, las *regulae iuris* = reglas del Derecho), uniendo la teoría a la práctica. Pero donde más se revelaron como fuente directa de Derecho fue en el ejercicio de la función, que a los más destacados les

concedió Augusto, de responder en su nombre a las consultas de los jueces (*ius publicae respondendi*). Gayo (Instituciones) la definió: "respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos a los que se permite establecer Derecho". Parece ser que los jueces, al principio, no quedaban vinculados a los dictámenes de los juristas, como lo estableció la práctica posterior. Los dictámenes se ordenaron y publicaron, fueran los de un autor o las opiniones más importantes en conjunto. El privilegio lo conservaron durante los primeros siglos del Imperio. A partir de Adriano, la creación del Derecho se reservó al príncipe. Cesó la actividad de los prudentes. Los juristas privados se limitaron a asesorar sobre el Derecho vigente. En la época posclásica, las interpretaciones de los juristas antiguos y modernos, expuestas de manera simplificada, eran seguidas por los tribunales. Para evitar los inconvenientes que producía su alegación indiscriminada, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III promulgaron la ley de citas (426). Por ella, se confirmó la autoridad de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, y la de aquellos juristas cuyos tratados y sentencias citaban ellos en sus obras (Escévola, Sabino, Juliano, Marcelo). Si se presentaban varias sentencias, vencía la que apoyaba la mayoría. En caso de igualdad, había de prevalecer la opinión de Papiniano y, en su defecto, la que le pareciera más oportuna al juez. La ley de citas demuestra el bajo nivel cultural alcanzado en la época, con su remisión a las doctrinas de los siglos II y III. Justiniano, por su parte, dio fuerza de ley a las doctrinas contenidas en el Digesto.

### **Derecho común (§ 28 y 29).**

Desde el siglo XIII, la alegación de un texto legal fue acompañada de la opinión de los juristas, que, así, definían lo que era el Derecho. Tanta fue su autoridad que, por ejemplo, las partes del *Corpus Iuris Civilis* no glosadas por Acursio se consideraron no vigentes. Si todo Derecho de juristas fue un Derecho de controversias, en el caso del Derecho común esta característica se acentuó, debido a las contradicciones y vacíos del *Corpus*. Para resolver el problema de las controversias, se aplicaron tres métodos:

- 1) el de la opinión común de los doctores (*communis opinio doctorum*), consistente en hacer prevalecer la opinión unánime (*communissima*) o mayoritaria (*communis*). Baldo, que le atribuyó especial importancia, se ocupó de recopilarlas. El método funcionó bien mientras la ciencia jurídica se practicó sólo en un espacio limitado (algunas ciudades italianas), y se sintió respeto por los juristas más destacados (Acursio, Bartolo, Baldo). Desaparecidas estas condiciones, entró en crisis;
- 2) el de las leyes de citas, como la de Juan II de Castilla (1427), que prohibió citar autores posteriores a Juan Andrés y Bartolo; la de los

- Reyes Católicos (1499), que en defecto de ley, sólo reconoció autoridad a Juan Andrés y el Abad Panormitano en materia canónica, ya Bartolo y Baldo en materia civil; y las Ordenações Afonsinas (§ 47 bis), que adoptaron, como Derecho subsidiario, a la Glosa de Acursio y la opinión de Bartolo; y
- 3) el de la decisión legislativa, del cual fueron ejemplo las leyes de Toro (§ 47).

### **Derecho científico.**

No ya fuente directa (formal) del Derecho, pero sí indirecta (material), fue la doctrina para la escuela del Derecho científico, que se propagó en el siglo XIX (§ 66). Esta importancia de la doctrina no decayó hasta el presente. Savigny (Sistema del Derecho romano actual), precisó cuál era la función del jurisconsulto en la vida de un pueblo. El Derecho popular, que nunca desaparece de su conciencia, cobra, con el andar del tiempo, una forma nueva, cuya determinación y aplicaciones competen a los juristas. Éstos ejercen sobre el Derecho una doble acción: la una creadora y directa, pues reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el Derecho como representantes de esta nación; la otra, puramente científica, pues se apoderan del Derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica. Esta última función de los jurisconsultos, nos los presenta en una especie de dependencia y obrando sobre una materia determinada. Pero la forma científica que ellos le imprimen, y que tiende siempre a desenvolver ya completar su unidad, reobra sobre el Derecho mismo, le proporciona un procedimiento orgánico, y la ciencia llega a ser un nuevo elemento constitutivo del Derecho. Adhiriéndose a esta posición, Bello, Freitas y Vélez Sarsfield redactaron sus proyectos de código civil sobre la base del Derecho tradicional y del Derecho científico (§ 74, 74 bis y 261). Vélez declaró que, como Justiniano había hecho con el Digesto, se proponía convertir en leyes los textos de los grandes jurisconsultos.