

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

40

(2011)

Giudici e giuristi.
Il problema del diritto giurisprudenziale
fra Otto e Novecento

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

LA JURISPRUDENCIA CIVIL EN LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA (S. XIX-XX)

I. PLANTEO PRELIMINAR. — Presentación del tema. — Un vocablo, dos conceptos. — II. COMIENZOS DE LA MODERNA JURISPRUDENCIA: 1. La cuestión en la primera mitad del ochocientos. — 2. Primeras ideas valorativas acerca de la jurisprudencia. — 3. La *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. — 4. Balance de dos décadas. — 5. En los inicios de la codificación. — 6. La entrada en escena del Código Civil y sus comentaristas. — 7. Las nuevas ideas a principios del novecientos. — 8. Una reforma decisiva: la ley 7055. — III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL. — 9. La jurisprudencia en juristas de las generaciones de 1910 y 1925. — 10. La jurisprudencia como fuente subsidiaria. — 11. El laboratorio jurisprudencial: revistas y repertorios. — 12. La jurisprudencia en las aulas. — 13. Misión del juez y aporte de la jurisprudencia. — 14. La jurisprudencia integrada al derecho positivo. IV. EPILOGO.

I. PLANTEO PRELIMINAR

Presentación del tema.

La jurisprudencia, tal como la conocemos hoy en el mundo forense, tiene una historia de corta duración que, iniciada en los comienzos del ochocientos, alcanzó la situación actual a mediados de la centuria pasada. Sin embargo, la voz y el concepto mismo reconocen raíces más antiguas. Un diccionario decía que « es voz puramente latina (Iuris prudentia) ». Aquella trayectoria, pese a su brevedad, es compleja por la variedad de opiniones, recelos e interrogantes que dilataron su construcción intelectual. Esta solo se afianzó en los últimos tramos de ese derrotero, cuando se dieron las condiciones de sustentabilidad necesarias dentro del orden jurídico dogmático y de la teoría del Estado contemporáneo.

Es un tema estrechamente vinculado con los de la fundamentación y publicidad de las sentencias; y guarda relación con los

criterios de interpretación y con la misión asignada al juez dentro del ordenamiento. Así la jurisprudencia fue adquiriendo relieve cuando empezó a concebirse la función judicial con una mayor libertad interpretativa, superando la imagen del juez como mero resorte de la aplicación del texto legal. Esa jurisprudencia, a su vez, abría para unos la posibilidad de una mayor creación jurídica y para otros, por su propia fijeza, se convertía en una traba para aquella libertad.

En torno a estas cuestiones básicas y otras menores se suscitaban variadas opiniones y, a veces, intensos debates. Las armas intelectuales se renovaron y los criterios se refinaron a medida que transcurría el tiempo. La riqueza de matices que caracteriza a este movimiento de ideas puede descubrirse en la selectiva transcripción de párrafos sustanciales de diversos tipos de escritos y exposiciones de principales juristas argentinos de la época — jueces, autores, profesores — que nos permitirá observar en que modo la cultura jurídica enfocaba el rol de la jurisprudencia y al mismo tiempo atender a la contribución efectivamente aportada por esa misma jurisprudencia a la dinámica del ordenamiento.

Mi interés por la historia de las fuentes del derecho lleva años de investigación y consiguientes publicaciones. En 1978 dí a conocer un trabajo sobre la materia que nos ocupa, bajo el título « Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina » ⁽¹⁾ en el cual expuse la información y orientación conceptual sobre el movimiento desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX. Buena parte de ese texto se incorpora al presente ensayo, después de haber sido objeto de revisión y ajuste y sobre todo integrado a una idea intelectual renovada y más abarcadora que se extiende a la primera mitad del novecientos, época de consolidación de la institución. De esta manera espero responder modestamente a la honrosa invitación del profesor Pietro Costa para participar en este número monográfico de los *Quaderni Fiorentini*.

Un vocablo, dos conceptos.

Para aproximarnos al concepto contemporáneo de jurispru-

⁽¹⁾ *Revista de Historia del Derecho*, número 6, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, pp. 314-352.

dencia, son instrumentos útiles los diccionarios, vocabularios y libros didácticos usuales dentro del orbe hispano y particularmente en el ámbito rioplatense. Con ellos podemos recrear el marco lexicográfico de época.

En estos textos sobresalía como acepción de la voz, la de « ciencia del derecho », con una clara referencia a las raíces antiguas (Justiniano) y medievales (las Partidas de Alfonso X). Era ésta la única que ofrecían los diccionarios del siglo XVIII y alguno incluso del ochocientos. A su sombra surgió una segunda acepción que, con el curso del tiempo, fue adquiriendo entidad propia hasta convertirse en la moderna fuente del derecho que hoy conocemos bajo ese nombre y que constituye el objeto de este ensayo.

Esta segunda acepción se fue enunciando en dichas obras con diversos tonos y variantes, pero siempre guardando un mismo significado. Una de sus primeras definiciones fue la de « ciencia o hábito práctico de interpretar las leyes rectamente y aplicarlas con exactitud a los casos ocurrentes » (2). Ya entonces se avanzaba la idea de que esta segunda acepción constituía un necesario complemento de la primera. Así por ejemplo, el profesor Pedro Somellera de la Universidad de Buenos Aires, en sus lecciones de 1824 sobre derecho civil, se encargaba de subrayar ese enlace al expresar que la jurisprudencia no era « una ciencia puramente especulativa que termina en el saber » sino que « obra y reduce a actos lo que enseña; y he aquí su conveniencia con las demás ciencias prácticas ». Este profesor concluía con una clara advertencia: « Sabidas por el abogado las leyes, ha de interpretarlas, y después aplicarlas a los casos que ocurren en la vida civil. Quien no reúne estas tres cosas, no será un jurista » (3).

El *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche alcanzó una amplia circulación durante el siglo XIX en el orbe hispano. Allí se encontraban los dos significados ya expuestos. Con relación al segundo aparecían algunas variantes en las definiciones. Así apuntaba que también se llaman jurispruden-

(2) J. M. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España a Indias*, edición Buenos Aires, 1834, pp. 7-9.

(3) P. SOMELLERA, *Principios de Derecho Civil*, dictados en la Universidad de Buenos Aires, tomo I, Buenos Aires, 1824, pp. 1-2.

cia « los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal o tal manera una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho » (4).

Otro diccionario que, por su origen y naturaleza, tenía un estrecho contacto con el léxico jurídico es el que desde la primera mitad del siglo XVIII editaba la Real Academia Española. En las sucesivas ediciones se registra la evolución de los vocablos mediante las nuevas acepciones introducidas, el orden dado a las mismas y los cambios operados en los textos. Desde la primera edición se mantuvo en primer lugar para la voz « jurisprudencia » el significado de « ciencia del derecho ». Más tarde, se introdujeron otras dos acepciones que atendían a su sentido como fuente de derecho. Una decía: « Enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernamentales o judiciales »; y la otra asentaba: « Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos » (5).

Un cambio apreciable han tenido estas acepciones en las últimas ediciones del siglo XX del diccionario académico. Por segunda acepción se introdujo esta definición: « Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen »; por tercera: « Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes » (6).

Este breve recorrido por sendas lexicográficas destaca la vigencia de los significados principales. El que lo define como « ciencia del derecho » mantiene el lugar más relevante y así se le ha usado a lo largo de las dos últimas centurias para designar, por ejemplo, facultades, doctorados, academias, obras de autores o para aludir a otras cuestiones, siempre con referencia a un cultivo enteramente científico del derecho.

(4) J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858 (3ª edición), p. 1174.

(5) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1956, 18º edición.

(6) ID., *Diccionario*, 21ª edición, Madrid, 1992.

El segundo significado, a su vez, tuvo un notable crecimiento conceptual y una vasta difusión en el campo letrado. Al principio, para aclarar de lo que se trataba, fue útil el sintagma « jurisprudencia de los tribunales » hasta que el transcurso del tiempo obró a favor de la fuerza expansiva del mismo e hizo innecesaria la persistencia del aditamento. Dicho crecimiento, en su uso corriente, sin embargo, no trajo efectos negativos sobre el primer significado y más bien puede observarse un sutil enlace entre ambos, actuando la nueva acepción de complemento necesario, como lo anunciaba el profesor Somellera en la primera mitad del siglo XIX.

Esto mismo se comprueba si observamos el dinamismo léxico que presenta este segundo significado, a través del recorrido realizado sobre las distintas variantes introducidos en su abarcadora definición y que constituye el meollo del relato histórico que haremos en estas páginas. Se verificará así la común creencia entre los estudiosos de que las transformaciones léxicas suelen encubrir procesos de evolución o cambios conceptuales.

Para cerrar este punto preliminar es preciso señalar que nuestro ensayo se ciñe a una modalidad de la jurisprudencia, la de orden civil, de origen europeo y raíces indianas, sin abarcar otra, de orden constitucional de origen estadounidense, que tuvo también desenvolvimiento importante en el derecho público de la Argentina. La conexión entre ambas y el consiguiente influjo recíproco quedará reflejada en algunos aspectos puntuales de nuestro estudio, pero un examen de la trayectoria de ese orden es ajeno a estas páginas.

II. COMIENZOS DE LA MODERNA JURISPRUDENCIA.

1. *La cuestión en la primera mitad del ochocientos.*

El precedente judicial en el derecho castellano-indiano estaba reducido principalmente a la *práctica* de las Audiencias. Sobre esta magra realidad, cayó la crítica dieciochesca para empequeñecer aun más su valor. Desde un punto de vista intrínseco, lo hizo Juan Francisco de Castro, en 1765, al tratar de demostrar « cuanta

inconstancia, incertidumbre e irracionalidad » había en esas decisiones, para que « puedan servir de ejemplares que indistintamente se deban imitar » (7).

El principal argumento utilizado para el ataque fue la proposición sostenida de que, en un buen ordenamiento de los poderes, el juez debía limitarse a aplicar la ley, sin interpretarla, ya que esto último era función propia del poder legislativo. Como decía Montesquieu, « en los Estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley » (8).

El movimiento codificador europeo recogió la doctrina, estableciéndose, de modo más o menos expreso, que los jueces debían limitarse a resolver los casos a ellos sometidos, sin sentar reglas generales, y que las sentencias no podían hacerse extensivas a otros casos o personas. En esta orientación se manifestaron los códigos de Prusia, Francia (artículo 5) y Austria (artículo 12) (9).

De tal modo, bajo el peso de tantas autoridades, quedó consagrada la doctrina que negaba a las sentencias valor como precedente judicial. Ello vino a obrar, en nuestro caso, sobre una realidad que no le era hostil, de manera que se impuso fácilmente, aunque sin desplazar totalmente a la *práctica* de los tribunales superiores.

El tema no pareció preocupar a los juristas rioplatenses durante la primera mitad del siglo, si nos atenemos a la ausencia casi total de referencias al mismo. Sólo un alegato forense, escrito hacia 1840 por Dalmacio Vélez Sarsfield, permite acercarnos a la cuestión. En esta ocasión, el jurista cordobés, en defensa de la posición de su parte en el pleito, formulaba una severa crítica al valor que pudiera concederse a la decisión judicial como precedente.

Recordaba, en primer lugar, la ley prohibitiva de las Parti-

(7) J. F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Madrid, 1765 (ed. 1829, 1, 2, 5, 4). Sobre el ejemplar en el derecho indiano, puede verse V. TAU ANZOATEGUI, « *El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana* » en Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Escuela Libre de Derecho, UNAM, México 1995, pp. 1631-1656.

(8) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, lib. VI, cap. III.

(9) Sobre esto, véase F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid, 1902, pp. 61-113.

das ⁽¹⁰⁾ y otro precepto, en sentido análogo, de las leyes indianas ⁽¹¹⁾. Sostenía luego que el deber de los jueces era juzgar por las leyes y no por comparaciones; que las leyes no habían cedido a los jueces el derecho de legislar; que los jueces, al dictar sus fallos, no habían creído formar precedentes, y sólo lo habían hecho para resolver el caso que se les planteaba; que las sentencias así dictadas eran inciertas, desconocidas y carentes de las formas propias de las leyes para que llegasen a conocimiento de los ciudadanos. Por último, decía que resultaba indecoroso para un juez «arrastrarse servilmente sobre los pasos y los errores» de los que lo habían precedido ⁽¹²⁾. Esta actitud de Vélez Sarsfield no era meramente circunstancial sino que, años después, sus ideas se volcarían en su labor como codificador.

Sin embargo, una apreciación de las sentencias en el sentido que venimos estudiando, ya despuntaba en el propósito — frustrado al fin — de Bernardo Vélez cuando, en 1834, se lanzó a la empresa de editar *El Correo Judicial* — un periódico bisemanal, que sólo alcanzó ocho números —, en donde proyectaba publicar los fallos de los tribunales. Al anunciar el objetivo de la publicación, afirmaba que la reunión y publicación de las resoluciones judiciales ofrecía varias ventajas. Por aparte de servir como garantía del buen procedimiento judicial, de instrucción e ilustración al público y como un medio de evitar la promoción de litigios injustos ante el temor de la crítica, señalaba este otro Vélez que dicha recopilación « presenta a los jueces, a los letrados, y al público toda una colección de casos, y otros tantos ejemplares, para que puedan regirse con acierto en otros idénticos o semejantes que puedan ocurrirles » ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Esta ley decía, en su parte pertinente, « que no debe valer ningún juicio que fue dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen aquella fazaña, de juicio que el Rey hubiese dado », en cuyo caso ésta debía valer como ley no sólo en el pleito suscitado sino « en los otros que fuesen semejantes » (Partidas III, XXII, 14). El moderno glosador de *Los códigos españoles* afirmaba que « la regla de prudencia que deben observar los jueces en estos casos por falta de ley, son las ejecutorias de los tribunales superiores y supremos » (t. II, 2ª edición, Madrid, 1872, p. 290).

⁽¹¹⁾ *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, I, ii, 20.

⁽¹²⁾ D. VÉLEZ SANSFIELD, *Escritos jurídicos*. Edición del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1971, p. 219-220.

⁽¹³⁾ *El Correo Judicial*, n° 1, Buenos Aires, 27 de agosto de 1834, p. 2 Reedición

El proyecto de Bernardo Vélez no encontró buena acogida. Según él mismo decía, el principal obstáculo lo halló en la propia Cámara de Justicia de Buenos Aires, que era, precisamente, la principal fuente de información para una empresa de esta naturaleza ⁽¹⁴⁾. Es evidente que no había aún en el foro opinión favorable hacia la publicidad de las sentencias y menos aún acerca del valor de invocarlas como precedentes.

En cambio, gozaba de mayor solidez doctrinaria el movimiento destinado a obtener la fundamentación obligatoria de las sentencias. Basado en el principio liberal de la seguridad individual, se sustentaba en la idea de que la sentencia fuese meramente la aplicación del texto legal, para desterrar, de este modo, la arbitrariedad del magistrado. En el país, esta corriente de opinión contó, ya durante la primera mitad del siglo, con algunas interesantes expresiones legislativas y doctrinarias, destacándose entre éstas últimas las de Valentín Alsina y Miguel Esteves Saguí ⁽¹⁵⁾.

2. *Primeras ideas valorativas acerca de la jurisprudencia.*

La segunda mitad del siglo XIX ofrece un cuadro más favorable a la cuestión que nos ocupa. La fundamentación obligatoria de las sentencias dejó de ser ferviente deseo de algunos y tímida preocupación legislativa, para convertirse en un precepto recogido en constituciones y códigos procesales a partir de 1853 ⁽¹⁶⁾. La publicación de los fallos fue, a su vez, alentada por disposiciones gubernativas e iniciativas privadas, emprendiéndose varias tentativas en tal sentido, para formar colecciones de los mismos. Salvo excepciones, carecieron de continuidad, aunque sirvieron para preparar un cambio de la situación.

Tanto la fundamentación obligatoria como la publicidad de las sentencias no implicaban necesariamente en quienes las propugna-

facsimilar en B. Vélez, *Índice de la compilación de derecho patrio* (1832) y *El Correo Judicial* (1834). Edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1946.

⁽¹⁴⁾ *Id.*, n° 8, 21 de octubre de 1834, p. 63-64.

⁽¹⁵⁾ Me ocupo con extensión de este tema en V. TAU ANZOÁTEGUI, « *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina* » en *Revista de Historia del Derecho*, N° 10, Buenos Aires, 1982, p. 267-371.

⁽¹⁶⁾ *Id.*, 317 ss.

ban la idea de crear una jurisprudencia. Es más, algunos se mostraban recelosos o indiferentes ante esa posibilidad y sólo veían en aquellos requisitos una protección a los derechos de las partes en litigio, y una manera de exponer a la crítica general la labor desarrollada por los magistrados. Con todo, es evidente que sus efectos estaban dirigidos también a rodear de valor al precedente judicial, ya que una jurisprudencia no podía existir sin la motivación razonada de los fallos y su consiguiente publicidad.

Indicios del nuevo movimiento se pueden advertir, en esta época, tanto en disposiciones oficiales como en otras manifestaciones de la actividad jurídica. De lo primero hay varios ejemplos en el interior del país, donde aun dominaba el vocablo *práctica* en la terminología usada para referirse al valor del antecedente judicial. En Tucumán se estableció, en 1851, que el juez podía fundar la sentencia, en defecto de ley expresa, « en *práctica* corriente » (17). Una ley mendocina de 1853 incluía, entre las fuentes en que debía fundarse la sentencia, a « las decisiones de los Tribunales que hayan establecido una *práctica* ya reconocida en el foro » (18). En 1858 el gobierno de Córdoba, al promover la publicidad de los fallos, lo hacía tanto por ser « una de las mejores garantías del acierto de ellas », como por contribuir « a fijar la inteligencia y aplicación práctica de la ley » (19). A su vez, en Corrientes, según el Reglamento de 7 de agosto de 1862, la fuerza jurídica de los antecedentes judiciales quedaba condicionada a que los tribunales superiores se integrasen con letrados (20).

Más precisas eran las ideas que empezaban a recoger nuestras primeras revistas forenses. En 1854, al anunciar su aparición, *El Plata Científico y Literario*, dirigido por Miguel Navarro Viola, sostenía que mientras debíamos aceptar y aplicar « los códigos de las

(17) Reglamento de Tucumán de 2 de enero de 1851, art. 36.

(18) *Código de las leyes, decretos y acuerdos que sobre administración de justicia se ha dictado en la provincia de Mendoza...* Mendoza, 1860, p. 276-277.

(19) Archivo Histórico de Córdoba, Gobierno. Copiador del Gobierno y Ministerio, 1858, t. 4, f. 13.

(20) Reglamento de Corrientes del 7 de agosto de 1862, art. 4 Citado por M. IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina (ensayo histórico)*. La Plata, 1938, p. 259.

sociedades cultas », en cambio, la jurisprudencia no se hallaba en el mismo caso. Así decía: « Cerca de medio siglo de Tribunales independientes de la influencia de la Península, ha podido dejarnos algo en todos los ramos de esa ciencia. ¿A qué iríamos a mendigar a Francia y a la España sus causas célebres en tanto que yacen las nuestras en el polvo de los Archivos? ¿Cuánto más conveniente no nos es estudiar las sentencias de nuestros Tribunales, analizar las causas notables sobre que recaen, juzgar esas mismas sentencias, e ir formando de todos estos trabajos un cuerpo de Jurisprudencia propia? ». Y agregaba enseguida: « Aparte de ser ello un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. El sabe que una sentencia fundada que hoy se da, no será mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad » (21).

Tiempo después, el mismo Navarro Viola tenía ocasión de ampliar sus ideas en esta materia. Decía que todo código, aun el mejor concebido y redactado, necesitaba ser completado, en su aplicación, con las sentencias judiciales. Pero no « cualquier sentencia, sino sentencias tales que lleven consigo la presunción de infalibilidad posible: la última sentencia en un pleito, aquella de que las leyes no admiten recurso alguno ». Apoyándose en que la jurisprudencia así concebida se encontraba en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, y era, incluso, admitida por la ley 14, título 22 de la 3a. Partida, proponía que se aplicara esta norma, formándose por los relatores de la Cámara de Justicia un Registro de aquellas sentencias que los camaristas indicasen. De tal modo, agregaba, los litigantes conocerían en muchos casos de antemano, la decisión presuntiva y podrían solucionar sus pleitos (22).

Navarro Viola apoyaba su opinión en la controvertida ley del código alfonsí, la misma que había servido años atrás a Vélez Sarsfield para pronunciarse en contra de la vigencia del precedente judicial. Pero mientras el jurista cordobés había hecho alusión a las decisiones judiciales en general, en cambio, Navarro Viola resaltaba

(21) *El Plata Científico y Literario*. Prospecto. Buenos Aires, 1854, p. 3.

(22) M. NAVARRO VIOLA, « *Jurisprudencia de sentencia* » en *La Revista de Buenos Aires*, t. Buenos Aires, 1869, p. 435-438.

sólo el valor del precedente emitido por los tribunales superiores, que equivalía al único admitido por aquella ley de Partida ⁽²³⁾.

Del mismo sentir era un artículo aparecido en el periódico salteño *La Libertad en el Orden* en 1859. Al referirse a la inmediata instalación de un Supremo Tribunal de Justicia común a las provincias de Tucumán, Salta y Jujuy decía, bajo el confesado influjo del modelo norteamericano, que « sólo de este modo sería posible la creación de una verdadera jurisprudencia en la práctica judicial de estos países, entendiendo por tal aquella interpretación doctrinal que los Tribunales Superiores dan a las Leyes en el momento de su aplicación; aquel sentido que resulta de las decisiones uniformes y constantes de las Cortes de justicia que, no sólo completan las leyes, sino las explican y les inspiran su verdadero espíritu e inteligencia; circunstancias todas que no pueden fluir sino de una fuente única y soberana por decirlo así cual sería el mencionado Tribunal ». El escritor agregaba, por último: « La ley, al salir de las manos del Legislador, es un precepto general y vago, una letra casi muerta; el juez al aplicarla es quien le da acción, vida y movimiento, constituyendo sus autos el verdadero código de la jurisprudencia patria » ⁽²⁴⁾. Se trata de un párrafo notable que se adelantaba a su tiempo.

Al publicarse en 1859 la revista *El Foro*, fundada por el Colegio de Abogados, se destacaba la sección de Jurisprudencia como la principal del periódico. Con tal motivo, brindaba una equilibrada opinión sobre el estado de esta cuestión. Así decía: « La Jurisprudencia de las sentencias como medio de interpretación jurídica, tiene sus apologistas y sus detractores, igualmente apasionados. Unos le atribuyen una importancia soberana y decisiva; y la consideran como el primer *instrumento de certidumbre para la ciencia del derecho en general*. Otros quisieran levantar una hoguera y hacer un auto de fe *con todas las colecciones de sentencias sin excepción*, como incapaces de prestar servicio ninguno; y propias tan solo para favorecer la pereza y matar el estudio ». Para el articulista, ambas tendencias eran exageraciones de « espíritus preocupados, a

⁽²³⁾ Sobre esto, veáse nota 10.

⁽²⁴⁾ Transcripto en *El Nacional Argentino*, n° 915, Paraná, 17 de abril de 1859.

las cuales debemos guardarnos igualmente de suscribir », y era conveniente, pues, fijar con precisión, su verdadero alcance.

De tal manera empezaba aseverando que « la autoridad de las sentencias de los Tribunales Superiores, sea para fijar el sentido de las leyes oscuras, sea para suplir su silencio, es una realidad que todos perciben, y que debe considerarse como fuera de toda contradicción ». Advertía que en esto no había nada nuevo, sino que simplemente era la interpretación que los juristas habían llamado usual o consuetudinaria y que desde el derecho romano había pasado a las sociedades modernas.

Como en otros escritores, los ejemplos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia asomaban de inmediato para apoyar sus ideas. Pero enseguida prevenía contra los excesos a que podía conducir un servil apego a la jurisprudencia: « Es preciso — decía — sin embargo no llevar el respeto a los precedentes hasta caer en un empirismo ciego; y figurarse que basta ocurrir a los casos juzgados en busca de solución para las dificultades que se presenten, como ciertos homeópatas que hacen consistir toda su ciencia en buscar en un índice el remedio para cada enfermedad ». Apoyado en autorizadas opiniones, afirmaba que, para alcanzar fuerza de ley, la jurisprudencia requería una larga serie de pronunciamientos constantes y uniformes sobre el punto de derecho en cuestión, y aun así cabía apartarse de ella cuando las circunstancias lo exigían.

Concretando todo esto al propósito de la publicación, concluía: « Hasta ahora las decisiones de nuestros Tribunales, han estado condenadas a la oscuridad y al olvido entre el polvo de los archivos. En adelante, consignadas en parte al menos, en las páginas de esta modesta publicación, ejercerán toda la influencia que les corresponde; y fijando hoy una regla incierta de práctica, mañana el verdadero sentido de una ley oscura o deficiente irán formando gradualmente la Jurisprudencia de los Tribunales del Estado » (25).

Este pronunciamiento sobre el tema ofrece sumo interés por tratarse de una revista fundada por el Colegio de Abogados, cuya comisión de redacción estaba integrada por un grupo de destacados juristas, a los que, por cierto, cabe asignar la autoría de las ideas

(25) *El Foro. Revista de Legislación y Jurisprudencia, fundada por el Colegio de Abogados*. Buenos Aires, 1859.

expuestas. Ellos eran: Manuel R. García, José Domínguez, José Barros Pazos, Roque J. Pérez, Luis Sáenz Peña y Manuel Quintana. Aun cuando la revista tuvo vida muy efímera, alcanzó a iniciar su actividad de publicar sentencias con comentarios críticos.

El fracaso de *El Foro* no desanimó a otros para lanzarse, con renovados bríos, a la publicación de periódicos judiciales y así en la década del 60 fueron numerosas las tentativas y realizaciones en este aspecto. Estas empresas perseguían el propósito de dar a conocer las sentencias judiciales y, aun con matices, coincidían en señalar la importancia que ellas tenían como precedente. Veamos lo más sustancial de este desarrollo.

Al proponer José Francisco López en 1866 la creación de una Revista Judicial, decía que era para ayudar a formar « un cuerpo de doctrina y jurisprudencia argentina », en la que los jueces pudieran encontrar resueltos muchas cuestiones de derecho. Señalaba que las sentencias judiciales « son el espíritu de la jurisprudencia de cada país » y agregaba que la de los tribunales superiores de Buenos Aires llegaría a constituir autoridad dentro y fuera del país, así como ocurría con el Tribunal de Casación de París ⁽²⁶⁾.

El Judicial, periódico forense redactado por Mariano F. Espiñeira, anunciaba en su n° 149, del 5 de diciembre de 1867, la próxima publicación de cuadros estadísticos y sintéticos de la jurisprudencia de los tribunales. Decía al respecto: « La importancia de estos trabajos sintéticos no puede ocultarse a los hombres que se dedican al estudio de la Jurisprudencia práctica. Ver en un cuadro sinóptico el número de causas de igual género resueltas por tal o cual Jurisprudencia, es saber de antemano cómo se fallarán otras de la misma especie y entonces casi puede decirse *a priori* cuál será el resultado de un litis que se proyecta iniciar, lo que importa decir en otros términos: el estudio de estos cuadros, producirá el efecto inmediato de disminuir los pleitos, ahogando en su seno la chicana, o la mala fe, mostrándose anticipadamente por la existencia de aquellos cuadros, la impotencia de los artificios que se puedan poner en juego para doblar la recta vara de la Justicia ».

Salía al paso de la objeción que se le podía hacer con la ley prohibitiva de las Partidas pero, en vez de contestarla con los

(26) *El Nacional*, n° 3078. Buenos Aires, 16 junio de 1866.

argumentos expuestos por Navarro Viola, prefería reconocer la justeza de la objeción y rebatirla por otro camino. Consistía éste en partir de la disposición del mismo código alfonso, que otorgaba a la costumbre fuerza aún para derogar la ley (27). Consideraba que las sentencias de los tribunales superiores, al ser formulaciones repetidas y consentidas por el pueblo, hacían costumbre y, por lo tanto, tenían igualmente fuerza de ley. Traía además, en apoyo de su posición, el sistema anglosajón del precedente y la opinión de nuestros prácticos.

Interesa aquí puntualizar más la doctrina sustentada que los resultados prácticos obtenidos con los cuadros jurisprudenciales anunciados. Estos, efectivamente se publicaron, a partir del n° 152, bajo el título « Jurisprudencia de los Tribunales ». Estaban divididos en siete columnas, que contenían: la materia del caso, por orden alfabético; el nombre del juez o tribunal en las distintas instancias; el número de « considerandos » de cada fallo; las leyes o derecho aplicado; el resultado del juicio, en la instancia superior, indicándose si la sentencia fue consultada, confirmada, revocada o reformada; y el lugar donde había sido publicada. El carácter esquemático de los cuadros no permitía, a primera vista, conocer el estado de la jurisprudencia y la doctrina que los tribunales habían sentado sobre determinada cuestión, o la inteligencia dada a ciertas disposiciones legales. Esa labor constituía, no obstante, un esfuerzo sin precedentes en la materia.

En 1869, la pluma de otro jurista abordaba especialmente la cuestión. Se trataba de Vicente G. Quesada, quien decía: « La jurisprudencia de las sentencias en la justicia nacional es la base inmovible sobre la cual reposa la aplicación de las leyes. De manera que una vez resuelta una causa y aplicada la ley en un sentido dado, el pueblo sabe que los casos análogos serán regidos por la doctrina inalterable de la jurisprudencia de las sentencias. Por esta razón es incuestionable la importancia jurídica entre nosotros de los fallos de la Suprema Corte, y por esto también la necesidad que los tribunales de provincia acepten aquella doctrina tan conveniente como equitativa, armonizándose así con los principios del régimen nacional, pues se traza con claridad un camino conocido ».

(27) Partidas, I, ii, 6.

Afirmaba Quesada que esta doctrina era ya aceptada por las leyes antiguas y así las Partidas, por vía de la costumbre como medio de interpretar la ley, establecía « indudablemente la jurisprudencia de las sentencias como un medio legal para decidir las causas litigiosas, y de aquí nace la importancia de hacer públicos los fallos, no tan sólo por la doctrina legal que ellos contengan, sino porque con arreglo a lo resuelto en *dos* juicios debe resolverse en adelante todos los que sean análogos » (28).

Como advertimos, Quesada exaltaba al máximo el papel de la jurisprudencia y omitiendo la ley restrictiva de las Partidas con respecto a las fazañas, prefería apoyarse en las leyes que abordaban la costumbre jurídica, extrayendo de allí fáciles conclusiones a favor de la fuerza de la jurisprudencia y más aún, estableciendo como suficiente uno o dos juicios para sentar la regla, en base a la cual debían resolverse en el futuro casos análogos.

3. *La Revista de Legislación y Jurisprudencia.*

Llegamos así, sobre el final de la década, al más grande esfuerzo en lo que respecta a una publicación forense: la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* dirigida por José María Moreno, Ceferrino Araujo, Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, todos ellos renombrados juristas.

El primer volumen apareció en 1869 y en su presentación señalaba la importancia que tenía la jurisprudencia de los tribunales. Definía a ésta como « la tercera manera de interpretación de las leyes », distinta a la del legislador o a la del comentarista, ya que el juez contrayéndose al caso que tiene que resolver, lo estudia, haciendo lo mismo con las leyes que debe aplicar. La decisión judicial así obtenida adquiriría su máxima fuerza para las partes en litigio, pero aun más: « en los casos en que ella ha fijado la inteligencia o el alcance de una ley, sirve como un *antecedente* importantísimo para los casos idénticos o semejantes que ocurran en lo sucesivo: llegándose a formar, por ellas, lo que se llama interpretación *usual* de la

(28) V. G. QUESADA, « *Jurisprudencia de las sentencias* » en *La Revista de Buenos Aires*, t. XXI, Buenos Aires, 1869, p. 105-106.

ley, o jurisprudencia, que tiene también todo el valor de verdadera ley ».

El propósito de la Revista era «recoger las sentencias de nuestros jueces y Tribunales, siempre que considere que han resuelto algún punto interesante y dudoso, o no previsto, en las leyes; o que son notables por el estudio que revelan y las doctrinas que contienen ». Los redactores expresaban que «esta publicidad y colección de las sentencias servirá principalmente a los mismos jueces, y a los abogados, para quienes, puede decirse, que casi no existe la Jurisprudencia de los Tribunales; quedándose, como se quedan, las decisiones más importantes de los jueces, perdidas casi siempre en los archivos, sin que sea posible adquirir siquiera el conocimiento de su existencia en la generalidad de los casos » (29).

Por último, establecían el método a seguir en la publicación de las sentencias. Estarían precedidas por una relación o extracto de cada causa, consignando las razones o fundamentos de los alegatos presentados y concluyendo con un juicio crítico de los fallos. Al haber observado la *Revista* este método a lo largo de toda su corta existencia — alcanzaron a editarse doce volúmenes —, se logró reunir una pequeña pero significativa colección de casos, aprovechable para dar base inicial a la empresa varias veces intentada, pero aún insuficiente para formar una jurisprudencia.

4. *Balance de dos décadas.*

Tan variadas ideas y proyectos, como los expuestos hasta aquí, no permiten establecer fácilmente consideraciones generales. Hay que destacar, en primer lugar, el importante movimiento intelectual gestado alrededor de este tema durante estas dos décadas. Los modelos que gravitaron sobre estos juristas fueron principalmente, en el orden anglosajón, Inglaterra y Estados Unidos; y en el orden de la tradición romana, el derecho francés. También se aprecia la influencia que llegaba por la vía española. No puede dejarse de mencionar, en fin, la presencia del pensamiento de Savigny, quien destacaba el papel de los tribunales superiores en la interpretación

(29) T. I, P. 6-10.

de la ley ⁽³⁰⁾. En tal sentido no se percibían mayores diferencias con las influencias que, en general, se daban en otros sectores del ámbito jurídico.

Esta elaboración procuraba también apoyarse en el ordenamiento legislativo propio y, como vimos, varias leyes de las Partidas, sagazmente interpretadas, servían de apoyo en el razonamiento. Sin embargo, las ideas expuestas eran aun bastante imprecisas en cuanto a los alcances de esa jurisprudencia, lo que se explica dado el estado embrionario en que se encontraba la cuestión. No obstante, se perciben algunas concretas realizaciones, como la publicación de sentencias comentadas, o la utilización de la jurisprudencia para resolver determinados conflictos ⁽³¹⁾, lo que revela que el movimiento, lejos de haberse quedado en meras especulaciones, rendía ya algunos primeros frutos.

5. *En los inicios de la codificación.*

Estas ideas renovadoras, algunas particularmente notables por el sustento que daban a la moderna concepción jurisprudencial, no alcanzaron a penetrar en nuestro movimiento codificador, que empezaba por entonces a concretarse en las primeras obras. Tal vez, la activa participación de Dalmacio Vélez Sarsfield en este proceso haya sido uno de los factores que detuvieron el curso de esas ideas, reafirmando aquella postura que, en instancia forense, había adoptado hacia 1840. Así en las *Reglas generales sobre la legislación del Estado de Buenos Aires*, que acompañaron al Código de Comercio de 1859, se prescribió que el juez debía fallar necesariamente ateniéndose a las palabras o al espíritu de la ley, y en su defecto acudir a los fundamentos de las leyes análogas, a la costumbre y aun

⁽³⁰⁾ *Traité de droit Romain*. París, 1855, lib. I, cap. IV, parágr. L. Recuérdese que esta obra ejerció una apreciable influencia sobre nuestros juristas. Véase al respecto V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas* 2da edición Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 264 ss.

⁽³¹⁾ Por ejemplo, sobre la cuestión de si era indispensable o no que el comerciante estuviera inscripto en la matrícula para ser declarado en quiebra, véase cómo se resolvía con el auxilio de la jurisprudencia de los tribunales (A. PRADO, « *Una cuestión de derecho mercantil* » en *Revista Argentina*, tomo VII, Buenos Aires, 1870, pp. 315-331).

a los principios generales del derecho (art. X y XIV). Agregaba que el juez debía siempre resolver según la ley y « nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley » (art. XV). Algo más decía: « Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen » (art. XVI).

Una actitud análoga adoptó el Código Civil, promulgado en 1869, aunque, en este caso, excluyendo a la costumbre. Una prescripción categórica desplazaba cualquier pretensión de dar valor a las decisiones judiciales como precedente: « Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil... » (art. 22). Con todo, no ha faltado quien creyó ver en el artículo 16 una brecha para la obra constructiva del intérprete ⁽³²⁾.

La posición restrictiva respecto a la jurisprudencia de los tribunales, entre quienes abordaban la tarea de preparar los códigos, no era empero exclusiva del famoso codificador. Ya en 1857 Federico Pinedo, al observar un artículo del proyecto de Código Civil que preparaba por entonces Marcelino Ugarte, tuvo oportunidad de exponer un punto de vista análogo: « Somos adversarios de toda interpretación que no sea la auténtica, y este artículo envuelve la interpretación usual o doctrinal de los Tribunales, supliendo donde la ley no dispone o distinguiendo donde ella no distingue. Nada más peligroso a nuestro juicio que esa jurisprudencia no escrita, no promulgada, que se funda en el arbitrario de los Jueces, más o menos ilustrados ».

Agregaba entonces Pinedo: « Creemos más lógico el proyecto suprimiendo este artículo pues su autor parece participar de estas mismas ideas desde que no obliga expresamente al Juez a sentenciar en todos casos aunque no encuentre la ley que deba aplicar. Por nuestra parte deseáramos vivamente que los Jueces nada tengan que suplir en la ley civil, así como no deban suplir en la ley penal ».

La preocupación por deslindar los poderes del Estado, llevaba a Pinedo a sostener: « Prohibir a los jueces sentenciar en forma de disposiciones generales (lo que no veo proyectado) es consagrar la división de los Poderes Legislativo y Judicial; pero permitir que el

(32) A. CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, t. II, Buenos Aires, 1938, p. 338.

Juez interprete por vía de doctrina supliendo la ley, y convertirlo en un Juez de equidad, es a nuestro juicio autorizar los avances del Poder Judicial sobre el Legislativo, e introducir el arbitrario». Refirmaba el principio de que « el Juez debe ser esclavo de la ley » y propugnaba la introducción de esta disposición de la Asamblea Constituyente francesa: « Los Jueces se dirigirán al Poder Legislativo, siempre que crean necesario interpretarse una ley o dictarse una nueva » (33).

Sobre la formación de una colección de fallos, me ocuparé brevemente de dos interesantes intentos de la época. Sobre todo uno de ellos es severamente restrictivo en cuanto a su alcance jurisprudencial.

Miguel Esteves Saguí, al redactar un proyecto de código de procedimientos civiles y comerciales, publicado en 1868, se ocupaba de la cuestión. En el artículo 19 establecía que anualmente se formaría una colección de « las últimas resoluciones definitivas del Tribunal Superior que recayesen por recursos de nulidad o infracciones en la inteligencia de Ley; explicando sucintamente el asunto, el punto de la cuestión, y con transcripción íntegra de la resolución ». Pero el posible alcance jurisprudencial de esta colección quedaba limitado por el artículo 21, en el que se prohibía a los tribunales « dictar ninguna disposición general o establecer ordenanzas relativas a la inteligencia o aplicación de la ley, ni establecer pena alguna, que no emane de ella. Su misión está estrictamente reducida a la aplicación del derecho en cada caso ocurrente » (34).

En fin, la idea de formar una colección de esta naturaleza estaba también presente en el proyecto sobre organización judicial de la provincia de Buenos Aires, que redactó, en 1870, Vicente F. López. En el mismo se preveía la formación de un *Registro de Jurisprudencia*, para recoger los fallos dictados por los tribunales superiores, y que « servirá de antecedente jurídico para la determinación y fijeza lógica de sus aplicaciones » (35).

(33) R. ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte. Un jurista de la época de la organización nacional*. Buenos Aires, 1954, p. 323-324.

(34) M. ESTEVES SAGUÍ, « Proyecto de un código de procedimientos civiles y comerciales » en *Revista Argentina*, t. II, Buenos Aires, 1868, p. 519.

(35) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. V, Buenos Aires, 1870, p. 416.

6. *La entrada en escena del código civil y sus comentaristas.*

La vigencia del Código Civil abrió nuevas expectativas en la cuestión. La misma *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, ya citada, se encargaba de puntualizarlo cuando, en enero de 1871, decía que la vigencia del nuevo Código «hará más importante aún nuestro trabajo, por la importancia que en sí tiene la materia para los abogados y los jueces». Se proponía así reunir «todas las decisiones de nuestros Tribunales inferiores y del Superior de Justicia, que en lo futuro constituirá un cuerpo de doctrina, digno de ser consultado a cada momento, en las dificultades que necesariamente ofrecerá con frecuencia el texto de la nueva ley»⁽³⁶⁾.

La nueva etapa ofrece rasgos propios. Desde el punto de vista de las influencias ideológicas, se percibe una diferencia entre las generaciones de juristas formadas antes y después del Código. Las primeras habían vivido en un clima dominado por el eclecticismo y el Código respondía a ello. En cambio, las generaciones posteriores habían exaltado la letra de la ley y las fuentes librescas del Código, olvidando frecuentemente las fuentes vivas en donde se nutría⁽³⁷⁾.

El cambio de mentalidad, no operado súbitamente, pero ya perceptible en la década del 70, se refleja en nuestro tema, pues para entonces, se produjo un visible decaimiento del vigoroso movimiento doctrinario que hemos venido caracterizando. Es más, dentro de la literatura jurídica empezó a observarse, siempre en el terreno teórico, una tendencia desfavorable o al menos restrictiva, acerca del desarrollo de la jurisprudencia, que alcanzó su momento culminante con el auge del positivismo. Paralelamente, un más agudo sentido crítico fue profundizando algunos aspectos de la formación de la jurisprudencia, tratando de precisar sus justos alcances, lo que no habían hecho los primeros escritores, dominados ante todo por el entusiasmo con que propugnaban su creación. Algunos ejemplos nos ayudarán a fijar la nueva situación.

Juan José Montes de Oca enseñaba en 1877 que «los jueces no pueden expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo

⁽³⁶⁾ ID., t. VI, p. 90.

⁽³⁷⁾ V. TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)* Buenos Aires 3ª edición Abeledo Perrot, 1999, p. 138-139.

limitarse siempre al caso especial de que conocen » (38). A su vez, Manuel A. Sáez, agudo e implacable crítico del Código, al ocuparse del artículo 22, lo consideraba demasiado absoluto al abrogar el derecho antiguo, pues sostenía que las leyes anteriores eran necesarias para el conocimiento de las actuales y para llenar sus vacíos. Era precisamente cuando, al redoblar sus argumentos para apuntalar su crítica, se ocupaba de nuestro tema. Así decía: « La jurisprudencia de los tribunales o sea la decisión judicial, ni puede servir de auxilio al código para la explicación de sus disposiciones, ni puede llenar sus vacíos para los casos no previstos en él, porque[...] la resolución del juez se concreta en sus efectos al caso controvertido y a las personas directamente interesadas en él, de modo que ni sirve para hacer obligatoria la interpretación dada en el caso particular, ni para suplir una deficiencia en el otro de igual especie, que no haya tenido la suerte de ser comprendido en el código » (39).

La cautela en cuanto al alcance y valor de la jurisprudencia adquirió mayor entidad en los grandes comentaristas del Código Civil. José Olegario Machado ponía de relieve la necesidad de preservar la libre facultad del juez para interpretar la ley, y en su caso, el obstáculo que para ello podía significar la exagerada exaltación de la fuerza de la jurisprudencia. Veamos cuál era su punto de vista: « Se comete generalmente un error al creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una o varias decisiones conformes; este error ha llevado a nuestros tribunales hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla. Buscando la armonía y la uniformidad de las decisiones, se quiere paralizar el desenvolvimiento del derecho ».

Agregaba enseguida: « No hay duda que merecen mucho respeto las decisiones de los tribunales de una nación; pero no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces; es dentro de la libertad de interpretar una ley, que debemos buscar la autoridad que esa interpretación debe tener, por la uniformidad que se note en la manera de

(38) J. J. MONTES DE OCA, *Introducción general al estudio del derecho*. Buenos Aires, 1877, p. 149-150.

(39) M. A. SÁEZ, *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883, p. 422-423.

entenderla. Por eso la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, del cambio de personal, de la semejanza de los casos y de su número. Los tribunales, por alto que sean, no pueden encadenar el porvenir pretendiendo fijar con sus decisiones las reglas a que deben ajustarse los casos que le sucederán. Sería pretender la infabilidad ».

Concluía Machado, señalando que debía considerarse a « las decisiones de los tribunales como elementos de interpretación que deben aplicarse con suma prudencia, y solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales. Se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal » (40).

Alejado en varias décadas de los iniciadores del movimiento, Machado planteaba en estos párrafos agudos problemas en relación a la cuestión: la conciliación entre la libertad de interpretación del juez y la autoridad de la jurisprudencia; los requisitos que debía reunir para su consagración; y por fin, el carácter limitado que, en última instancia tenía esa jurisprudencia, porque los tribunales, como decía, « no pueden encadenar el porvenir ».

Coetáneamente, Baldomero Llerena exponía análogas preocupaciones. Decía, en primer lugar, que « los fallos nunca pueden tener fuerza de ley ». El juez podía así apartarse de los precedentes y aplicar sus propias opiniones en una cuestión dudosa, sin que por ello incurriese en la misma falta que cometería si quisiera en otro caso apartarse de la ley para resolver de acuerdo a sus convicciones. Citando a Aubry y Rau, declaraba enfáticamente que « la jurisprudencia, por constante que sea, no debe jamás considerarse como obligatoria ni para los jueces ni para los individuos ». En ello hacía radicar la diferencia entre el poder judicial, cuya autoridad regla el pasado, y el legislativo, que se dirige al porvenir. Manifestaba asimismo su desacuerdo con los fallos que querían hacer imperativas, para todos los jueces, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, al interpretar una ley. Sin embargo, agregaba, « indudablemente, la jurisprudencia uniforme debe tener y tiene gran influencia en la decisión de los puntos dudosos; pero esta influencia no debe

(40) J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1898, p. 50-51.

llevarse tan lejos que haga convertir al juez en legislador, como sucedería si se aceptase como norma de conducta invariable para la interpretación de la ley, los fallos anteriores, dándoles así fuerza legislativa » (41).

El evidente apocamiento doctrinario experimentado en esta cuestión después de 1870 no impide que desde otros ángulos, pueda contemplarse una visión menos declinante de la misma. En efecto, pese a esos hostigamientos teóricos, la jurisprudencia fue creciendo en la práctica, lo que se manifestó tanto en la publicación de los fallos, como en su invocación en obras doctrinarias.

El movimiento iniciado en tiempos anteriores en favor de la publicidad de las sentencias judiciales alcanzó buen desarrollo en las décadas finales de la centuria, ya sea por medio de revistas o por otras colecciones de fallos, oficiales o particulares. En tal oportunidad, con frecuencia, sus editores o autores expresaban los motivos que los habían impulsado a la publicación. Estos eran variados: rendir cuentas de la tarea realizada, cuando los propios jueces lo hacían; ayudar al foro en la aplicación del derecho; dirimir cuestiones que no encontraban en la ley soluciones claras y satisfactorias; servir como razón para otras decisiones; o, simplemente, dar publicidad a los fallos.

El autor de una obra jurisprudencial de cierta envergadura, en 1887, aceptaba como doctrina correcta la de la Cámara en lo Civil en el sentido de que los fallos de los tribunales solo eran aplicables al caso para el cual se había dado (42). En algunas ocasiones se insinuaba ya la posibilidad de formar con ellos una verdadera jurisprudencia. Esto era más evidente cuando se publicaban los fallos de altos tribunales de justicia, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Corte de la provincia de Buenos Aires que entraban ya en el campo de la jurisprudencia constitucional.

Cuando en 1876 apareció la *Revista Judicial del Sud*, dirigida por Alberto Palomeque, con el objeto de dar a conocer las resolu-

(41) BALDOMERO, LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 2ª edición, t. I, Buenos Aires, 1898, p. 55.

(42) J. J. HALL, *Instituta de la jurisprudencia establecida por las Exmas de Cámaras de Apelaciones de la Capital de la República Argentina, con sus sentencias ...* Buenos Aires, 1887 p. IV-VII.

ciones del Departamento Judicial con asiento en Dolores, tanto el editor como el Tribunal de Justicia, exaltaban más el propósito de publicidad de los fallos que el de formar una colección jurisprudencial, aun cuando esto último no dejara de insinuarse ⁽⁴³⁾.

Otra revista jurídica, *El Foro Argentino*, editada entre 1891 y 1892, se propuso también dar publicidad a los fallos. Decía que trataría de « someter a la crítica imparcial y justiciera, los fallos que resuelvan puntos dudosos o cuestionados, y por la acumulación paulatina de estos elementos, prepararemos la reforma de nuestra legislación, que como es notorio, adolece de muchos vacíos que los trabajos del foro ponen en transparencia » ⁽⁴⁴⁾. No resultó demasiado importante el espacio destinado a las sentencias en los distintos números de esta revista, pero sobre todo llama la atención que tan sólo se viera en ellas un medio destinado a la futura reforma legislativa.

La significación que, en estas décadas, fue alcanzando la jurisprudencia aún con las limitaciones expuestas, se evidencia en los escritos juveniles de Ernesto Quesada. En 1880 afirmaba que ella « fija el sentido y el alcance de la ley, nada más justo, por lo tanto que contribuya con su concurso a su reforma, para que ésta sea útil y provechosa » ⁽⁴⁵⁾. Al año siguiente, al comentar la obra de Manuel Obarrio sobre el Código de Comercio, le reprochaba al autor que, en toda la obra, sólo citase una sentencia. Esto lo llevaba a formular algunas reflexiones sobre la materia y a concluir apoyando la tendencia de los que estudiaban nuestra legislación bajo el punto de vista de la crítica científica y de la jurisprudencia de los tribunales ⁽⁴⁶⁾. Estaban en germen futuros desarrollos que el mismo Quesada hizo décadas después.

Aun cuando esta intención se reflejó también en algunas obras ⁽⁴⁷⁾ sólo alcanzó a plasmarse en la labor de dos grandes comentaristas del Código Civil, Llerena y Machado.

⁽⁴³⁾ *Revista Judicial del Sud*, T. I, entrega I. Buenos Aires, 1876, p. II.

⁽⁴⁴⁾ *El Foro Argentino*, n° 1, Buenos Aires, 15 de mayo de 1891, p. 2.

⁽⁴⁵⁾ E. QUESADA, « El código civil argentino y sus proyectadas reformas » en *Revista Argentina*, 2ª época, I 1880, Buenos Aires, p. 610.

⁽⁴⁶⁾ E. QUESADA, « La ciencia jurídica argentina » en *Nueva Revista de Buenos Aires*, t. III, Buenos Aires, 1881, p. 479-480.

⁽⁴⁷⁾ Como la de R. CALZADA y S. ALVAREZ, *Concordancias y jurisprudencia del*

En conclusión, esta etapa que comprende aproximadamente desde la sanción del Código Civil hasta el final del siglo, está caracterizada por un desarrollo moderado de la jurisprudencia. Doctrinariamente el fervor de la primera etapa fue sustituida por una apreciación crítica, que tenía su raíz en la restricción impuesta por los códigos. Sólo se percibe una prudente concesión al valor de la jurisprudencia. Desde el punto de vista práctico, la publicación de colecciones de fallos, o la de éstos separadamente, fue otorgándole paulatinamente un lugar, que ya a fines de la centuria se observa claramente.

7. *Las nuevas ideas a principios del novecientos.*

Los primeros años del siglo XX registran importantes novedades en favor del desarrollo jurisprudencial. El movimiento de ideas se incubaba dentro de un clima ya largamente preparado y, en este caso, vinculado a la reacción que, en el mundo jurídico, se experimentó contra el excesivo apego a la letra de la ley.

Aun cuando el movimiento reconocía otros precedentes, es indudable que dos definiciones programáticas, destinadas a irradiar influencias fuera de su ámbito de origen, fueron la de François Gèny, en el orden doctrinario, y la del Código Civil suizo de 1907, en el campo legislativo.

La obra de Gèny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* apareció en lengua francesa en 1899 y en español en 1902, alcanzando rápidamente amplia circulación fuera de Francia junto con el reconocimiento intelectual por la solidez de la doctrina expuesta (48). Gèny hacía un largo y reflexivo análisis sobre nuestro tema. Como es sabido, él asignaba gran valor y cierta independencia a la interpretación del juez en la solución del caso que debía decidir, pero, en cambio, se negaba a reconocer en la

Código Civil Argentino, t. I, Buenos Aires, 1881, p. 14. La atención prestada a la jurisprudencia sólo se manifestaba al principio de esta obra, pues luego se abandonaba.

(48) Sobre Gèny, su obra y doctrina, véase el n° 20 de *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero jurídico moderno*, Giuffrè Editore, Milano, 1991 dedicado a este jurista, en el cual se destacan a propósito de este trabajo, los estudios de P. GROSSI, J. L. DE LOS MOZOS Y P. COSTA.

jurisprudencia « una fuente formal de derecho privado positivo, con fuerza creadora independiente, al lado de la ley escrita y de la costumbre » (49). No obstante, sostenía que la jurisprudencia, como conjunto de constantes decisiones uniformes, debía disfrutar de « una autoridad considerable en el ánimo del intérprete ». Además, contribuía frecuentemente a la formación de la ley y la costumbre y por tanto aparecía como un elemento esencial e indispensable en el ordenamiento jurídico (50).

El mismo Gèny decía que, en conclusión, « 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, y puede también, asistida de condiciones especiales, contribuir a la formación de elementos verdaderamente productores de regla nuevas » (51). Las ideas de Gèny influyeron poderosamente sobre nuestros civilistas (52). Especialmente fue Alfredo Colmo quien difundió su obra (53).

El Código Civil suizo admitía que el juez pudiera, para resolver el caso planteado, acudir a la jurisprudencia. Según el artículo 1º: « La ley rige todas las materias a que se refieren la letra o el espíritu de sus disposiciones. A falta de disposición legal aplicable fallará el Juez con arreglo al derecho consuetudinario y a falta de éste según las reglas que él establecería si fuese legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia ». Tanto por el momento de su aparición como por la repercusión alcanzada por el Código, puede ubicarse a dicho precepto legislativo en un lugar destacado en la promoción del movimiento que estamos examinando (54). Este Código fue conocido a partir de 1908 en

(49) GÈNY, ob. cit., p. 455.

(50) ID., ob. cit., 456 y 458.

(51) ID., p. 459.

(52) Sobre la presencia e influencia de Gèny en civilistas y filósofos del derecho se ocupa extensamente J. M. DÍAZ COUSELO « *Francisco Gény en la cultura jurídica argentina* » en *Revista de Historia de Derecho*, versión electrónica num. 38, Buenos Aires, 2010.

(53) A. COLMO, *La técnica jurídica en la obra del profesor Gèny*. Buenos Aires, 1916.

(54) Acerca de la singularidad del Código suizo, véase P. CARONI, *Saggi sulla*

lengua española y en ese mismo año Rodolfo Moreno dio a conocer sus características en nuestro ámbito jurídico ⁽⁵⁵⁾.

Bajo el influjo de de la sociología alemana, Ernesto Quesada en su madurez intelectual, al explayarse sobre el papel de la jurisprudencia, se pronunciaba contra el fetichismo de la letra legal y sostenía que la misión de los tribunales era administrar justicia con arreglo a « las exigencias de la evolución social, tomando en cuenta las nuevas formas de la vida de relación, la influencia de los modernos descubrimientos, las soluciones doctrinarias y filosóficas de la legislación o de la ciencia extranjera ». Los jueces debían « adoptar la letra de la ley a esas necesidades nuevas y [...] orientar científicamente la reforma legislativa de mañana » ⁽⁵⁶⁾.

Junto a estas influencias europeas, cabe también destacar la madurez ideológica que se había alcanzado en el país. Así el autor de un repertorio podía decir que « apenas en estos últimos años nuestros magistrados empiezan a emanciparse del tutelaje de las leyes antiguas » y agregaba, muy seguro de no incurrir en una herejía, que el juez « no puede sin menosprecio de su conciencia íntima, quedar esclavizado bajo el yugo de una regla inexorable » ⁽⁵⁷⁾.

El interés suscitado llegó hasta los claustros universitarios y la jurisprudencia fue objeto de dos tesis doctorales en 1910 y 1911. Era un hecho nuevo si tenemos en cuenta que, de las más de tres mil tesis doctorales registradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires desde 1850 a 1919, aquellas fueron las primeras que abordaron específicamente el tema ⁽⁵⁸⁾. Las tesis pertenecían a

storia della codificazione, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Milano, Giuffrè Editore, 1998, 77-90.

⁽⁵⁵⁾ R. MORENO (hijo), « *El Código Civil de Suiza* » en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, 1908, n° 5, p. 646-651.

⁽⁵⁶⁾ E. QUESADA, « La ciencia jurídica alemana, tendencia actual de sus civilistas » en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, III, 1911, Buenos Aires, pp. 686-687 y 690.

⁽⁵⁷⁾ A. CARETTE, *Diccionario de la Jurisprudencia Argentina o síntesis completa de las sentencias dictadas por los tribunales argentinos*, t. I, Buenos Aires, 1907 p. XI y XIII.

⁽⁵⁸⁾ Según la nómina publicada por M. R. CANDIOTTI, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires y catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario*. Buenos Aires, 1920.

Silverio J. Prota ⁽⁵⁹⁾ y a L. J. Beracochea ⁽⁶⁰⁾, siendo la primera de ellas sensiblemente superior. En ninguna faltaba la influencia de Gèny, junto a otros consagrados autores.

Prota consideraba que la jurisprudencia era necesaria en el mundo moderno, como elemento de progreso jurídico, ya que el mecanismo legislativo — de suyo recargado de problemas — no era suficiente para atender a ello con la dedicación y prontitud debidas. Con esto, según Prota, en nada se afectaba la separación de poderes. Subrayaba la importancia de que así como había unidad de legislación, hubiera también unidad en la jurisprudencia, la que se lograría estableciendo un tribunal superior de casación. Junto a esta reforma legislativa, proponía otra: sustituir el artículo 16 del Código Civil por un texto semejante al del artículo 1° del Código suizo.

La tesis de Prota abordaba el tema con relación a algunos casos concretos de nuestra jurisprudencia. Así exaltaba la autoridad alcanzada por ésta a través de un caso típico: la autenticación de exhortos interprovinciales. En cambio, señalaba las decisiones contradictorias de los tribunales superiores con relación al transporte de mercaderías por ferrocarril; y ponía de relieve la necesidad de una decisión adecuada sobre una cuestión tan delicada, como la posesión hereditaria.

El trabajo de Beracochea destacaba la labor de la jurisprudencia, consistente « en amoldar, mediante una tarea paciente, minuciosa y oculta, las formas demasiado rígidas del derecho a las transformaciones sucesivas de la sociedad ». Prevenía contra los peligros de convertirla en obligatoria y estable pues se la despojaría de « su calidad más preciosa de adaptabilidad ». Consideraba que, entre la fijeza y la inestabilidad, había que adoptar un criterio ecléctico que otorgase a la jurisprudencia « cuando es bien definida sobre un punto, fuerza para imponerse al juez, sin obligarlo tan absolutamente, que éste no quede en libertad de volver sobre ella,

⁽⁵⁹⁾ S. J. PROTA, « Autoridad e influencia de la jurisprudencia en la República ». Buenos Aires, 1910, 123 folios mecanografiados (Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Tesis manuscritas, serie 3ª, t. 21; 250102/21).

⁽⁶⁰⁾ L. J. BERACOCHEA, « Jurisprudencia. Sus métodos de interpretación. Valor e influencia ». Buenos Aires, 1911, 43 folios mecanografiados (Ídem, serie 3ª, t. 30; 250102/30).

pero bien entendido, que ha de ser por sólidos motivos nacidos de un cambio visible de situación, o de una manera nueva, más ventajosa, de considerar la situación ».

La madurez de la novedad no excluía la presencia de alguna línea ideológica más reticente que denunciaba el peligro de una excesiva confianza en las bonanzas de la jurisprudencia. Veamos dos ejemplos. Jesús H. Paz, en 1909, enseñaba que « la jurisprudencia no es ley y no obliga, porque sólo tiene fuerza de ley lo que está dicho implícita o explícitamente en el Código Civil ». Agregaba: « La jurisprudencia, los fallos de los tribunales, como las opiniones de los escritores, tienen importancia en cuanto estudian la ley, y es conveniente conocerlos y examinarlos a la luz de la sana crítica, para que su conocimiento sea provechoso ». Pero no, cabía, equipararla a la ley misma, y decidir los casos basándose en lo resuelto en otros análogos, sin siquiera fundamentarlos ⁽⁶¹⁾.

Otro destacado jurista de la época, Rodolfo Rivarola, al abordar el tema, empezaba así: « No existe jurisprudencia argentina. La jurisprudencia se forma con la repetición constante de la aplicación de la ley en el mismo sentido, por los tribunales superiores. Si su condición es la repetición, vale decir que un fallo no *hace jurisprudencia*, como tan viciosamente se dice y publica todos los días. La jurisprudencia no es un fallo, como la pluralidad no es un individuo. El valor lógico que la jurisprudencia pueda tener, es análogo al de la experimentación de las ciencias, o al de la comprobación del cálculo aritmético... Si en todos los casos la resultante es igual, no diré que la conclusión es cierta por este solo motivo, pero sí que tiene el valor de una constante comprobación ».

Rivarola agregaba: « Es sólo desde este punto de vista que la jurisprudencia tendría algún valor. Pero hay en esto una lamentable confusión de ideas y aun de nociones elementales. Se atribuye muchas veces a la jurisprudencia un valor cuasi legislativo. No es difícil que un fallo superior aparezca fundado en alguna resolución

⁽⁶¹⁾ J. H. PAZ, « Teoría y práctica del derecho » en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, T. II, N° 1, Buenos Aires, 1909, p. 152. Sin embargo, el profesor Paz concedía importancia al estudio de « la jurisprudencia interpretativa de los Tribunales » en su curso de Derecho Civil, como se deduce del programa oficial de la asignatura correspondiente a 1915.

anterior del mismo tribunal: Como lo tiene resuelto esta Cámara en el caso tal... Un solo pronunciamiento aparece de este modo con un valor futuro. El tribunal confiesa que no ha vuelto a estudiar la cuestión, porque ya la tenía resuelta. El nuevo conflicto jurídico que reclama justicia en nombre de la ley, se encuentra con un inconveniente para la aplicación imparcial de la misma: el tribunal entendió, en otra ocasión, la ley en tal sentido, y ese entendimiento es único y está por encima de la ley, sea o no equivocado. Todo esto va evidentemente contra el orden jurídico fundado en la ley y no en la costumbre ». De ahí que su conclusión fuese categórica: « Juzgar según la práctica o el pensamiento; apoyar el derecho no en la ley, sino en la manera en que fue anteriormente aplicada, es reemplazar la ley por la costumbre de los tribunales » (62).

8. *Una reforma decisiva: la ley 7055.*

El problema de la reorganización de la justicia en la ciudad de Buenos Aires, debatido en el Congreso Nacional en 1910, dio origen a que otra vez se advirtiesen los diferentes puntos de vista acerca del valor de la jurisprudencia. Aquella reforma, en buena parte debida al exceso de trabajo que agobiaba a los jueces y tribunales locales, se orientó hacia un aumento del número de magistrados. Hasta entonces funcionaban dos cámaras de apelaciones: una en lo civil y otra en lo criminal, correccional y comercial. El proyecto de la nueva ley, además de desdoblar esta última, creaba una nueva cámara civil, de tal modo que aquel tribunal se duplicaba. La reforma judicial fue largamente debatida en la Cámara de Diputados. La mayor parte del tiempo fue consumido en cuestiones fútiles. Sólo a raíz de la intervención del diputado Manuel A. Montes de Oca, se suscitó el asunto que nos ocupa. Atacaba este ilustre jurista el proyecto de aumentar el número de las cámaras de dos a cuatro, pues se agravaría aún más el problema de la unidad de la jurisprudencia, considerando que ésta era uno de los elementos fundamentales para

(62) R. RIVAROLA, *Derecho penal argentino. Parte General*, Buenos Aires, 1910, p. 135-138.

una correcta organización de la administración de justicia ⁽⁶³⁾. No podía aceptarse, agregaba, que una Cámara resolviera un asunto en un sentido y que la otra cámara civil lo hiciera en forma distinta ⁽⁶⁴⁾.

Montes de Oca desarrollaba estas ideas en un párrafo medular: « La tendencia universal es la de hacer un solo tribunal de justicia superior, por una razón fundamental: porque haya ante todo, y sobre todo, que unificar la jurisprudencia. Los abogados de esta Cámara saben perfectamente, y no necesito dirigirme a ellos, que la jurisprudencia es una de las fuentes primordiales del derecho; que hoy con la complejidad de las relaciones sociales en la época contemporánea, la jurisprudencia ha llegado a ser tan importante, a muchos respectos, como la ley misma; que la ley no puede prever toda esa diversidad de relaciones; que, por consiguiente, los jueces tienen que suplir las omisiones de la ley; y que al suplir las omisiones van creando con las diversas sentencias que dictan un cuerpo de derecho de tanta trascendencia que se incorpora al derecho positivo de las naciones » ⁽⁶⁵⁾. Con posterioridad, el desarrollo del debate le llevó a aclarar que la idea de unidad de jurisprudencia no significaba inmovilidad, sino que debía evolucionar, pero de manera « racional y natural » ⁽⁶⁶⁾.

La argumentación de Montes de Oca, brillante y convincente, encontró adeptos en la Cámara aunque pronto apareció un elocuente contradictor: el diputado Manuel B. Gonnet. Consideraba éste que la unidad de la jurisprudencia era no sólo imposible, sino inconveniente e inútil. Ella, decía, « es petrificación, es rigidez, es cristalización », e importaba, en suma, la negación del « progreso » y de la « evolución » ⁽⁶⁷⁾.

Gonnet valoraba la jurisprudencia desde otro ángulo. Así decía: « A la sociedad lo que le interesa, es la justa decisión de la controversia entre las partes, y una justa decisión de la controversia entre las partes, no puede producir una uniformidad de la jurisprudencia, porque todos los casos que se someten a la decisión de los

⁽⁶³⁾ CONGRESO NACIONAL, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*. Año 1910, t. I, Buenos Aires, 1910, p. 585-586.

⁽⁶⁴⁾ *Id.*, p. 605.

⁽⁶⁵⁾ *Id.*, p. 586.

⁽⁶⁶⁾ *Id.*, p. 621.

⁽⁶⁷⁾ *Id.*, p. 620-621.

jueces, todos son diferentes los unos de los otros. Y son diferentes, no sólo en los hechos y en las circunstancias de lugar y de tiempo que obligan a los jueces a interpretación distinta muchas veces en casos perfectamente análogos, sino porque 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 ».

Y agregaba Gonnet: « Lo que se decide por los tribunales en última instancia, lo que decide el caso como llamamos los abogados, en última instancia, sólo está resuelto para ese caso, y ese caso, por más que contenga una decisión especial en un punto de derecho, una interpretación estricta de la ley, un concepto claro de la doctrina, esa decisión, esa interpretación, ese concepto, no valdrá sino para el caso para que ha sido aplicado. Los jueces podrán al día siguiente dictar un fallo completamente distinto, estando perfectamente dentro de la razón en este nuevo caso, por análogo que parezca » (68).

La intervención de Montes de Oca dio lugar a que finalmente se agregara en el texto de la ley una prescripción dirigida a evitar discordancias evidentes entre los fallos de ambas cámaras civiles. Así se estableció en el artículo 6 el procedimiento que se había de observar « en los casos en que, al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las Cámaras entendiera que, en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable ». De esta manera quedó incorporada a la ley n° 7055, sancionada por el Congreso Nacional el 16 de agosto de 1910, un precepto que constituyó por entonces un importante peldaño legal para dar nueva fuerza a esta jurisprudencia de los tribunales e inauguró el sistema de las resoluciones en tribunal pleno, que tanto desarrollo e importancia tuvo a partir de entonces. Sin embargo, ni éste fue el único paso, ni las cuestiones que en su

(68) ID., p. 619. Años después, Gonnet mantenía la misma tesis, fortaleciéndola con otros argumentos doctrinarios en su trabajo « *El valor de la jurisprudencia* » en *Revista del Colegio de Abogados*, año IV, N° 5, Buenos Aires, 1925, p. 1-24. También publicada en *Jurisprudencia Argentina*, t. XII, pp. 49-57, Buenos Aires.

torno se ventilaban quedaron agotadas, ni las opiniones contrarias silenciadas.

III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL

9. *La jurisprudencia en juristas de las generaciones de 1910 y 1925.*

A comienzos del nuevo siglo el pensamiento en torno a la jurisprudencia civil ofrecía diversas opiniones, aunque ya era evidente el impacto suscitado por las renovadoras ideas que llegaban de Europa, que se unieron a las que, según vimos, se habían desmenuado antes en nuestro suelo.

El avance del criterio renovador encontró prosélitos en los jóvenes juristas que entonces comenzaban su vida activa. En este sentido, es decisivo el papel que le correspondió a la generación de juristas de 1910, quienes sobre las bases sentadas por sus predecesores dedicaron su labor a la construcción del moderno derecho argentino (69).

Entre las cuestiones palpitantes estaba el de la jurisprudencia, instrumento clave para superar el método y el espíritu de la exégesis. Entre los numerosos integrantes de aquella generación, cabe ahora ocuparnos de civilistas, como Raymundo M. Salvat, Alfredo Colmo, Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal —ellos se destacaron como jueces, profesores o tratadistas— o de un procesalista, como Tomás Jofré. Junto a éstos, también empezaron a actuar con relación a nuestro tema, integrantes de la generación siguiente, la de 1925, como Leónidas Anastasi, Luis Mendez Calzada y Tomás D. Casares. La actuación de estos juristas, según veremos, fue decisiva en la consolidación de nuestra jurisprudencia civil.

Pulsar el ritmo de una transformación y sobre todo fijar su momento de ebullición no deja de ser una operación variable según

(69) V. TAU ANZOÁTEGUI, « *Los juristas argentinos de la generación de 1910* » en *de Revista de Historia del Derecho*, núm. 2, 1974, 225-283, ID., « Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino » en ID., (coord.). *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, t. I, Buenos Aires, 2007, pp. 11-35.

sea la documentación utilizada o los criterios aplicados. Con esta reserva, no es aventurado sugerir que en el cuarto lustro de la centuria, es decir entre 1915 y 1920, se percibe un empuje para el cambio, como resultado de un entretrejo de razones y circunstancias. Se esboza así una tendencia ya irreversible hacia la consolidación de nuestro instituto que fue disipando lentamente críticas y dudas que aún subsistían en sectores del pensar jurídico.

Es necesario conocer algunas razones o circunstancias que prepararon ese cambio. En tal sentido me permite registrar, para la jurisprudencia civil cuatro sucesos significativos: a) la aparición en 1917 del *Tratado de Derecho Civil Argentino* de Raymundo M. Salvat; b) la publicación en 1918 de la *Revista de Jurisprudencia Argentina*; c) el dictado en este mismo año 1918, de un fallo plenario de la Cámara Civil sobre el alcance de la ley 7.055 y d) las reflexiones ensayísticas de Enrique Martínez Paz y Alfredo Colmo sobre la reforma del Código Civil.

Quisiera agregar otro suceso significativo, aunque se refiere a la jurisprudencia constitucional, como fue la publicación en 1917 del libro *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución* de Juan A. González Calderón, en donde se produjo un interesante encuentro de opiniones entre el autor, el prologuista Joaquín V. González y el crítico Ernesto Quesada⁽⁷⁰⁾. Aunque la referencia atañe a una materia excluida de estas páginas, no se puede desconocer los varios puntos de enlace — tanto de dependencia como de influjo o de comparación — que tuvieron ambas jurisprudencias y en este sentido no es menor esta coincidencia cronológica.

Destacados estos sucesos, me limitaré a exponer brevemente las concepciones que sustentaron Salvat, Colmo y Martínez Paz sobre la jurisprudencia, que si bien fueron de tono menor en cuanto a la extensión y fuerza del discurso — comparados con otros escritos —, ostentaban una alta dosis de « autoridad » por la personalidad de

(70) J. A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, tomo I, Buenos Aires 1917. Véase de prólogo de J. V. González y prefacio del autor. La crítica de E. Quesada, en forma de corte dirigida al autor, se publica al comienzo del t. II de la obra. También se hizo edición aparte bajo el título de « La argentinidad de nuestra Constitución ».

esos juristas. También me ocuparé con la misma brevedad del fenómeno del fallo plenario, no menos significativo que los anteriores, en cuanto estimuló este movimiento de ideas.

La aparición del *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* de Raymundo M. Salvat en 1917 debe considerarse como un hito en la ciencia jurídica argentina, dado sobre todo el carácter de disciplina hegemónica que el derecho civil ostentaba en el ámbito privatístico, con irradiaciones sobre el resto del ordenamiento. Fue destacada entonces su calidad de « tratado científico » con clara superación del anterior método exegético (71). Entre los elementos modernos que mencionaba se encontraba la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, a las cuales el autor dedicó poco después una monografía (72). El estilo de Salvat era el de un expositor cauto que procuraba y sabía recoger el estado de opinión, más que avanzar con la propia idea. Sirve así su testimonio para representar una mentalidad vigente, que es lo que puede hallarse en los párrafos que dedicaba a la jurisprudencia dentro del mencionado *Tratado*.

En la búsqueda de un equilibrio entre las tendencias contrapuestas sobre el valor y alcance de la jurisprudencia Salvat sostenía que si la misión del juez era la de aplicar el derecho, resolviendo las cuestiones que le sometían los particulares, su decisión solo tenía autoridad entre las partes y no podía crear el derecho. En consecuencia, « las decisiones de los tribunales no son una fuente de derecho ». Pero — agregaba — en la práctica sucede lo contrario. A veces la constancia con que los tribunales mantienen sus soluciones e interpretaciones, lleva a constituir « una verdadera regla jurídica ». Cuando las cuestiones no aparecen legisladas en los códigos, o se han transformado por cambio de las condiciones sociales o económicas, y los jueces no pueden dejar de juzgar por imperio mismo de la ley, ellos « son los verdaderos creadores de la regla jurídica » (73).

Este sencillo cuadro de situación — a eso se limitaba en realidad el juicio de Salvat — obró en su momento como un

(71) Sobre esta obra y su repercusión, véase V. TAU ANZOÁTEGUI, « *Los juristas argentinos* », cit. 259-261.

(72) R. M. SALVAT, « *La jurisprudencia y la doctrina como fuente del derecho* » en *Revista del Colegio de Abogados*, año I, n° 3, Buenos Aires, 1922, pp. 318-332.

(73) R. M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* 1917, pp. 9-10.

reconocimiento dado por quien era uno de los principales civilistas activos en el país.

Al aproximarse la fecha de conmemoración del cincuentenario del Código Civil, otros civilistas abordaron la cuestión jurisprudencial. Entre los principales estaban Enrique Martínez Paz, profesor de la Universidad de Córdoba y Alfredo Colmo, catedrático de Buenos Aires y magistrado judicial. Sus propuestas eran bien distintas.

Martínez Paz publicó en 1916 un valioso libro sobre *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino* que tuvo buena repercusión. El autor consideraba que era necesaria una revisión general del Código para amoldarlo a las nuevas direcciones imperantes, sin cambiar sus bases doctrinarias. Para operar esa transformación cabía la intervención legislativa, no bastando la labor de la jurisprudencia, como algunos pensaban, porque ella — decía — « poco puede hacer en presencia de códigos precisos y extensos como el nuestro » (74). Esta tesis encontró concreción diez años después en la ley de reforma del código.

Postura distinta era la sustentada en aquellos días por Alfredo Colmo quien, en las conferencias y ensayos que dedicó a la celebración del aniversario, desarrolló la idea de que el Código Civil no debía ser sometido a una reforma legislativa total, sino adaptado a las exigencias de los nuevos tiempos mediante la labor de los tribunales. « Tenemos todavía para rato con el código actual — exclamaba — solo nos hace falta una jurisprudencia que acuse ciencia, criterio y tino, como, eventualmente se hará indispensable más de una ley especial que llene evidentes omisiones o que corrija palmarios errores, en todo lo cual no hay ni por asomo nada que imponga esa revisión » (75).

Apuntaba Colmo en otro escrito posterior que « el verdadero derecho de un país no esta en los códigos y leyes, sino en los hombres, magistrados, que hayan de hacerlos jugar y vivir ». Agregaba que « las leyes suelen quedar atrasadas, si ha de entenderse las

(74) E. MARTINEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código civil argentino*, Córdoba, 1916, p. 354.

(75) A. COLMO, « La reforma del código civil » en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, XXXIV, Buenos Aires, 1917, p. 705. En igual sentido, vean Ídem, *El código civil en su cincuentenario*, Buenos Aires, 1921, p. 22.

literalmente, pues datan de otros tiempos a veces remotos ». Como además en ellas no podía preverse todo, resultaba indispensable « la función integradora de los tribunales » (76).

Esta idea parecía alentada con la lectura del libro de Perreau sobre la jurisprudencia francesa, ante la cual Colmo quedaba admirado por la manera en que ella había construido los instrumentos indispensables para lograr una adecuada interpretación de las leyes, ya fuese restrictiva o extensiva, con motivaciones ya de moral o equidad, ya de interés práctico o de utilidad social, que había permitido introducir instituciones impuestas por exigencias de la vida, sin tener que recurrir a las creaciones legislativas como en otros lugares.

Colmo se cuidaba de proponer este modelo en el país y menos « de la noche a la mañana », pero le servía de aguijón para formular diversas críticas a principios o criterios adoptados por nuestra jurisprudencia en asuntos concretos que él, poseído de experiencia judicial y capacidad de análisis, estaba en condiciones de establecer. La más grave falla que denunciaba era su tendencia marcadamente individualista con consecuencias que afectaba la misma concepción de la justicia, precisamente en una época de carácter y proyección social. Sus observaciones eran profundas y sutiles dentro de un encuadre demasiado uniforme, que él mismo se encargaba de atenuar sobre el final del escrito cuando aclaraba que estas críticas no resultaban aplicables por igual a los tribunales, ni eran producto de una apreciación personal pesimista. Existen, decía, excepciones alentadoras, como la de la Suprema Corte de Justicia que « siempre ha sido nuestro mejor tribunal, de fallos con autoridad científica, con orientación y tino jurídicos y con eficiencia hasta relativamente creadora ». Al cerrar el escrito decía que « cuando se afirme ese consorcio de ideas y tendencias, entonces nuestra jurisprudencia podrá aspirar al honor tan preclaro de la francesa, de ser la avanzada de la legislación » (77).

Esta exposición del profesor Colmo se destaca por su singularidad, producto al mismo tiempo de un pensar crítico y creativo.

(76) A. COLMO, « La jurisprudencia » en ídem, *La justicia* (obra póstuma), Buenos Aires, 1936, recogido en *Antología*, I, 302-306.

(77) ÍDEM, I, 308-310.

Utilizaba y acaso sobredimensionaba un modelo — el francés — para acentuar los defectos de nuestra jurisprudencia pero al mismo tiempo expresaba su fe para alcanzar en un futuro niveles superiores y ofrecía, como excepción y meta también a la Suprema Corte.

Por último, el aludido fenómeno del « fallo plenario » merece ser comentado brevemente en relación a sus efectos sobre nuestro tema. Si bien en la ley 7,055 — que analizamos páginas atrás — no había una directa referencia a la jurisprudencia, ya en el curso del debate parlamentario se introdujo la cuestión por la intervención de los diputados Montes de Oca y Gonnet. Una vez aprobada, dicha ley actuó como un verdadero ariete en el desenvolvimiento de la jurisprudencia, al punto que algunos civilistas de la época la consideraban como un hito en esa trayectoria. Así Salvat sostenía que el sistema de esa ley implicó elevar la jurisprudencia a « la categoría de una verdadera fuente » (78). En 1918 tuvo relevancia un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en pleno, al sostener que una vez fijada la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable por el tribunal en pleno, los camaristas, aún los que no estaban conforme con lo resuelto por la mayoría, debían acatar la sentencia para lo sucesivo. En páginas de *Jurisprudencia Argentina* se publicaron comentarios a este fallo, que manifestaron posturas divergentes entre los autores. Los directores de la revista se pronunciaron a favor de la sentencia del tribunal (79).

Aunque las voces críticas no cesaron, los efectos del « fallo plenario » dieron lugar a una situación que se fue consolidando en las décadas siguientes, hasta sostenerse por la Cámara Civil que « la jurisprudencia plenaria » obligaba como si fuera la ley misma a todos los jueces superiores e inferiores, extendiendo su autoridad a la totalidad de las personas y hechos jurídicos. Esta obligatoriedad se fue ampliando a los tribunales nacionales en sus distintos fueros, no solo por decisiones judiciales sino por preceptos establecidos en códigos y leyes orgánicas (80). Sin embargo, este régimen de la jurisprudencia plenaria fue considerado como « un remedio lento e

(78) SALVAT, « La jurisprudencia », cit. 329.

(79) Véase *Antología*, I, pp. 238- 289.

(80) V. A. GUERRERO LECONTE, *Plenarios de la Justicia Nacional*, prólogo. Buenos Aires, 1972.

ineficaz » — según Tobal — y reiterando un antiguo reclamo fueron varias las iniciativas que se hicieron para la creación de una Corte o Tribunal de Casación, que no llegó por entonces a concretarse ⁽⁸¹⁾.

10. *La jurisprudencia como fuente subsidiaria.*

En 1926, un flamante profesor de derecho civil de la Universidad Nacional de La Plata, Luis Mendez Calzada, interesado en los movimientos de renovación jurídica que observaba en esos días y que lo había llevado a ocuparse apenas egresado de las aulas, de las nacientes cuestiones laborales, dio a publicidad en la revista universitaria un sólido estudio sobre nuestra tema, que desafiaba la imperturbable postura de los más rancios exégetas del Código, que aún tenían predicamento en las aulas y veían con recelo las nuevas tendencias que se manifestaban en la doctrina y en la práctica de los tribunales ⁽⁸²⁾.

En uno de los mejores escritos elaborados en la época sobre la jurisprudencia en el país, Mendez Calzada sostenía la tesis de que « la fuente suprema del derecho es la ley », pero que el sistema de la codificación civil requería la existencia de las denominadas « fuentes subsidiarias », entre las cuales la jurisprudencia asumía un lugar principal. Mientras los autores clásicos europeos consideraban que era de la esencia del régimen republicano que los jueces se atuvieran a la letra de la ley, los más renovadores habían venido admitiendo cierta amplitud en la apreciación judicial. Destacaban en este sentido las tendencias europeas más recientes en Italia, Alemania y sobre todo Francia — en donde sobresalían en su estima los nombres de Gèny, Saleilles y Lambert —, y de modo general los progresos de la jurisprudencia que ofrecía « modelos acabados de construcciones jurídicas tan profundas como originales ». Pero, sin

⁽⁸¹⁾ Sobre el desarrollo de esta idea en las décadas siguientes, véase E. ABÁSULO, « Los juristas argentinos y el debate en torno a la Casación (1931-1943) » en *Prudentia Iuris*, n° 54, Buenos Aires, 2001, pp. 269-289.

⁽⁸²⁾ L. MENDEZ CALZADA, « Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina » en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, Buenos Aires, 1926, [t I]. pp. 49- 72. También publicada en *Revista de Jurisprudencia Argentina* t. 20, Doctrina, pp. 120-126. Fragmentos en *Antología* cit. I, 293-301.

duda, el aporte doctrinal notable de principios de siglo que había entrado en los códigos modernos, era el de Eugen Huber quien esbozó el sabio precepto para el código suizo de que la fuente última subsidiaria era el juez, ejerciendo funciones como legislador, pero inspiradas y condicionadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, nuestro autor percibía que aún había ilustres escritores europeos que no se decidían a reconocer poder creador en la jurisprudencia, por no romper con el precepto doctrinario de la división rígida e infranqueable de los poderes. Esto no parecía ocurrir, al menos con tanta intensidad, en « los autores educados en la escuela del liberalismo americano », lo que le llevaba a marcar una diferencia entre el pensamiento europeo y el americano en general ⁽⁸³⁾. En cierto modo, esta distinción parecía aplicable al país, donde coexistían dos tipos de jurisprudencia, la civil de procedencia europea y la constitucional de origen estadounidense.

Sostenía que la labor del codificador no era completa ni perfecta, que había puntos débiles en su construcción y silencios o situaciones no previstas por razón de la evolución social o económica. Como el artículo 16 del Código civil impone al juez la obligación de fallar en todos los casos, aún ante el silencio, la insuficiencia o la oscuridad de la ley, nuestros tribunales han recurrido muchas veces a la analogía o a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso, elaborando una construcción jurídica sobre el punto de debate.

Afirmaba nuestro autor que « la invocación de la jurisprudencia en forma neta y categórica como fuente subsidiaria ha empezado los últimos años, especialmente después de dictada la ley 7055 ». Dicha ley « tuvo evidentemente en mira dar un carácter uniforme a la jurisprudencia » y el sistema de los fallos plenarios ha constituido un señalado progreso en nuestro medio jurídico, eliminando todo un caos de doctrinas contrarias e interpretaciones antojadizas » ⁽⁸⁴⁾.

Para Mendez Calzada el valor de la jurisprudencia como fuente subsidiaria iba haciendo camino. Si bien la unidad de la misma era una necesidad práctica, no debía caerse en la inflexibilidad, pues en ese caso se paralizaría la actividad renovadora de los

⁽⁸³⁾ *Id.*, 72.

⁽⁸⁴⁾ *Id.*, 64 y 66.

jueces. Insistía en remarcar que cuando se hablaba de jurisprudencia como fuente era siempre en su rol subsidiario, inspirando, condicionando o ponderando las soluciones del magistrado. La homogeneidad se va produciendo — decía — también por la acción espontánea de los diversos tribunales del país, por la selección de los jueces más investigadores para las altas magistraturas, y por la formación de una conciencia jurídica de orden superior que llega a ser patrimonio común de todos los que tienen la delicada misión de administrar justicia » (85).

Uno de los pasajes finales del ensayo sirve para cerrar este breve examen. Es cuando nuestro autor decía: « El juez colabora en la formación del derecho. Es una obra lenta, paulatina: su marcha es paralela a la de la ley, y a veces la excede. El derecho jurisprudencial cuando a él contribuyen jueces ilustrados es un derecho siempre al día, remozado. La ley va quedando vetusta: por cualquiera de sus infinitas fisuras tiene cabida la interpretación que moderniza la norma » (86). Sin duda, para los años veinte este escrito de Mendez Calzada, bien informado y de solidez conceptual, era un buen avance en la materia, sobre todo por la interesante figura introducida de las « fuentes subsidiarias ».

11. *El laboratorio jurisprudencial: revistas y repertorios.*

Si bien las colecciones y las revistas que recogían las sentencias empezaron a publicarse en las últimas décadas del ochocientos, el servicio que prestaban a los profesionales y estudiosos del derecho era escaso, pues faltaba un verdadero « laboratorio jurisprudencial » que clasificase, anotase y elaborase una teoría o doctrina jurisprudencial, conectada con la legislación y doctrina de los autores. Por entonces, circulaban restringidamente en nuestro ámbito forense las principales revistas y otras publicaciones provenientes de Francia, Italia y en menor medida, España. Sobresalía como modelo digno de imitar la revista francesa *Dalloz*.

Sin desdeñar el mérito que tuvo la aparición en 1916 de la *Gaceta del Foro*, dirigida por Ricardo Victorica, el gran cambio se

(85) *Id.*, 69.

(86) *Id.*, 71.

percibió en 1918, cuando empezó a editarse la Revista de *Jurisprudencia Argentina*, fundada y dirigida por dos juristas provenientes de los ámbitos universitarios de Buenos Aires y La Plata: Tomás Jofré y Leónidas Anastasi. El primero, profesor de procedimientos y autor de varias obras sobre la materia, había introducido en la cátedra la moderna doctrina de Chiovenda. El segundo, un joven de 28 años, había ingresado como adjunto en la cátedra de Legislación Industrial y Obrera de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y también en la de Ciencias Jurídicas de La Plata, donde alcanzó la titularidad en 1924.

Ambos juristas desarrollaron actividades en el Partido Radical, entonces en el gobierno, pero la militancia política ocupó un lugar secundario frente a las inclinaciones científicas. La muerte de Jofré en 1930 dejó solo en esta empresa a su colega y socio, quien desde los primeros tiempos había asumido una función directiva en la elaboración de la revista. Los fundadores tenían el ambicioso objetivo de abarcar la jurisprudencia civil y constitucional en sus diversos tribunales y de integrarla con la legislación y doctrina.

Destinatarios obligados de la revista eran los abogados, magistrados y estudiosos del derecho pero ellos pretendían llegar también a un público más amplio, que permitiera aplicar el ideal republicano del control de los actos judiciales, e informar a otros profesionales, comerciantes y dirigentes de entidades sociales y económicas en materias de su particular interés.

María Rosa Pugliese⁽⁸⁷⁾ ha estudiado la personalidad de estos juristas, destacando la novedad que representó la aparición de la revista y su posterior gestión al frente de la misma. Aunque en su estructura se percibe la influencia de la revista francesa *Dalloz* y de otras europeas, ella no se ajustó estrictamente a ningún modelo, más bien se adaptó a las peculiaridades del ámbito jurídico local. Si el papel desempeñado por Jofré, eximio procesalista, fue relevante⁽⁸⁸⁾

(87) M. R. PUGLIESE, « *La Revista de Jurisprudencia Argentina: los orígenes de una larga empresa editorial* » en GROSSI y otros, *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, edición al cuidado de V. Tau Anzoátegui, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 199-241.

(88) A. LEVAGGI, « *Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX* » en *Revista del Instituto de Historia del Derecho R. Levene*, n° 25 Buenos Aires, 1979, pp. 278-282.

para la primera etapa de la empresa dada la juventud de su socio, el empuje y la capacidad de trabajo de Anastasi resultaron a la larga decisivas para llevar adelante la idea fundacional que él se encargó de revitalizar y ampliar continuamente. Anastasi fue el creador del estilo que la distinguió y el forjador de una labor minuciosa que se advierte desde los primeros números. Como afirma Pugliese, se trataba de una revista « artesanal ». Los directores seleccionaban las sentencias que consideraban adecuadas para su publicación, después de lo cual se redactaban los sumarios que debían encabezar los fallos, que siempre componía Anastasi y que se hicieron famosos por su precisión y claridad. Ellos constituyeron la base de los índices y especialmente de los repertorios que con los años se convirtieron en las llaves de oro que daban acceso a la información y mostraban el provecho de este laboratorio jurisprudencial.

Jurisprudencia Argentina fue concebida, como su título lo indica, para ocuparse de esa materia estrictamente y así se presentó en sus inicios. Poco a poco fue abriendo otras secciones, dedicadas a la legislación nacional, la normativa provincial y algo más tarde se agregaron secciones para la doctrina y la bibliografía. Es sugerente en este aspecto que el logo que ostentó la revista fue un círculo, en cuyo interior se podía leer: « Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina ». Era un todo inseparable por su acción conjunta. Sin embargo, la sección de Jurisprudencia fue largamente la principal y el número de páginas que la componía superaba ampliamente a todas las demás.

Gran preocupación de los directores fue atender e ir resolviendo los problemas que presentaban la confección de índices y especialmente la estructura de los repertorios, instrumentos que resultaban imprescindibles para aprovechar el enorme material y en suma para hacer viable la consulta de la revista. La deficiencia principal de las colecciones de fallos hasta entonces publicadas eran precisamente las largas búsquedas que exigían, con inciertos resultados. En este sentido la labor de Anastasi, metódica e incansable, a medida que avanzaba la publicación de la revista, alcanzó un resultado satisfactorio con la edición de volúmenes, por fuera de la obra, que permitían un rápido acceso al contenido de los tomos. Así nacieron los *Repertorios*, el más importante de los cuales se editó

entre 1931 y 1934 en cinco volúmenes que comprendió el material de los 36 gruesos tomos publicados hasta entonces.

Anastasi escribió un prólogo para este *Repertorio General*, en el cual dedicaba una parte sustancial a desarrollar su « idea de jurisprudencia ». Pugliese, en el estudio ya citado, afirma que esta pieza es « una notable reflexión que se mantiene vigente pese al tiempo que ha transcurrido » (89). Era, sin duda, el producto de una experiencia vivida intensamente. Anastasi penetraba en el profundo entramado de la vida jurídica, en el sentido y razón de ser de la jurisprudencia, recorriendo la realidad en países europeos, sin olvidar a los autores más críticos. Esto lo llevaba a advertir sobre los peligros que la acechaban, y sobre todo el abuso de la autoridad de los tribunales, como en otro tiempo había ocurrido con los autores. Para combatir ese peligro consideraba que la doctrina podía, mediante el ejercicio de la crítica, actuar como correctivo del fetichismo de la jurisprudencia.

Los fundadores habían estimado que en una revista de jurisprudencia era necesario que la lectura y estudio de los principales fallos se expresaran en notas de carácter analítico, crítico, histórico o político, con remisión a otras jurisprudencias, nacionales o extranjeras. Ellos mismos escribieron al principio muchas de esas notas y se produjo paulatinamente la incorporación de un destacado elenco de juristas de distintas procedencias disciplinarias. Esto le permitió a Anastasi señalar que la revista era el fruto del pensamiento jurídico argentino de la época.

Otro aspecto a destacar es que Anastasi siempre estuvo atento, desde su observatorio, al desarrollo y contenido de la revista especializada, argentina o extranjera, especialmente las publicaciones francesas e italianas, dedicadas a doctrina y jurisprudencia, como lo evidencia la información y los comentarios que ofrece en su propia revista (90).

(89) Véase también M. R. PUGLIESE, « *La idea de jurisprudencia a través de los primeros años de la Revista de Jurisprudencia Argentina* » en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 22, Buenos Aires, 1994, pp. 241-277.

(90) M. R. PUGLIESE, « *Juridical Journals in Argentina (20 th Century). Cultural and didactic views of the doyennes still in publication* » en *Juristische Zeitschriften in Europa*. Herausgegeben von Michael Stolleis und Thomas Simón. Frankfurt am Main, 2006, pp. 491-532.

A fines de 1935, Anastasi resolvió retirarse de la dirección de *Jurisprudencia Argentina*, aceptando el ofrecimiento de una empresa que había tomado a su cargo la edición de una nueva revista jurídica, *La Ley* ⁽⁹¹⁾. El retiro de Anastasi llevó a la formación de un Comité Directivo integrado por tres destacados juristas, Clodomiro Zavalía, Héctor Lafaille y Hugo Alsina, dedicados al derecho público, civil y procesal, respectivamente, que continuó la línea trazada por los fundadores.

En tanto, Anastasi, según el mismo lo manifestó, se propuso en la nueva revista continuar la labor desarrollada en las décadas anteriores. Es, decir, *La Ley*, pese a su título, se convirtió en un órgano de estudio de nuestra jurisprudencia. Anastasi destacó entonces que uno de sus propósitos era asegurar la necesaria vinculación entre el foro y la Universidad, y otro buscar una referencia constante a la « evolución jurídica, política y social de los pueblos hermanos de América, así como el derecho europeo ». En suma, quería proporcionar un amplio instrumental de trabajo para los estudiosos, dejando atrás la imagen del juez que se limitaba a aplicar el código.

Como ya había ocurrido con la anterior revista, Anastasi se rodeó de un empinado elenco de colaboradores integrado por profesores y juristas argentinos, americanos y algunos europeos. Otros actuaban más estrechamente en la delicada tarea de la confección de los sucesivos tomos.

En 1938 Anastasi tuvo ocasión de hacer un nuevo balance de la labor desarrollada, y también de exponer algunas iniciativas. Por entonces, su principal objetivo era promover una obra sobre derecho del trabajo, materia a la que desde su juventud le había dedicado particular dedicación en la cátedra y en la revista. Intentaba crear una nueva publicación periódica especializada y recordaba que el repertorio contenía ya 800 sentencias seleccionadas en materia de accidentes de trabajo y cerca de 600 sobre contratos laborales, cuyas pautas jurisprudenciales tenían ya una orientación que se apartaban de las antiguas normas del código civil.

En esta nueva etapa, Anastasi acentuó los contactos con las

⁽⁹¹⁾ Fragmentos del prólogo al primer repertorio de *La Ley*, que ofrecen la información utilizada, se incluyen en *Antología*, cit. II, 61-69.

principales revistas europeas y americanas, lo que se refleja en las páginas de *La Ley*. Uno de los más destacados apoyos que recibió fue el del profesor Eduardo Lambert, director del Instituto de Derecho Comparado de Lyon, quien afirmaba, con referencia a esta revista, que Buenos Aires « era una de las plazas más naturalmente señaladas para convertirse en uno de los centros, con amplio radio, de la difusión del derecho comparado ».

En 1940 falleció Anastasi cuando tenía 50 años y mucho podía esperarse de su talento creador. Su obra principal, la formación de un singular « laboratorio jurisprudencial » encontró dignos continuadores tanto en la antigua *Jurisprudencia Argentina* como en la más reciente *La Ley*. Ambas por décadas, siguieron ocupando lugar principal entre las empresas editoriales del foro argentino.

El papel creativo de Anastasi consistió, sin duda, en la talentosa construcción de una doctrina jurisprudencial, extraída de los fallos con habilidad y técnica artesanal, utilizando a veces modelos extranjeros, captados y desenvueltos dentro de la peculiaridad del derecho argentino.

12. *La jurisprudencia en las aulas.*

Frente a las expresiones favorables a la jurisprudencia como fuente del derecho, se detecta una actitud reticente a su admisión en las aulas, que se extiende durante esta época. Se le concede poco valor y lugar en los planes de estudios y en el mejor de los casos queda relegada a formar parte de « la enseñanza práctica del Derecho ».

En la vida jurídica anterior al siglo XIX, el aprendizaje práctico de los egresados universitarios estaba orientado ya por el modelo más antiguo de las pasantías, ya por el más moderno de las academias teórico-práctico de jurisprudencia. Este último fue el existente en Córdoba y Buenos Aires hasta avanzada la segunda mitad del ochocientos, cuando empezaba a desenvolverse la idea moderna de jurisprudencia.

Aquella Academia se suprimió en la reforma universitaria de 1872 y en su lugar se estableció una cátedra de Procedimientos, desapareciendo todo espacio formal dedicado al aprendizaje de la práctica forense. La enseñanza teórica, mediante códigos y libros,

dominó desde entonces por varias décadas la labor docente, bajo el imperio de la exégesis.

La reacción subsiguiente impulsó el desenvolvimiento del vasto movimiento de las ciencias sociales y la adopción de un método científico que superara la estrechez exegética y el apego a la letra de la ley. Se instaló así un escenario favorable a la introducción de la nueva idea de jurisprudencia, ya que se estaba reclamando la reunión de un material experimental, que fuese representativo de la vida jurídica. Sin embargo, esta posibilidad no fue utilizada ni aprovechada, en toda su dimensión, por estas corrientes renovadoras ni tuvo expresión contundente dentro de los claustros universitarios. Entre los débiles intentos conocidos, cabe mencionar a un curso sobre « Práctica y crítica forense », incluido en el sexto año de la carrera de abogacía en el plan aprobado en 1909 por la Facultad de Derecho de Buenos Aires ⁽⁹²⁾. Fue concebido con « carácter exclusivamente objetivo, experimental y de aplicación » en base a la solución de casos concretos, pero el curso no parece que se haya implementado. Además, en este proyecto la referencia a la jurisprudencia era solo indirecta.

Después de 1910, y seguramente como consecuencia de la mayor atención que suscitaba esta fuente del derecho, en algunos programas de estudio de derecho civil y de otras asignaturas, se incluyó a la jurisprudencia de los tribunales como una exigencia de análisis recomendada por el profesor. De cualquier modo, esta indicación se limitaba a poner de relieve alguna cuestión concreta definida por los jueces, sin entrar a un examen orgánico de ella misma.

Pocas opiniones al respecto he recogido entre los autores de la época. Uno de los más explícitos fue Alfredo Colmo, en un pasaje ocasional de la visión crítica que expuso sobre nuestra jurisprudencia. En comparación con la francesa, la acusaba entonces de falta de principios y por ello contradictoria en sus decisiones. Era el momento en que aludía a los buenos frutos que podrían obtenerse con « cátedras especiales de jurisprudencia en las facultades jurídicas,

⁽⁹²⁾ A. PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1914, p. 162.

que en el país no se conoce» (93). En la misma línea insistía más adelante en que esos males se podían revertir mediante «una adecuada educación de los futuros magistrados» y que con una objetiva selección en los nombramientos de los mismos se podría tener una jurisprudencia que progresivamente invirtiera la situación actual (94).

También Gastón Federico Tobal manifestó su preocupación por la formación de los futuros magistrados en el conocimiento del derecho y en el manejo de los principios elementales para la construcción jurídica. Y en este punto sugería que la Facultad de Derecho hiciera cursos teóricos en que esas disciplinas se analizaran por quienes aspiraban dedicarse a la carrera judicial o se encontrasen ya en ella, para que se estudien los medios que el intérprete debe conocer para ejercer su oficio (95). Se puede suponer que en la mente de Tobal estaba bien presente el tema de la jurisprudencia, pero en el párrafo no se explayaba sobre ello.

Es indudable que donde la jurisprudencia encontró en esa época su mayor incidencia fue en la Facultad a través de la denominada «enseñanza práctica» (96).

El Instituto de Enseñanza Práctica, creado en 1922 por la Facultad de Derecho fue la más importante realización que se llevó a cabo en la primera mitad de la centuria. Quien lo impulsó, y dirigió por muchos años, fue el doctor Héctor Lafaille, catedrático de Derecho civil. En el discurso que pronunció dos años después, al inaugurarse el Instituto, trazó las líneas directivas del mismo (97). Así decía que «nadie confunde ya el derecho con la ley escrita, ni olvida que a la par de la *ciencia pura*, debe aprenderse el arte de traducir el

(93) A. COLMO, «*La jurisprudencia*» en *Antología*, cit. I, 306.

(94) *Id.*, 310.

(95) G. F. TOBAL, *La misión del juez y el aporte de la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1941, p. 141.

(96) M. R. POLOTTO, «*Hacia una nueva experiencia del Derecho. El debate en torno a la enseñanza práctica del derecho en la Universidad de Buenos Aires, a comienzos del siglo XX*» en *Revista de Historia del Derecho*, número 34, Buenos Aires, 2006, pp. 213-239.

(97) *Ibidem*, También sobre este jurista, M. U. SALERNO, «*Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del derecho civil*, *Revista de Historia del Derecho*. n° 2, Buenos Aires, 1974, pp. 210-220, y V. TAU ANZOÁTEGUI, «*Los juristas argentinos*», cit., 254- 262.

precepto » y este arte es por fuerza, experimental y no se adquiere sino con la práctica. Consideraba que había que formar « el taller de ajuste y adaptación, como auxilio indispensable de la cátedra » y reconocía que la mayor parte de los « casos » no tenía dentro de los códigos una solución preestablecida ⁽⁹⁸⁾.

La actividad del Instituto reposaba sobre una conjunción laboriosa del consultorio y el seminario, en donde participaba la jurisprudencia como uno de sus elementos. La iniciativa de la Facultad contó con el apoyo del Colegio de Abogados local y de la Suprema Corte de Justicia, que ofreció espacios para desarrollar sus tareas en el Palacio de Justicia, lo que constituyó una clara expresión de patrocinio corporativo ofrecido por la magistratura y el foro. En esta creación fue también importante la publicación periódica por muchos años del *Boletín* del Instituto.

Las condiciones de trabajo del Instituto mejoraron notablemente con la construcción del nuevo edificio de la Facultad, que se inauguró en 1949. Ya en el diseño, se había previsto destinar el ala izquierda del mismo en su primera planta a las oficinas y aulas del Instituto, manteniendo el local del consultorio en el Palacio de Justicia. Esas aulas estaban preparadas para la labor de seminario, en un amplio espacio físico ocupado en buena parte por una gran mesa de reuniones alrededor de la cual se podían ubicar entre 25 y 30 estudiantes, presidida por el docente. Estas aulas eran similares a las que se encontraban, en los pisos superiores, para uso de los Institutos de Investigación, otra de las actividades que la Facultad aparecía empeñada en estimular.

El primer curso de seminario estaba destinado a trabajar sobre « casos » y allí se operaba con los repertorios jurisprudenciales. Si bien el lugar reservado a un posible análisis científico de la jurisprudencia y sus proyecciones prácticas, constituía solo una pequeña isla en el mar de códigos, leyes y libros teóricos, no pocos estudiantes tuvieron provechoso contacto con el mundo de los repertorios jurídicos en estos nuevos espacios.

⁽⁹⁸⁾ Discurso de Héctor Lafaille de 16 de mayo de 1924 en FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. *Discursos académicos*, t. III, 2ª parte, p. 324.

13. *Misión del juez y aporte de la jurisprudencia.*

El título de este capítulo reproduce en esencia el que Gastón Federico Tobal eligió para su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en 1939⁽⁹⁹⁾. Su autor llegó a ocupar el sitial académico tras treinta años dedicados a la magistratura y la cátedra, a lo que cabe agregar la valiosa experiencia adquirida como miembro activo del Comité de Reformas del Código Civil, cuya labor culminó con el Proyecto de 1936. Sus años de magistrado en el fuero civil se repartían en siete años como fiscal, cinco como juez y el resto como vocal de la Cámara de Apelaciones. Desde 1926 era catedrático de derecho romano de la Universidad de La Plata y poco después también lo fue de la de Buenos Aires. La experiencia tribunalicia y el cultivo de la tradición romana formaron un conjunto inescindible que se proyectó sobre su obra y que tiene viva expresión en este Discurso. Tenía entonces 53 años y era ya la época en que el tema de la jurisprudencia alcanzaba su madurez, aunque algunos juristas no resignaban sus posturas contrarias.

De los dos temas que abarca el Discurso, el de la misión del juez era presentado de manera más relevante, acaso porque el autor volcaba en el mismo sus propias convicciones y a partir de ellas generalizaba el perfil ideal de ese artífice de la jurisprudencia.

« En las últimas décadas — apuntaba Tobal —, una tarea común ha vinculado la obra de los más eminentes juristas, sociólogos y filósofos, al proponerse elaborar una teoría fundamental y científica del derecho » que intenta « fijar las cimientos donde deberá asentarse la fábrica segura, para sostén de toda la obra que se construya con arreglo a ideas directrices y ordenadoras ». En contraste con esta posición, Tobal marcaba « el aparente olvido que los [juristas] de Roma tuvieron por todas esas concepciones básicas y condicionantes, buscando en cambio, fundar su derecho positivo de casos y para casos, intentando ante todo, resolver con justicia las

⁽⁹⁹⁾ G. F. TOBAL, *La misión y aporte de nuestra jurisprudencia*, Antología jurídica, Buenos Aires, 1941.

situaciones concretas, para hallarle el remedio adecuado, sin preocuparse de los principios absolutos y universales » ⁽¹⁰⁰⁾.

Este modo de encarar la cuestión le permitía establecer dos criterios bien distintos para entender el derecho. Mientras unos trabajaban en la construcción de esa teoría del derecho científico, otros, los jueces, como los prudentes romanos, siguieron aplicando los textos con el sentido común « que cada hombre de ley lleva dentro de sí, y a la que llega perfeccionando su saber y su experiencia ». La misión de los jueces, puestos a resolver los casos imprevistos que las partes llevan a los estrados de la justicia, es variable en cuanto a su amplitud, según sea la naturaleza del derecho que rija. Así difiere en aquellos pueblos que tuvieron pocas reglas escritas, como los romanos en un principio, de los países modernos que cristalizaron sus derechos en códigos, pero no por ello se habría de cegar la obra de la jurisprudencia, « aún cuando no tenga el juez moderno la amplitud de medios que el viejo derecho acordara al pretor, al permitirle crear normas obligatorias » ⁽¹⁰¹⁾.

Como otros juristas argentinos, Tobal se apoyaba en el pensamiento de Giorgio Del Vecchio, el filósofo-jurista de la Universidad de Roma, para impugnar la aplicación mecánica de la ley y el concepto vulgar de que el derecho estaba contenido en un código, donde todo debía estar previsto y en base a ello resuelto. También se sustentaba en dicho profesor para definir el alcance y límite de la función del juez ⁽¹⁰²⁾. Asimismo, como otros lo hacían, recurría a la doctrina francesa, valiéndose de las opiniones de Gèny, Lambert y E. H. Perreau. La obra de este último sobre la jurisprudencia en el derecho privado contaba con lectores ávidos entre los juristas argentinos. De Gèny recogía la idea de que « la jurisprudencia sirve de substractum y provee de su material al trabajo de la doctrina, al par que ésta la dirige en sus ensayos de fijación del derecho nuevo, de suerte que se fusionan íntimamente y se compenetrán en forma efectiva esos dos órganos de la formación del derecho » ⁽¹⁰³⁾. De Perreau escogía la consideración conclusiva que le llevaba a sostener

⁽¹⁰⁰⁾ ID., 10-11.

⁽¹⁰¹⁾ ID., 13-15.

⁽¹⁰²⁾ ID., 15-16.

⁽¹⁰³⁾ ID., 17.

« la obra vasta y a veces aparentemente contradictoria de la jurisprudencia, como un organismo vivo, en el cual trata de encontrar los hilos sutiles que mueve la tarea de los jueces, a los que contempla trabajando pacientemente en adecuar el derecho escrito a la realidad, que tan pocas veces se presta a ser clasificado de antemano en los textos » (104).

Apoyado en la experiencia, Tobal transmitía un mensaje a sus colegas de la magistratura recordando que la ley y la jurisprudencia « constituyen los sólidos cimientos de sus fallos y advirtiendo que los jueces de primera instancia se mantenían generalmente un poco tímidos y cautos en innovar. Consideraba tan peligroso al innovador a todo trance como al que « jamás se eleva de la letra de la ley » (105). La palabra de Tobal ampliaba horizontes, fijaba límites, construía la personalidad moral y ética del juez, siempre con una profunda dimensión humana, alejada de estrechos formalismos. Orientaba en fin, su pensamiento para alcanzar una ley « más humana y más justa », como reza el título de otro libro suyo (106). Su propósito último era preparar al juez de la moderna jurisprudencia.

El otro tema desarrollado en el Discurso académico de Tobal era el del aporte realizado por la jurisprudencia argentina en esas décadas. No fue un asunto serenamente elegido por el autor, sino impuesto por las circunstancias y originado en la necesidad que evidentemente sintió de rebatir los « equivocados y excesivos » juicios que en esos años Abel Chaneton — historiador y jurista — había vertido de forma negativa sobre la jurisprudencia civil en el curso de una afamada obra. Decía este autor, con giro despectivo, que no recordaba una sola construcción de nuestra jurisprudencia que hubiese impuesto al código transformaciones de importancia y que, si en cambio, conocía deformaciones de esa misma procedencia (107).

La respuesta de Tobal pretendía mostrar cuán significativa

(104) Id., 19.

(105) Id., 34.

(106) G. F. TOBAL, *Nuestro nuevo derecho. Hacia una nueva ley más humana y más justa*. Buenos Aires, 1939.

(107) A. CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1938. Era ésta la tesis que sostenía Chaneton después de examinar el papel cumplido por la jurisprudencia argentina en las primeras décadas del siglo XX. De la apreciación negativa sólo se

había sido aquella labor jurisprudencial en la elaboración del proyecto de código civil de 1936, que contó con su activa participación. Así ofrecía un detalle de los principios sentados por la jurisprudencia — a veces eran sólo votos de jueces en minoría — que pasaron directamente al proyecto o inspiraron soluciones concordantes en las distintas materias civiles que componían dicho cuerpo legal.

Si bien esta respuesta de Tobal era contundente, quedaron sin formular otras consideraciones que hubiesen enriquecido su postura. Uno de los mejores argumentos estaba escondido dentro de la frase en donde expresaba que « la obra de la jurisprudencia continúa elaborando pacientemente el derecho codificado ». Él enfatizaba que sólo la jurisprudencia del tribunal en su aplicación de las reglas podía « llevar a cabo esa tarea de sustitución lenta de aquellos viejos preceptos considerados como dogmas que imponían una aplicación mecánica, por otras más flexibles, que surgirían cuando, dejando la letra, buscarse la idea inspiradora del sistema, apartándose así del respeto de la regla aislada(...) » (108). Era su profunda convicción.

14. *La jurisprudencia integrada al derecho positivo.*

« Las sentencias son la ley del caso juzgado, son pues el término o remate de la potestad legislativa. Por lo cual el derecho positivo de cada lugar y cada época no es sólo el conjunto de sus leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos vigentes, sino ello más la jurisprudencia determinada por las contiendas a que dé lugar su aplicación. Y más precisamente, por la mera posibilidad de su aplicación ».

Este párrafo medular pertenece al jurista Tomás D. Casares, filósofo iusnaturalista de raigambre católica, profesor de las universidades de Buenos Aires y La Plata, magistrado judicial de trayectoria en el fuero civil, que culminó como Ministro de la Corte

salvan algunas publicaciones y entre ellas principalmente *Jurisprudencia Argentina* (Libro II, cap. XIV).

(108) TOBAL, *La misión*, cit., 15 y 18.

Suprema de Justicia de la Nación, entre los años 1944 y 1955 ⁽¹⁰⁹⁾.

De pensamiento profundo y pluma clara y precisa volcó reflexiones sobre nuestro tema en un breve capítulo de su libro *La Justicia y el Derecho* ⁽¹¹⁰⁾. Aunque en este autor sus preocupaciones dominantes pasaban por ordenar y explicar cuestiones que hacían a primeros principios del orden justo, o derecho natural, encontró la necesidad de acoger en su libro, el tema de la jurisprudencia dándole un tratamiento que revela en su desarrollo el enlace entre experiencia judicial y meditación filosófica sobre el significado de la sentencia judicial y la construcción de la jurisprudencia.

Según Abásolo, el pensamiento de Casares sobre la jurisprudencia se sustentaba sobre tres pilares: la subordinación del Derecho a la virtud de la Justicia; el predominio del orden jurídico natural sobre el positivo; y la adaptación del derecho positivo a la realidad social sobre la cual opera ⁽¹¹¹⁾. Nuestro autor afirmaba: «Las decisiones reiteradas y uniformes de los tribunales de última instancia relativas a la interpretación de la ley o a la determinación de la doctrina legal tienen un imperio que trasciende los casos juzgados por las sentencias respectivas y se extiende sobre la generalidad de la vida jurídica, por la razón de que en última instancia la autoridad rectora de esa vida jurídica es la autoridad de los jueces. En definitiva la ley impera por medio de ellos y por eso el orden jurídico no se expresa solo por el conjunto de las leyes vigentes sino también por la actuación de ellas en las sentencias de los jueces» ⁽¹¹²⁾.

Sobre el proceso de formación y transformación de la jurisprudencia tiene también conceptos que conviene recordar. Para él en ese proceso «actúan todos los factores de la actividad judicial y todas las formas de la especulación jurídica: sentencias cuya doctrina no prospera en un momento dado, alegatos y defensas de los

⁽¹⁰⁹⁾ A. D. LEIVA Y E. ABÁSULO, *El juez Casares. Un jurista al servicio del bien común*. Buenos Aires, Educa, 2002.

⁽¹¹⁰⁾ T. D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, 2° edición, Buenos Aires, 1945, pp. 242-253. Se reproduce íntegramente en *Antología*, I, cit., pp. 336-341.

⁽¹¹¹⁾ E. ABÁSULO. «El papel de la jurisprudencia en la concepción de un jurista católico: Tomás D. Casares» en *Archivum*, XXII, Buenos Aires, 2003, pp. 7-15. En este estudio se desarrolla el tema en base principalmente a dictámenes, sentencias y votos emitidos como magistrado.

⁽¹¹²⁾ ID., 245.

abogados, comentarios teóricos de los pronunciamientos definitivos, la tarea científica en las cátedras y fuera de ellas, etc. », pero solo la que es obra de los jueces constituida en tribunal, halla una autoridad que es como la ley, con una firmeza irrevisible ⁽¹¹³⁾. Agrega el autor que « nuevas circunstancias traen a veces nueva jurisprudencia, no porque los jueces se arroguen subrepticia y abusivamente la facultad de *adaptar* las leyes a las circunstancias, sino porque toda ley se propone una finalidad [...] y la variación de las circunstancias puede traer como consecuencia que la finalidad no se alcance del modo como se alcanzaba antes; por donde la variación de la jurisprudencia no es otra cosa que la forma de mantener efectiva la finalidad esencial de la ley » ⁽¹¹⁴⁾.

Casares encontraba « una integración de la ley por la jurisprudencia, un acabamiento de su virtualidad funcional en el acto de la sentencia judicial » ⁽¹¹⁵⁾. Sostenía que « el acto judicial o jurisdiccional [...] es la actuación última del derecho; mediante él concluye de hacerse efectiva la evaluación que procura como fin esencial. Concebirlo con prescindencia de esta faz de él es producirle una mutilación que lo desconecta de la realidad concreta, lo reduce a una abstracción esquematizada y concluye por hacer lisa y llanamente ininteligible tanto a la ley misma como a la aplicación ejecutiva y judicial de ella » ⁽¹¹⁶⁾.

Así cerraba el autor estas páginas. Más allá de la repercusión pública alcanzada en 1945, año de su publicación, lo cierto es que estas palabras pudieron escribirse sobre la base de la existencia de un sentir jurídico colectivo que, pese a las resistencias que no cesaban en la voz y pluma de los críticos, ya tenía reconocida una función relevante a los jueces en la construcción del ordenamiento jurídico, tanto en el acto de la sentencia individual como en la elaboración de una jurisprudencia reglada. Es, en fin, un testimonio valioso de ese momento por provenir de quien cultivaba un pensamiento metafísico aplicado a una realidad observada cotidianamente desde los estrados de la justicia. El estilo del autor es de una extrema

⁽¹¹³⁾ Id., 246.

⁽¹¹⁴⁾ Id., 244.

⁽¹¹⁵⁾ Id., 250.

⁽¹¹⁶⁾ Id., 252-253.

parquedad en las citas bibliográficas — la gran mayoría son de Tomás de Aquino —, acentuada en este breve capítulo, que carece de toda cita de autores.

IV. EPÍLOGO.

El relato histórico muestra el ritmo constante de desarrollo del instituto, con tiempos de crecimiento y de opacamiento, con debilidades congénitas y con artífices propios. Cabe hacer un breve repaso.

A comienzos del siglo XIX, la jurisprudencia no formaba parte de las aspiraciones de los pueblos americanos que se independizaban de la Monarquía Española. Subsistían las prácticas judiciales dentro de un orden que seguía operando en el campo civil con los antiguos cuerpos legales, la doctrina de los autores y el trasfondo consuetudinario. La codificación apareció entonces como una idea fuerte dentro del proceso de reforma legislativa que maduró lentamente. De manera paulatina asomó el principio de la fundamentación y publicación de las sentencias que tuvo solo algunos intentos de concreción en esas primeras décadas.

Entre 1850 y 1870, junto con el despliegue del proceso de constituciones y códigos modernos, se advierte el brote de las primeras ideas acerca de la jurisprudencia, aún estando vigentes los cuerpos legales del antiguo orden. Algunas opiniones individuales, como la de Miguel Navarro Viola, y otras colectivas, como la de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, sorprenden por la modernidad de sus concepciones y propuestas.

Este interesante movimiento decreció con los inicios de la codificación, la vigencia del código civil y la consiguiente aparición de los comentaristas. Aunque era la época en que empezaron a abundar las colecciones impresas de fallos, la idea misma de jurisprudencia quedó algo relegada, seguramente por la fuerte presencia de la concepción exegetica.

La noción jurisprudencial cobró nuevo impulso a principios del siglo XX, bajo el influjo de autores como Gèny y de textos legislativos como el código civil suizo. Se acentuó el contrapunto de

opiniones entre nuestros juristas. Las generaciones de 1910 y 1925 desempeñaron un papel decisivo en este momento. La jurisprudencia fue reconocida como una fuente subsidiaria del derecho. La misma crítica interna que se hacía de la jurisprudencia argentina por autorizados juristas, como Colmo y Ernesto Quesada, puede ser mirada como un signo de nueva vida del instituto. En esta etapa aparecieron las nuevas revistas y repertorios jurisprudenciales que permitieron consolidar la idea y dar vida a su ejercicio judicial. Las principales fueron *Jurisprudencia Argentina* y *La Ley* y en ambas sobresale la figura de Leónidas Anastasi. Eran verdaderos laboratorios jurisprudenciales encauzados dentro del moderno derecho argentino que se integraron al ordenamiento positivo. El punto más débil fue la lenta y restringida penetración en las aulas universitarias.

Esta mirada panorámica sobre una trayectoria que se extiende hasta la primera mitad del novecientos, necesita ser completada con otra que atienda al meollo de la relación entre la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho, ya dentro de un orden dogmático, pero sin alejarnos de nuestro observatorio histórico propio.

Nuestro relato ha mostrado una constante intervención, bajo diversas formas, de los autores, ya crítica, ya constructiva, a lo largo de más de una centuria, que fue tejiendo una *doctrina judicial*. Fue ésta, al fin, el fruto más sólido y duradero de la voluntad creativa de jueces y tribunales y por cierto de la continúa producción de fallos. Con este enorme material en el laboratorio jurisprudencial se procedía a la clasificación y elección de las piezas más significativas. Allí se elaboraban los sumarios, notas y comentarios que conformaban esa doctrina, convertida luego en letra de molde.

Era, en suma, una operación de abstracción que se nutría de la mentalidad dogmática, lo que resulta explicable dado que la jurisprudencia se incorporaba a un orden positivo de esas características. En su expresión final quedaba resaltado lo estrictamente « doctrinario » del texto de la sentencia, con visible separación y relegamiento del caso y sus circunstancias.

Fue Leónidas Anastasi quien logró en la Argentina, a través de las revistas y repertorios que dirigió, la más alta expresión en la formación de esa doctrina judicial, según hemos visto. En los años previos a su muerte — que ocurrió en 1940 — impulsó en la revista *La Ley* una línea jurisprudencial afinada por su saber y experiencia

en la materia que destacaba la íntima relación que ella tenía con las demás fuentes del derecho para « resolver las cuestiones con un sentido más justo ». Esta interacción entre las fuentes se traducía « en una interpretación más amplia del juez, atendiendo a las circunstancias que fluyen, a la opinión de la doctrina, sea propia o internacional y la de sus colegas y tribunales superiores » ⁽¹¹⁷⁾.

Anastasi, en sus notas a fallos, acudía — según dice María Rosa Pugliese — « para explicar institutos o para encontrar las bases de nuevas soluciones, a un estudio concienzudo tanto de la jurisprudencia que se ha ido formando, como de la doctrina gestada, e incluso recurriendo al derecho comparado para observar los resultados de esa aplicación » ⁽¹¹⁸⁾. Es decir, que el juego entre unas y otras fuentes era de doble recorrido y variable, formando un tejido que ya a esa altura de los tiempos quedaba integrado en la mentalidad jurídica y en el ordenamiento positivo.

La jurisprudencia no era así un simple « dato positivo », como acaso lo veía Chaneton, sino un elemento necesario del « trasfondo socio-jurídico » como lo transmitía Tobal en su Discurso académico de 1939, o lo ratificaba Casares un lustro después, desde un ángulo distinto. El cambio de sentido era resultado de una trayectoria secular: de una fuente de derecho aislada en debate, la jurisprudencia había obtenido, en conjunción con las demás fuentes, un lugar indiscutible en el universo jurídico que se había expandido a otras áreas del derecho, como el comercial, el penal y el laboral. A mi juicio, se cerró entonces un ciclo histórico y se abrió uno nuevo que escapa ya del presente ensayo.

⁽¹¹⁷⁾ M. R. PUGLIESE, « *Catalogación y comentario de las notas de Leónidas Anastasi en la Revista La Ley. 1936-1939* » en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO, *XXII Jornadas de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 2008, pp. 52-53 Se trata del resumen del trabajo, ya que aún no está publicado su texto completo.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*.