

**Voces:** FUENTES DEL DERECHO ~ CODIGO CIVIL ~ INTERPRETACION DOCTRINARIA ~ FILOSOFIA DEL DERECHO ~ HISTORIA ~ DERECHO ROMANO ~ DERECHO COMPARADO ~ DERECHO ESPAÑOL ~ COSTUMBRE ~ USOS Y COSTUMBRES ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ DOCTRINA LEGAL ~ JURISPRUDENCIA ~ CODIGO PROCESAL ~ CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ PLENARIO

**Título:** La doctrina como fuente del Derecho

**Autor:** Alterini, Jorge Horacio

**Publicado en:** Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 31/05/2012, 31/05/2012, 1 - LA LEY 2012-C, 1166

**Cita Online:** AR/DOC/1563/2012

**Sumario:** I. Proemio. II. Doctrina. Fuentes formales. III. La doctrina como fuente formal en la historia del derecho. IV. Funciones de la doctrina. V. La doctrina como derecho científico. VI. La doctrina como autoridad. VII. Conclusiones.

**Abstract:** "El Código Civil Argentino no computa a la doctrina como fuente formal, pero en la historia del derecho existen antecedentes en los cuales la opinión de algunos doctrinarios era de aplicación obligatoria."

### **I. Proemio**

El Estatuto de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires establece en su art. 2 que: "Son sus fines: 1. Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno o se le consulten. 2. Fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales. 3. Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal".

Si se quisiera realizar una formulación muy sintética de las finalidades de la Academia, bien se podría decir, en suma, que ellas atañen a la elaboración de doctrina desde la investigación jurídica. La Academia debe hacer doctrina y efectivamente la hace, a través de las respuestas a consultas de interés general realizadas por los poderes públicos, universidades, institutos docentes, técnicos o científicos (art. 3 inc. 3), efectúa publicaciones jurídicas (inc. 5), difunde las comunicaciones de sus miembros o las conferencias pronunciadas en sesiones públicas (inc. 7), organiza o patrocina congresos de derecho y sus integrantes la representan en distintos simposios celebrados en el país o en el extranjero (inc. 8), conforma institutos de investigación sobre temáticas afines al derecho y a las ciencias sociales (inc. 10).

Si la Academia hace doctrina, no hay que extremar la perspicacia para comprender que en tanto ese producido tenga significación, también la tendrá la inserción de la entidad en la Comunidad de la que forma parte; por el contrario, si la producción de doctrina fuera menor, o sus aportes en ese campo no revistieran valía, no podría adjudicársele a la Academia un rol destacado en el devenir de la Sociedad.

### **II. Doctrina. Fuentes formales**

El vocablo doctrina en español reproduce idéntica palabra latina, la que deriva de "docere", que significa "enseñar". En armonía con tal filiación etimológica la doctrina implica el conjunto de ideas aportadas por los juristas, plasmadas en conceptos, y que se difunden a través de la enseñanza o de cualquier otra forma de comunicación.

Si bien el "docere" excede el ámbito autoral, y así puede hablarse de doctrina judicial o sea la modelada desde la iudicatura, habré de ceñir el análisis a la doctrina producida por los autores, pues ella es la que se corresponde con las características de la misión encomendada a esta Academia Nacional.

En cuanto al concepto de fuentes del derecho, Alf Ross realiza una ilustrativa aproximación al puntualizar: "Por 'fuentes del derecho', pues, ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas 'fuentes' que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita". (1)

En la árida problemática de las fuentes del derecho, me inclino por la versión simplificadora que las divide en fuentes formales y fuentes materiales, las primeras con virtualidad vinculante y las segundas como elementos que de manera mediata o indirecta contribuyen a modelar las fuentes formales, o sea las obligatorias. Aunque está lejos de existir uniformidad terminológica, de lo dicho se infiere que utilizo como sinónimos las nociones de fuentes materiales y mediatas o indirectas. (2)

En nuestro derecho es indiscutible que la ley reviste el carácter de fuente formal y por ello sus normas son vinculantes; excepcionalmente tiene ese rasgo el derecho consuetudinario, pues según el art. 17 del Cód. Civ.: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente"; se legitiman la llamada costumbre secundum legem, o sea coincidente con la ley, y la costumbre praeter legem, que opera en subsidio ante la ausencia de ley.

Aunque la cuestión despierta polémicas, pienso que debe sumarse como fuente formal a la jurisprudencia

plenaria, mecanismo de cuya utilidad no dudo. En ese sentido el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que: "La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de otra sentencia plenaria".

Acaso nada sea mejor para comprender la importancia y virtualidad de los fallos plenarios, que acudir a las reflexiones de dos prestigiosos académicos desaparecidos, José María López Olaciregui y Germán Bidart Campos.

López Olaciregui dice sobre el fallo plenario: "Por su origen es judicial, como las sentencias, pero por su contenido es algo menos y por su proyección algo más que una sentencia. Teniendo cuerpo de sentencia y prolongaciones similares a las de las leyes, no es ni sentencia ni ley". Agrega: "Tiene normatividad, en cuanto deja sentado que si en el futuro se produce tal situación corresponderá tal solución. Pero esa normatividad no opera creando reglas sino fijando el sentido de las que preexisten ... con criterio de economía procesal, se admite que la solución consagrada en una oportunidad siga rigiendo hasta que otro plenario la modifique, sin necesidad de que el Tribunal se reúna cada vez para ratificarla...". (3)

En el sentir de Bidart Campos: "Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podemos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal cual salió del Congreso, sino ese texto normativo 'más' la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los Tribunales. La igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva de una verdadera igualdad ante la jurisdicción. Entonces, ¿cómo podrá vituperarse la obligatoriedad de los fallos plenarios, si su mecanismo aplicativo viene, precisamente, a garantizar que la misma ley sea objeto de una misma interpretación judicial en casos análogos?". (4)

La obligatoriedad del fallo plenario para el fuero en que es dictado le adjudica rasgos de fuente formal. (5) Y no se crea que la vigencia de los plenarios es efímera, porque perduran hasta que no sean substituidos por otros con direcciones distintas.

Al menos en la justicia nacional en lo civil no se discute la perdurabilidad de los fallos plenarios, y tal inteligencia fue la adoptada precisamente por un plenario, el dictado el 15 de julio de 1977 en la causa: "Kartopapel c. Municipalidad de la Capital" (LA LEY, 1977-C, 361), que decidió que "los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo". (6)

Me correspondió emitir el primer voto como juez de Cámara en dicha sentencia plenaria y allí me ocupé de contestar la tesis contraria del eminente jurista Jorge Joaquín Llambías, vertida cuando integrara la Cámara Civil, quien sostuviera que si para la articulación de un recurso de inaplicabilidad de la ley se debía invocar un antecedente contradictorio que no tuviera una antigüedad de más de diez años (art. 288), tampoco podía extenderse la vigencia del plenario por un plazo mayor.

El mero transcurso del tiempo, que no arrima sombras a una buena doctrina, tampoco debería afectar de por sí la obligatoriedad de los plenarios en el ámbito jurisdiccional respectivo.

### **III. La doctrina como fuente formal en la historia del derecho**

El Código Civil Argentino no computa a la doctrina como fuente formal, pero en la historia del derecho existen antecedentes en los cuales la opinión de algunos doctrinarios era de aplicación obligatoria.

Ante todo debe tenerse presente la consideración especial que los juristas merecieron en Roma, con palabras de Savigny: "Entre los romanos, gozaban los jurisconsultos de una posición muy elevada en razón del ejercicio enteramente libre y bienhechor de sus funciones, á causa de su pequeño número y también de su nacimiento. Reunidos en la capital del mundo, vivían con los pretores y más tarde con el emperador, ejerciendo sobre ellos una acción continua e irresistible. Las opiniones que ellos adoptaban, debían influir en el progreso del derecho y cada uno de ellos, sobre todo aquel que se distinguía por la superioridad de su espíritu, debía tener una gran participación en esta autoridad invisible". (7)

Las complicaciones unidas a la etapa del procedimiento formulario determinaron que ciertas personas valoradas por su ciencia y probidad fueron habitualmente consultadas por el pretor, quien sustentó sus decisiones en sus respuestas, en sus "respuesta". Leemos en Gayo que: "Las respuestas de los prudentes (responsa prudentium) son los dictámenes (sententiae) y opiniones (opiniones) de aquellos a quienes se les ha permitido crear derecho (quibus permissum est iura condere)". (8)

"Estas personas fueron conocidas como prudentes o iurisperitos o iuriconsulti ... la interpretatio prudentium fue de uso común ... si bien el magistrado no aparece como obligado, lo común era que adhiriera a lo aconsejado, salvo que se presentara una opinión contraria, en cuyo caso optaba por el criterio que considerara más conveniente". (9)

Durante el Principado los emperadores personalizaron en determinados prudentes la función de emitir los iura, en los tiempos de Augusto (27 a. C. a 14 de C.) el ius publice respondendi no habría tenido beneficiarios concretos, "pero algunos ... podían lograr que su responsum fuera revestido por la auctoritas imperial ... no era un beneficio singular de responder, sino que a un responsum el César le agregaba el peso de su auctoritas. De ahí que el texto debía venir firmado y sellado (signatum), pareciendo ser más que probable que se le uniera el sello imperial. El uso de la auctoritas imperial no debía ser muy frecuente, pero de acuerdo con esta interpretación, gozaba de todo el poder del Príncipe, por lo que se imponía a los magistrados y jueces. El uso de los sellos era para asegurar la procedencia auténtica. b. Pero el control personal que exigía este sistema por parte de Augusto —quien gustaba centralizar todo el poder— se fue constituyendo en tarea muy pesada. Por ello, Tiberio resuelve conceder el ius publice respondendi ex auctoritate principis como beneficio personal a determinados juristas, lo cual significaba una delegación del control imperial respecto de cada respuesta concreta. Así se explica que Pomponio hable de Masurio Sabino como el primero en gozar de esta autorización ... Adriano constituyó a su vez, un 'consilium principis' (consejo del Príncipe). Los emperadores anteriores desde Augusto parece que contaban con un consilium, si bien éste era privado y de mero asesoramiento. En cambio, el de Hadriano era algo oficial, como organismo permanente, formado por jurisprudentes de su confianza, que al parecer estaban pagos". (10)

Luego del prolongado período de Hadriano o Adriano, extendido entre los años 76 a 138 de la era cristiana, transcurrieron casi tres siglos hasta que en el año 426 se dicta la denominada Ley de Citas en nombre de Teodosio II, emperador romano de Oriente, y de Valentiniano III, emperador de Occidente, que dispone que tenían fuerza obligatoria las opiniones de cinco máximos juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, que se expresaban por mayoría y de mediar empate se debía seguir el criterio de Papiniano. Luego de la primera redacción de la Ley se jerarquizaron también las tesis vertidas en "las obras de los autores citados por estos cinco juristas". (11)

Con tono festivo reiteradamente se ha calificado a este grupo de juristas como "Tribunal de los Muertos", pues todos los juristas alcanzados por la Ley de Citas habían muerto para la fecha de ella.

En el año 533 se plasma el Digesto o las Pandectas, debido a la vocación por la legislación del emperador Justiniano, y que se integró en el monumental Corpus Iuris Civilis, compuesto también por el Código, las Novelas y las Institutas.

El vocablo Digesto proviene del latín "digestum", "digerere", con el significado de "distribuir", "ordenar", mientras que el término Pandectas tiene filiación griega e implica "que comprende todo". Como su propio origen idiomático lo revela, se trató de compilar la doctrina de los autores y hacerlo con completitud.

Se recogieron las elaboraciones de 39 doctrinarios romanos y desapareció toda prelación entre las distintas opiniones.

La valoración autoral que muestra el Digesto al compilar exhaustivamente la mejor doctrina de entonces, no indica que Justiniano fuera verdaderamente respetuoso de las opiniones de los autores, pues como puntualiza Savigny: "...toda literatura nueva fue prohibida para el porvenir. El emperador sólo permite traducciones griegas de los textos latinos, y, como recurso mecánico, una indicación del contenido de los títulos. Todo libro original y todo comentario sobre las leyes debía ser destruido y castigado su autor como falsario. Para conservar y propagar la ciencia quedó solamente la enseñanza oral dada en las escuelas de derecho organizadas bajo nuevas bases por Justiniano. La prohibición de los comentarios nos da á conocer bastante cómo debía ser esta enseñanza. El profesor no podía, sin duda alguna, intentar una recomposición original de los textos, vivificando la ciencia y despertando el pensamiento de sus discípulos en virtud de este trabajo verificado a su vista, puesto hubiera estado en oposición directa con la proscripción lanzada contra la literatura ... El conjunto de estos reglamentos descansa sobre la idea de que la legislación imperial respondía á todas las necesidades, y que, desde su promulgación, toda producción nueva sólo hubiera servido para perjudicar la obra del legislador". (12)

No obstante que Savigny no oculta su juicio disvalioso sobre la prohibición justiniana, acepta que estuvo en vigor y advierte que: "... sus prescripciones deben tomarse a la letra, rechazando toda interpretación sutil ó forzada ... ordinariamente se pasa en silencio la prohibición de los libros de derecho hecha por Justiniano, y ningún autor moderno ha pretendido nunca que debieran destruirse sus libros en virtud de la ley romana: tal indiferencia para su propia obra no hubiera tenido excusa; y, sin embargo, ¿por qué ha de tener esta ley menos autoridad que las otras leyes romanas sobre materias análogas? ...". (13)

En España, como correlato de la importancia que se le confirió a la doctrina autoral, se dictaron normas que evocaron la Ley de Citas romana. Señala al respecto el Académico Tau Anzoátegui que: "...en

pleitos y causas civiles y criminales, se dispuso por pragmática dada por Juan II el 8 de febrero de 1427 que no se pudiese invocar y juzgar siguiendo la doctrina de legistas y canonistas posteriores a Juan Andrés y Bartolo, ni tampoco hacerlo por los que formasen opinión en adelante. A fines de la misma centuria una nueva disposición, contenida en la Ordenanza de Madrid de 1499, volvía a ocuparse de la cuestión. Decía textualmente que dado que 'muchas veces acaece que en la decisión de las causas ha habido y hay mucha confusión por la diversidad de las opiniones que escribieron mandamos que en materia canónica se prefiera la opinión de Juan

Andrés y en defecto de la opinión de Juan Andrés se siga la opinión del Abad de Sicilia; y en materia legal se prefiera la opinión del Bartolo y en defecto de ella se siga la opinión del Baldo". (14)

Los juristas mencionados son Bártolo de Saxoferrato, Juan Andrés, el llamado Abad Panormitano, o sea Nicolás de Tudeschi, y Baldo de Ubaldis. Se trataba de destacados posglosadores, comentaristas o conciliadores, corriente exitosa a partir del Siglo XIII, bien que todos los señalados pertenecieron al Siglo XIV, salvo el Abad, que ingresó al Siglo XV.

La operatividad al respecto de la Ordenanza de Madrid fue breve, pues fue derogada por la ley 1ª de Toro de 1505.

Un antecedente significativo de las aspiraciones de atribuirle a la doctrina ciertas implicancias vinculantes es el art. 1 del Código Civil suizo de 1907, que reza: "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cada una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez pronuncia según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que hacer acto de legislador. El se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia". (15)

Por la afinidad con nuestras tradiciones jurídicas, debe tenerse presente el lugar que se le adjudica a la doctrina en el Código Civil uruguayo, que en su art. 16 norma: "Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso". (16)

De todos modos esos perfiles no son extraños a la historia del derecho argentino y por ello se resalta: "...que en los reglamentos de administración de justicia de algunas provincias argentinas, a mediados de la centuria, se preveía que el juez pudiese acudir a la doctrina de los autores a falta de leyes, costumbres u otras fuentes". (17)

#### **IV. Funciones de la doctrina.**

Debe descartarse que la doctrina tenga en la Argentina el carácter de fuente formal del derecho, pero es una muy importante fuente no vinculante. Con diáfana claridad se ha concluido que: "...si bien la doctrina no es obligatoria, es indudable que influye en el Juzgador toda vez que éste apoye en ella la fuerza de convicción de su sentencia". (18)

Para exhibir la significación de la doctrina como fuente del Derecho es suficiente reseñar algunas de las funciones que cumple.

A. Conocimiento del derecho. Una función de la doctrina que no se discute es la de ser un medio para el conocimiento del derecho.

Goldschmidt puso especial énfasis en resaltar este aspecto al sostener que: "Las fuentes del conocimiento de las normas se hallan en la ciencia jurídica ... Se puede ... afirmar que la misión de la ciencia jurídica consiste en convertir las fuentes reales de las normas en fuentes de su conocimiento". Previene contra una eventual interpretación desviada y dice que: "Esta formulación, aunque es indudablemente correcta, tiene, sin embargo, el inconveniente de dar lugar a la errónea creencia de que las normas sean un todo acabado al que el hombre de ciencia se acerca a fin de describirlo, de cierto modo con el fin de fotografiarlo con una cámara lo más exacta posible. Pero tal impresión será totalmente equivocada. El mundo jurídico está en permanente evolución". (19)

La función acotada que le adjudica Goldschmidt, no le impide afirmar: "La ciencia jurídica, aunque no es fuente real del mundo jurídico, sino fuente de su conocimiento, es, sin embargo, de la mayor importancia para la formación del Derecho espontáneo ... Tal situación se refleja inclusive en el plano personal. Los profesores de Derecho son frecuentemente, a la vez, jueces y legisladores". (20)

Los doctrinarios desde sus escritos o enseñanzas orales contribuyen de manera decisiva para generar el conocimiento del derecho y por hipótesis son difusores eficaces y esclarecidos.

B. Interpretación y aplicación. Los autores son los intérpretes naturales del Derecho y en esa búsqueda de la recta inteligencia de las fuentes normativas se constituyen en el puente más seguro hacia su correcta aplicación.

La enjundia de Savigny explica el proceso de este modo: "Si se examinan las relaciones de la clase de jurisconsultos con la legislación, las encontramos en gran número y de diverso género. El derecho por ellos elaborado es, como el derecho popular primitivo, la materia de la legislación; pero sus conocimientos especiales tienen además sobre ella muchos grados de influencia. Ellos rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real; la libertad y la variedad de formas que emplean les permiten mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho; identidad que da nacimiento a la ley, pero que no es visible inmediatamente. Así los trabajos de la ciencia facilitan la aplicación de la ley y aseguran su imperio". (21)

C. Producción de otras fuentes. Aunque a veces se lo olvida, uno de las manifestaciones más claras de la potencialidad de la doctrina para canalizarse a través de otras fuentes, surge cuando de ella se extraen las directivas que sustentan los ordenamientos jurídicos.

No puede desconocerse la influencia mayúscula que tuvo el Esbozo de Freitas en la redacción del Código Civil Argentino. El Esbozo, que nunca adquirió rango legislativo como Código, gravitó sobre Vélez Sarsfield

como monumento doctrinario, pues se trató de una elaboración autoral de la mayor jerarquía.

Pasaremos revista a otros ejemplos, así el primer código civil de América, el de Luisiana de 1808, tuvo la directa incidencia del Código Civil francés, que le aportó 706 arts. y la todavía más acentuada del texto originario de 1800 perfeccionado por la Comisión reformadora francesa, que le aportó 807 arts. (22)

Es un antecedente singular la adopción del Código Civil argentino de 1871 por el Código paraguayo de 1877, que rigió hasta la puesta en vigencia del nuevo Código guaraní de 1987. (23) A su vez, el Código Civil chileno de 1855 se replicó en los códigos de Ecuador de 1858 y de Colombia de 1887.

Del mismo modo que el trasvasamiento de textos de proyectos de código a otros sancionados muestra una forma de proyección doctrinaria, la adopción "in integrum" de códigos fuera de las fronteras originarias es otra típica y generalmente ignorada resonancia de la doctrina, incluso fuera de las fronteras nacionales.

En nuestro país no puede silenciarse el influjo de los Congresos y Jornadas u otros eventos de Derecho, reconocido por la ley 17.711 de Reforma del Código Civil (Adla, XXVIII-B, 1810), en ese caso en particular el III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961, y también por el Proyecto de Código Civil de 1998, que se nutrió con múltiples ricas conclusiones de esos simposios.

La doctrina alimenta el derecho consuetudinario, que canaliza improntas recomendadas por aquélla, y es la que suele encargarse de individualizar los usos y prácticas que por su consistencia tienen entidad costumbrista.

Desde la doctrina se identifica cuáles son los principios generales del derecho, como lo buena fe o el repudio del enriquecimiento sin causa y al lanzarlos al escenario jurídico se los rescata en su unidad y se facilita su aplicación en los términos del art. 16 del Cód. Civ., muy dificultada en tanto a las soluciones particulares sólo se las visualice como muestras dispersas y desconectadas entre sí. El principio general adquiere de tal modo una energía expansiva que se abstrae de la limitación casuística y se propaga a otros múltiples supuestos semejantes.

En cuanto a la gravitación de la doctrina en la jurisprudencia, también debe hacerse mérito de su especial prestigio como fuente.

El Académico histórico, Julio César Cueto Rúa, razona elocuentemente de este modo: "En lo que se refiere a los países de formación romanista, la doctrina ha sido y es una fuente del Derecho. Un juez y un abogado, un funcionario administrativo letrado son, en tanto tales, la expresión viviente de la doctrina acumulada en años de elaboración sistemática ... Es una fuente del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces no se encuentren formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas". (24)

Nino, con lenguaje sincero y directo, llega a afirmar: "Es notoria la influencia que algunos juristas de prestigio ejercen sobre las decisiones judiciales, gozando sus opiniones de un peso casi comparable al de los tribunales de alzada, por lo cual los abogados recurren ansiosamente a ellas para fundamentar sus alegatos". (25)

Otros pensamientos, ya no de la doctrina especializada, sino de abogados bien formados y creativos, también inciden en la concepción de las sentencias. Lafaille exaltó la participación indirecta del abogado en la orientación conceptual de las sentencias y con sugerente expresión lo calificó como "el soldado desconocido de la jurisprudencia", (26) como queriendo mostrar que detrás de algunas lúcidas elaboraciones judiciales de aparente originalidad permanecía en silencio el nombre del abogado que las inspiró con los razonamientos contenidos en sus escritos.

D. Construcciones jurídicas. Donde la doctrina muestra en mayor medida su perfil científico es cuando vuelca su inventiva en la generación de construcciones jurídicas.

Aquí se aprecia el doble juego de los métodos de análisis y de síntesis. Desde el análisis se descompone el todo para detener la mirada en las distintas partes que lo integran y con la síntesis se vuelve de lo particular a lo general y con aptitud para la abstracción llegar a las construcciones jurídicas, y desde ellas descender nuevamente a lo singular.

Hoy forman parte del acervo común de quienes operan con el derecho, generalizaciones en cuestiones jurídicas que en el pasado fueron fruto de largas disquisiciones, pero en las que finalmente se avanzó hacia conclusiones sistémicas capaces de arrimar fuertes consensos.

Se acepta extendidamente la idea de que no sólo los humanos están dotados de personalidad, pues también se le atribuye a los entes colectivos, pese a expresar una realidad distinta según algunos o carecer de ella para otros, pero todos tienden a coincidir en que son personas jurídicas. Un paso más fue no limitar dicha personalidad a los entes privados sino extenderla al Estado y a otros entes públicos.

A la afirmación desde la óptica de Aubry y Rau de que toda persona para ser tal debe tener un patrimonio, pero uno solamente, le sucedió el reconocimiento por influjo germano de los patrimonios especiales y de allí que la unicidad se predique ahora únicamente acerca del patrimonio general de la persona.

Otro ejemplo acabado de la riqueza de las construcciones jurídicas está representado por la formulación de la teoría posesoria, con remembranza de las célebres ardorosas disputas que enfrentaron a Savigny y a Ihering,

bien que los laberintos dialécticos amplificaron y deformaron la controversia. (27)

E. Herramienta para la evolución y transformación. La cercanía del doctrinario con la realidad que se le muestra con sus grandezas, pero también con sus carencias y miserabilidad, y la tribuna siempre abierta con la que cuenta, ya el libro, la cátedra o los medios de comunicación, lo colocan en una situación preferente para observarla, cuestionarla y alentar los cambios necesarios, esclarecido por el irrenunciable ideal de Justicia que debe determinarlo, cual irresistible imperativo categórico.

Goldenberg apunta con sensatez que: "... el aporte de la doctrina ha iluminado en distintos estadios históricos la búsqueda de soluciones jurídicas a fin de mantener el equilibrio social en la comunidad. Ella es su portavoz, actúa como agente del desarrollo y del cambio, subraya el desajuste entre el derecho plasmado en la ley y la viva realidad social ... el derecho no es autosuficiente tiene que requerir el concurso de otras disciplinas, como la filosofía, la economía y la sociología. En este aspecto globalizador, la doctrina va a tener por misión suministrar no sólo las necesarias pautas axiológicas sino también las directivas socio-económicas a fin de evitar el divorcio entre el derecho y la realidad de su variable entorno". (28)

Paralelamente, Cueto Rúa significa: "Los juristas son portavoces de la comunidad. En ellos se manifiesta una aguda capacidad para intuir las exigencias del desarrollo social. Son de los primeros en adquirir conciencia de los desajustes entre el Derecho vigente y las nuevas circunstancias sociales. Y en esa situación han sabido encontrar soluciones mediante el manejo imaginativo de recursos procesales o sustantivos. En sus obras se encuentra la crítica de las instituciones vigentes, los remedios propuestos, y la forma de encarar las dificultades mediante el empleo diferente de las técnicas disponibles. Con sus críticas, se han convertido en efectivos agentes de desarrollo legislativo. Sus escritos han ejercido una perdurable influencia sobre los legisladores. Y en muchas oportunidades han llegado ellos mismos a ocupar esa posición, con lo que han tenido la oportunidad de traducir en acción legislativa sus enseñanzas teóricas". (29)

#### **V. La doctrina como derecho científico**

Savigny, jurista atraído por los enfoques histórico-sociológicos, explica el máximo respeto que alcanzó la doctrina con reflexiones que enraízan en la entraña misma del desarrollo de una comunidad.

Dice: "Por la marcha natural de la civilización, que trae como consecuencia la división del trabajo y de los conocimientos, aparecen en la sociedad diferentes clases, cada una de las cuales dirige su actividad hacia un objeto especial. Así el derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, por consecuencia de las nuevas relaciones que crea la vida real, adquiere tal desarrollo, que su conocimiento cesa de ser accesible a todos los miembros de la nación. Entonces, se forma una clase especial, la de los jurisconsultos, que, en el dominio del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Es esta una forma nueva, bajo la cual prosigue el derecho popular su desenvolvimiento, que, desde entonces, tiene una doble vida. Sus principios fundamentales subsisten siempre en la conciencia de la nación, pero su determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle pertenecen a los jurisconsultos ... los jurisconsultos tienen sobre el derecho positivo una gran influencia. Los que rechazan esta influencia como pretensión injusta, tendrían razón si los jurisconsultos formasen una casta inaccesible para todos; pero como cada cual puede ser jurisconsulto haciendo los estudios necesarios, su pretensión se reduce á decir que, el que consagra al derecho el trabajo de su vida entera, podrá en virtud de sus conocimientos, tener sobre el derecho más influencia que otro. El derecho que se deriva de esta fuente, lo llamo derecho científico: otros lo llaman derecho de los jurisconsultos". (30)

Vélez Sarsfield hizo suya la expresión "derecho científico" en la Nota de Remisión al Poder Ejecutivo del Libro I del entonces Proyecto de Código Civil.

Savigny acepta que estrictamente la doctrina no es una fuente del derecho, con el alcance de fuente formal, aunque cree que sí tiene un especial prestigio que explicaría la equivalencia. Expresa que los trabajos de los juristas: "...no pueden contarse en el número de las fuentes del derecho propiamente dichas; pero la autoridad de que gozan les da un carácter casi semejante. En efecto: aunque cada cual sea libre de criticar estos trabajos, aunque la unanimidad de los autores no estorbe á nadie la independencia de su juicio, hay, sin embargo, entre los funcionarios encargados de aplicar el derecho una clase numerosa y respetable, que, sin estar por bajo de su oficio, son incapaces de juzgar una doctrina nueva ni de formar opinión por sí mismos. Natural, es, por tanto, y de desear también, que estos funcionarios sigan exclusivamente la opinión, no en interés de su propia comodidad, sino en interés del derecho mismo. Sería comprometido que el juez que no ha podido hacer estudios profundos quisiera tener una opinión personal sobre cada cuestión de derecho: es muy probable que su decisión se resintiese de la insuficiencia de sus elementos. Corre, sin embargo, un riesgo el juez que se guía por los autores, y es, que se deje arrastrar fácilmente y en detrimento de la justicia por la apariencia de una doctrina nueva. Pero si entre los magistrados se encuentra un verdadero jurisconsulto, éste tendrá, sin duda, el derecho de aplicar en la administración de justicia sus propias condiciones sabias y seriamente formadas". (31)

#### **VI. La doctrina como autoridad**

François Geny se detuvo en el análisis de la temática de una fuente del derecho que podía designarse como "autoridad" en la que se ubicaban la doctrina y la jurisprudencia. Puntualiza que las "... opiniones, ó mejor las fuerzas sociales que las traducen, y que, según su origen, calificamos de Doctrina ó de Jurisprudencia, pueden

ser agrupadas bajo la denominación genérica de Autoridad. Y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da, á la vez, el prestigio y de veneración de un origen remoto, se convierte en una Tradición. Entre Tradición y Autoridad propiamente dicha (moderna) no existe, salvo circunstancias particulares, una diferencia de naturaleza, sino simplemente de duración...". (32)

A pesar de abundar en la idea de la autoridad de la doctrina, Geny no se aleja del criterio que la descarta como fuente formal. "Se trata de saber, con efecto, si las autoridades doctrinales, á lo menos cuando, acordes entre sí, llegan á constituir una masa de pensamiento sobre un determinado punto de derecho (*communis opinio doctorum*), no pueden constituir un poder de dirección obligatoria para el intérprete ... No obstante los precedentes del derecho romano, no parece que entre nosotros se haya pensado nunca seriamente en hacer de la doctrina una fuente formal de derecho positivo ... Diré desde luego, por consiguiente, que sin valer de fuente formal, la doctrina de los autores, cuando se ofrece como un compacto haz, mejor aún, cuando es unánime, constituye una autoridad muy positiva que, sin enfrentar absolutamente el juicio del intérprete, le recomienda una gran prudencia para romper de frente con lo que ella le propone". (33)

Desde la visión del derecho castellano-indiano se ha acotado la entidad de la "opinión común". "Para ostentar autoridad y poder invocarse, la opinión debía alcanzar el grado de probable, más probable y probabilísima. Necesitaba, para acentuar su fuerza, un número variable de autores que la siguieran. Por esta vía se podía llegar a la denominada "*communis opinio doctorum*", cúspide del sistema. Sin embargo, las opiniones navegaban en los mares más problemáticos del derecho, donde frecuentemente surgía la controversia. De tal modo, esa "opinión común" raramente carecía de contradictores. Asechadas por otros dictámenes, a veces unas opiniones comunes aparecían contrapuestas con otras también comunes". (34)

Al agrietarse la idea de la existencia de perfiles jerarquizados y abrirse paso orientaciones que pregonaban el espíritu crítico, la observancia de la "opinión común" se debilitó. (35)

De todas formas el ámbito en el que se mueve la doctrina es sin duda el de la auctoritas, por contraposición a los del imperium y de la potestas.

El imperium recrea la idea de poder, el que tiene imperio es el imperator, en su origen el general con el consiguiente mando militar, que no necesita de la persuasión para ejercerlo pues se asienta en la fuerza que supone y que de ser necesario podrá hacerse efectiva, todo lo cual hace que el titular del imperio pueda ejercer por sí y ante sí las prerrogativas que le son propias.

La noción de potestas o potestad también trasunta poder, pero ya no el del mero mando sino el poder reconocido por el ordenamiento de la comunidad y ejercido en el marco de la competencia asignada; se trata de un poder legítimo, pues el ilegítimo es simplemente imperio.

La auctoritas o autoridad involucra también una aceptación por la comunidad de las jerarquías, pero el sometimiento a ellas no deriva del mero mando del imperium o del poder legitimado propio de la potestas, es básicamente un reconocimiento de la comunidad al prestigio, a la sabiduría, al crédito de que goza quien la ostenta, se podría decir que se trata de una autoridad moral. Proviene del verbo latino *augeo* que significa acrecentar, aumentar, hacer crecer.

Es ilustrativo el caso de los senadoconsultos romanos. No obstante que durante los períodos de la Monarquía y de la República los senadoconsultos no eran obligatorios, sino que cumplían una función consultiva, comúnmente operaban como vinculantes en virtud de la elevada auctoritas de los senadores, más esplendorosa en los tiempos republicanos donde ya no existía el vallado de la voluntad contraria del Rey.

La autoridad la exhibe quien merece respeto, consideración por los miembros de la comunidad, trasciende del poder carente de ropaje ético, no necesita mandar, porque la basta la persuasión que despierta.

## VII. Conclusiones

La doctrina no es una fuente del Derecho vinculante, pero traza rumbos profundos si expresa ciencia y tiene autoridad.

Al hablar de doctrina con autoridad, aparte de la consabida profundidad, destreza y fecundidad de los pensamientos, doy por supuesta su independencia de todo interés que haga objeto su imprescindible imparcialidad.

También aquí la independencia de criterio es pilar de la credibilidad, ya que la llamada doctrina que no expresara un pensamiento libre, no sería más que una composición lingüística despreciable por traicionar la eticidad y también la confianza del lector desprevenido.

Creo haber demostrado que la doctrina tiene una destacable relevancia como fuente del Derecho y dado que la función primordial de la Academia es la de producir doctrina, se robustece mi persuasión acerca de que en su vida centenaria su contribución ha sido tanto prolífica como fecunda y de cuánto podrá seguir aportando para alcanzar una Seguridad Jurídica nutrida de genuina Justicia y vivida con auténtica Libertad.

(\*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2011.

(1) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", traducción del original en inglés por Genaro R. Carrió, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, p. 75. A su vez, para el recordado Académico Julio Cueto Rúa: "...las fuentes del Derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo" (Cueto Rúa, Julio, "Fuentes del derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 24/25 y concordantemente p. 177).

(2) Al mismo tiempo de recomendarse otras matizaciones, se ha señalado que: "Cuando la doctrina tradicional emplea el término de 'fuentes materiales' ... lo suele usar ... como conjunto de fuerzas que repercuten sobre la redacción de la ley o el nacimiento de las costumbres (influencias políticas, económicas, espirituales), o sea, lo usa en el sentido de 'fuentes indirectas' o 'mediatas' " (GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", Depalma, quinta edición ampliada, Buenos Aires, 1976, p. 218).

(3) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "El voto número veinte de un plenario con desempate", JA 1965-IV-434).

(4) BIDART CAMPOS, Germán, "La jurisprudencia obligatoria", LA LEY, 2001-F, 1492.

(5) Acierta Nino al decir: "El único caso en que en nuestro sistema se reconoce obligatoriedad a un fallo judicial para futuras decisiones es cuando se produce un 'plenario'... Sin embargo el fallo plenario no es un precedente en sentido estricto, ya que no se origina en la fundamentación de cierta decisión sino que es una regla estipulada deliberadamente; es el único caso fuera de las reglamentaciones internas que puede sancionar un tribunal, en que un órgano judicial puede dictar, deliberadamente, normas generales" (NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 152/153).

(6) LA LEY, 1977-C, 361, JA, 1977-III-547, ED, 74-322.

(7) SAVIGNY, M. F. C., "Sistema de derecho romano actual", traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. I, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878, p. 71.

(8) GAYO, "Institutas", traducción, notas e introducción de Alfredo Di Pietro, Abeledo- Perrot, quinta edición Buenos Aires, 1997 pp. 57/58.

(9) "En cuanto a la actividad de los iurisprudentes, abarcaba aspectos más amplios que las respuestas dadas a las consultas del pretor, pudiendo ser dadas también al iudex o a particulares. En forma muy breve podemos caracterizarla como consistente en: i. responder: eran consejos dados por el prudens, generalmente a propósito de un juicio; no sólo los aprovechaba el magistrado y el iudex, sino también a jóvenes auditores, que se iban formando jurídicamente; ii. cavere (prever), que consistía en redactar cláusulas que se incorporarían a los negocios jurídicos, asistiendo a los interesados y aconsejándolos en la importancia práctica de las palabras, giros y tecnicismos jurídicos que se empleaban; y iii. agere (obrar) era para los iurisprudentes el guiar a los pleiteantes y a sus defensores (oradores), quienes eran los que efectivamente abogaban por las partes. La labor de los iurisprudentes era honoraria, por lo menos en un principio" (DI PIETRO, Alfredo, en sus anotaciones a las "Institutas de Gayo" referidas en la nota anterior, de su nota 8, punto b. de pp. 58/59).

(10) DI PIETRO, op. cit., pp. 59/60.

(11) *Ibíd.*

(12) *Op. cit.*, p. 117. Sigue diciendo en p. 118: "Las penas pronunciadas por el emperador, la destrucción de los libros y la prohibición de componerlos, son medidas extrañas á nuestros usos y que hubieran sido imposibles de cumplirse en presencia de la imprenta y de las comunicaciones establecidas entre los diferentes pueblos de Europa; pero si tenemos en cuenta, para apreciar la violencia de estas medidas, el siglo en que vivía Justiniano, resultará que son consecuencia de una ilusión profundamente arraigada en el corazón del hombre, tratándose de la ciencia, y, sobre todo, de religión, á saber: la de imponer como verdad exclusiva doctrinas formuladas por nuestra inteligencia, sacrificando por miedo al error, la libertad del examen".

(13) *Op. cit.*, pp. 119 y 120.

(14) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano", Revista de Historia del Derecho 17, Buenos Aires, 1989, p. 351 y ss., en p. 369.

(15) "Code Civil Suisse", Edité par la Chancellerie fédérale", 1983, p. 1.

(16) "Código Civil de la República Oriental del Uruguay", anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, Montevideo, 2008, p. 15.



(17) TAU ANZOATEGUI, op. cit., p. 400.

(18) AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, "Introducción al derecho", La Ley, 7ª edición, Buenos Aires, 1964, p. 743.

(19) Op. cit., pp. 219/220.

(20) Op. cit., p. 240.

(21) SAVIGNY, op. cit., pp. 48/49.

(22) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Influencia del Código Civil de Luisiana de 1825 en el Código Civil Argentino de 1871: acerca de los efectos de la inscripción registral"; Essays in honor of Saúl Litvinoff, Center of Civil Law Studies, Louisiana State University, Claitor's Publishing División, Louisiana, 2008, pp. 89 y ss.

(23) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones", en la "Codificación: raíces y prospectiva", t. II "La codificación en América", El Derecho, Colección Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2004, pp. 183 y ss..

(24) Op. cit., pp. 204 y 218.

(25) Op. cit., pp. 338/339; allí mismo agrega: "Hay una interrelación entre los hábitos teóricos de los jueces y las técnicas de justificación de las soluciones adoptadas por la dogmática jurídica. En buena medida la actividad judicial que se despliega en los países del sistema continental europeo está moldeada por la ciencia jurídica que en ellos se desarrolla. A su vez, la dogmática ve limitadas sus funciones y posibilidades argumentativas por los hábitos teóricos de los jueces, reduciéndose su influencia a medida que los juristas se apartan de las técnicas canónicas de justificar las soluciones propuestas" (p. 339).

(26) Ver DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Abogados y jueces", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 40.

(27) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, en "Tratado de los derechos reales" de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2010, t. I, parágrafo 152 quater, pp. 239/241.

(28) GOLDENBERG, Isidoro H., "El valor de la doctrina en la evolución del Derecho Civil Argentino", La Ley 1994-A, 735.

(29) Op. cit., pp. 200/201.

(30) SAVIGNY, op. cit., pp. 47 y 49.

(31) Op. cit., p. 73.

(32) GENY, Francisco, "Derecho Privado Positivo", a la memoria de Monsieur C. Bufnoir, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, s/f, p. 410.

(33) Op. cit., pp. 460/461.

(34) TAU ANZOATEGUI, op. cit., p. 363.

(35) El mismo autor incluye las siguientes matizaciones: "La opinión y el argumento de autoridad encontraron sus primeros críticos en la época del Humanismo. El ataque que se acentuó con el racionalismo y ya bajo la Ilustración ambos habían perdido el prestigio antes ostentado, pero sin desaparecer. Esta postura crítica envolvió naturalmente a la esfera jurídica, cuando no se originó en ella misma. La antigua estimación hacia las opiniones se tornó entonces a favor de la crítica racional. El argumento de razón empezó entonces a enseñorearse sobre el de autoridad. La sátira se encargó también de desnudar una erudición falsa, abarrotada de citas postizas y menciones de autores no leídos. Se condenaba así el abusivo uso del recordado argumento de autoridad" (p. 363).