

LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO PATRIO ARGENTINO

ABELARDO LEVAGGI
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCION

El proceso de renovación del derecho se desarrolló en el ochocientos de manera lenta y gradual en Hispanoamérica, en general, y en la Argentina, en particular. Por tal razón, todo intento de estudio de ese derecho debe partir del siglo anterior, cuya huella inconfundible llevaba impresa. Esta conclusión vale, asimismo, para las fuentes formales del derecho, sobre las cuales se proyectó la ideología ilustrada.

Esta afirmación no excluye —por cierto— la aparición y acción de factores nuevos, que le dieron a su fisonomía algunos rasgos originales desde el punto de vista doctrinal y normativo, como tendré oportunidad de señalarlo más adelante. En todo caso, los ingredientes más modernos del sistema de las fuentes no ocasionaron cambios bruscos en el ordenamiento tradicional. Generalmente, fueron a confirmar soluciones ya aceptadas y a reforzar propuestas reformistas anteriores, dándoles —a lo sumo— un sentido o un matiz diferente.

Otro factor que influyó de manera sustancial fue la codificación, en cuanto significó una modificación profunda del sistema normativo y de las materias reguladas por la ley, dada su vocación constructivista y totalizadora, con su consiguiente condicionamiento del sistema de las fuentes.

II. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL

Comenzaré, pues, por recordar los términos en los que estaba planteado el problema en el siglo XVIII. A este respecto, debo reparar una vez más en la distinción —frecuentemente olvidada— que corresponde hacer entre la doctrina política de la Ilustración y el derecho positivo de entonces, cuya relación se parecía más a la de dos líneas paralelas que cruzadas.

Los autores regalistas expusieron con especial intensidad sus ideas legalistas, a partir del concepto —de prosapia bodiniana— que la ley era una manifestación del poder omnímodo de la voluntad del príncipe, que no se encontraba limitada por la necesidad del consentimiento de nadie, y que merecía del súbdito una obediencia ciega. Pero salvo el énfasis con que adjetivaron sus proposiciones, la doctrina de la autoridad de la ley, consiguiente a la promulgación hecha por el soberano, no constituía novedad en el Estado moderno. Por lo menos, era sostenida desde sus orígenes¹.

¹ El tema de la distinción entre doctrina política y derecho positivo lo planteé en el trabajo que presenté en el VIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Santiago de Chile, 1985) con el título "El concepto del derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)". En cuanto a la filiación de las ideas, Alfred Dufour constata en las polémicas que enfrentaron a

Leibnitz con Pufendorf, Barbeyrac con Leibniz, y Vattel con Barbeyrac, que "la filiación escolástica no es dudosa sobre la naturaleza de la ley, sobre el fundamento de su fuerza obligatoria, aun sobre su necesidad" (*La notion de loi dans l'Ecole du Droit naturel moderne*, p. 214, en *Archives de Philosophie du Droit*, 25, Paris, 1980).

La importancia concedida a la ley por el derecho del ochocientos no difirió esencialmente de la que le había atribuido la centuria anterior. Para ésta, las resoluciones del soberano eran "el norte y pauta por donde todo vasallo ha de dirigirse y arreglar sus procedimientos"².

Los juristas, en sus obras, se ocupaban casi con exclusividad de las leyes, aunque sin olvidar las reglas del derecho que las trascendían. Se reputaba incommovible la autoridad de las leyes constitucionales, referidas a las regalías del príncipe, contra las cuales no se toleraba costumbre ni práctica, porque las regalías eran "sagradas" y nadie podía osar entrometerse en ellas.

A partir de la Ilustración, el papel de la ley se había acentuado desde el doble punto de vista cualitativo y cuantitativo, como consecuencia de concebir a ella y a la ciencia jurídica como los instrumentos de la transformación del orden tradicional. Esa tendencia se intensificó en el siglo XIX. Con su carácter público, positivo, unitario y total, la regla legal recibió la misión política de unificar y darle homogeneidad a la estructura del poder, según lo reclamaba un Estado burocrático en pleno desarrollo.

Por otro lado, las leyes que promulgaba el príncipe eran recibidas por los vasallos como actos de su inteligencia y de su voluntad, ambas facultades reunidas en escolástica síntesis. Para su aplicación —y, por lo tanto, para su interpretación—, a la razón de obediencia a la voluntad, derivada de la promulgación, se sumaba la averiguación de la razón de la ley, porque las leyes —conforme a un jurista como José Maymó y Ribes— debían entenderse y aplicarse "según su espíritu e intención", y a ese fin era preciso hacer todas las reflexiones necesarias para comprender su sentido³.

La dureza de la ley no era inseparable de ella —agregaba el mismo autor—, y si podía tener efecto por una interpretación que moderara su rigor, y por algún temperamento que pidiera la equidad, se debían preferir la equidad al rigor, el espíritu e intención a la interpretación estrecha de la letra⁴. La ley que, por algún motivo, faltaba a los deberes de justicia y conveniencia, podía ser suplicada y suspenderse su cumplimiento, bajo la presunción de que el legislador había obrado por error.

Expresando la jurisprudencia dieciochesca, sentaba José María Alvarez que "la única causa del derecho en la república es la voluntad del sumo imperante, ya sea éste el príncipe, o el senado de los grandes, o el pueblo. Si el sumo imperante manda algo expresamente estableciéndolo por ley, se llama derecho escrito. Si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado a usar, se llama derecho no escrito...; la costumbre tiene la misma fuerza que la ley, porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga expresa o tácitamente"⁵.

La costumbre, a veces identificada con la práctica, seguía siendo fuente principal del derecho. Para ello, debía reunir una serie de requisitos, entre los cuales figuraba el consentimiento expreso o tácito del príncipe. En tal caso, su fuerza era igual a la de la ley y, en su virtud, podía derogarla (costumbre *contra legem*).

A partir de la Antigüedad, se tenía la noción de que el derecho existía desde siempre en la naturaleza racional y que la actividad, tanto del legislador como del jurista, consistía sólo en ponerlo de manifiesto, en declararlo, no en crearlo. El propio Jean Bodin, en *Los seis libros de la República*, después de haber afirmado que el carácter primero de la soberanía era dar la ley, aclaró que todos los príncipes estaban sujetos a las leyes divinas y naturales, y que su violación los hacía culpables de lesa majestad divina.

² Manuel Genaro de Villota y Antonio Caspe, 15 de diciembre de 1807, en LEVAGGI, A. *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires*, Manuel Genaro de Villota, Buenos Aires, 1981, p. 538.

³ *Proemiales de la jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1767, p. 143.

⁴ *Idem*, p. 146.

⁵ *Instituciones del derecho real de España*, Buenos Aires, 1834, p. 18. ZULETA PUCELRO, Enrique, *Las fuentes del derecho en los sistemas romanistas*, pp. 93-98, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 4, Buenos Aires, 1984.

Según la idea tradicional, las soluciones jurídicas para los casos ocurrentes debían elaborarlas los juristas, siguiendo las reglas del arte romano de la jurisprudencia. Para los clásicos, en cuya mentalidad no había tenido cabida ninguna teoría de las fuentes, éstas formaban un conjunto dinámico e ilimitado, que sólo adquiriría unidad a través del quehacer del jurista. Las distintas fuentes (leyes, costumbres, prácticas de los tribunales, principios, doctrinas, ejemplares) eran para él tópicos, conceptos con valor problemático, que sabiamente combinados le permitían hallar las soluciones equitativas de los diferentes casos que se le presentaban.

La perpetua tensión entre ley e interpretación se resolvía, según ese método, en favor de esta última.

El papel fundamental que esa concepción del derecho le asignaba al juez había sido puesto en cuestión, especialmente por lo concerniente al arbitrio judicial, es decir, a la posibilidad que tenía de crear el derecho, y no tan sólo de interpretarlo.

Los ilustrados dirigieron sus críticas contra los juristas, que abusaban de las interpretaciones y tornaban intransitable el camino del derecho, y contra el arbitrio de los jueces, que aumentaba la incertidumbre de los derechos y las obligaciones. Contra las funciones "legislativas" de los jueces bregó la doctrina, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX, siguiendo los pasos dados por la Ilustración, y recordando que su misión era *Ius dicere nec ius condere*"⁶.

III. EL APORTE IDEOLOGICO EXTRANJERO

Sobre la jurisprudencia de raigambre romano-canónica, fundamentada en la ley y la costumbre, pero reservándoles un papel asimismo protagónico a la decisión judicial y la doctrina, se perfilaron en el setecientos y el ochocientos las ideas modernas, que gradualmente penetraron en el sistema de las fuentes del derecho, en aras de objetivos más o menos ambiciosos de reforma social.

Esas ideas fueron, entre los autores de fines del siglo XVII y del XVIII, principalmente las de Locke, Montesquieu, Beccaria, Rousseau, Filangieri. ¿Qué pensaban esos publicistas acerca de dichas fuentes, aun cuando ninguno de ellos se hubiera planteado la cuestión en términos de teoría?

1. LOCKE

Los escritos de John Locke, muerto en 1704, tan apreciados por los ilustrados y los liberales, al punto de que les dieron categoría paradigmática, gravitaron en el cambio ideológico con su exaltación del Poder Legislativo representado por el Parlamento. La alabanza de ese Poder y de su obra, la ley, guardaba relación con un sentimiento crítico cada vez más extendido, con una búsqueda de certeza para los derechos y garantías individuales, generalmente no satisfecha por la costumbre. Por otra parte, respondía a la confusión entre derecho —sinónimo de fuerza— y suma de leyes de su maestro Hobbes.

En su *Ensayo sobre el gobierno civil* dijo el filósofo inglés que "el fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad, es el goce de sus propiedades en seguridad y paz, y el sumo instrumento y medio para ello son las leyes en tal sociedad establecidas, por lo cual la primera y fundamental entre las leyes positivas de todas las comunidades políticas es el establecimiento del Poder Legislativo"⁷.

⁶ Por ej., ver: MARILUZ URQUIJO, *Historia del Derecho*, 4, Buenos Aires, 1976, pp. 141-159.

⁷ México, 1941, p. 85.

Seguía diciendo “el sabio Locke”, en apoyo de su tesis, que “no puede ningún edicto de otra autoridad cualquiera, en forma alguna imaginable, sea cual fuere el poder que lo sustentare, alcanzar fuerza y obligamiento de ley sin la sanción del Poder Legislativo que el público ha escogido y nombrado; porque sin ésta la ley carecería de lo que es absolutamente necesario para ser tal: el consentimiento de la sociedad...; la república pone el Poder Legislativo en manos que tiene por idóneas, fiando en ellas el gobierno por leyes declaradas, pues de otra manera la paz, sosiego y propiedad de todos se hallarían en la misma incertidumbre que en el estado de naturaleza”⁸.

De estos párrafos resulta que sólo la ley podía crear derecho y que era esa una función que le competía al Poder Legislativo elegido por la comunidad. Locke no se ocupó de la materia de las leyes, de la relación que debía existir entre ellas y las costumbres —en realidad, el objeto de su *Ensayo* fue la refutación del absolutismo de Hobbes—, pero su filosofía empirista constituía a éstas en el modelo en el cual debía inspirarse el legislador. Para él, la razón descubría en la experiencia histórica las reglas de la convivencia social. Las costumbres asumían, así, el papel que les reservó casi toda la doctrina de la dos centurias siguientes. Ese fue el concepto de ley acuñado por el empirismo inglés; no un producto abstracto de la razón, sino una ordenación racional de los datos suministrados por la experiencia.

No se debe exagerar —por otra parte— la originalidad del pensamiento jurídico lockeano —distinto del político—. porque, como afirma Alfonso García-Gallo, los filósofos y juristas proclamaron por lo general las excelencias de la ley sobre las otras fuentes del derecho, por la mayor madurez y reflexión con que por ella se establecían las normas y la precisión con que se formulaban⁹.

2. MONTESQUIEU

Montesquieu se basó en algunas ideas de Locke. Al hacer de las leyes el tema de su obra capital, tuvo ocasión de explayarse sobre ellas, y aun sobre las costumbres, a cuyo respecto formuló para los tiempos modernos la doctrina, que predominaría desde entonces¹⁰. Su opinión sobre la relación existente entre la justicia, la ley y la costumbre sirvió para definir —y, a la vez, recortar— el ámbito de la ley y, por extensión, del Poder Legislativo.

“Antes que hubiera leyes —escribió—, había relaciones de justicia posibles. Decir que no hay nada justo ni injusto fuera de lo que ordenan o prohíben las leyes positivas, es tanto como decir que los radios de un círculo no eran iguales antes de trazarse la circunferencia”¹¹, sostuvo contra Hobbes y según Leibniz.

Dos características, entre otras, atribuyó a los gobiernos despóticos: la uniformidad en todo, en lugar del establecimiento de leyes diversas o del respeto por diferentes costumbres, y —por otro lado— la falta de leyes y el guiarse los jueces de sí mismos, a diferencia de los Estados republicanos, en los que era de rigor para los jueces ajustarse a la letra de las leyes¹².

Las leyes y las costumbres gobernaban, pues, a los hombres, además de factores tales como el clima, la religión y las máximas aprendidas. “Las leyes son instituciones particulares y terminantes del legislador, en tanto que las costumbres y maneras son instituciones de la nación en general”¹³. Al prurito de uniformidad lo descalificó como pro-

⁸ Idem, pp. 85 y 88.

⁹ *Manual de historia del derecho español*, t. I, Madrid, 1967, p. 196.

¹⁰ De la necesidad de que la ley fuera conforme a “la costumbre de la patria, conveniente al lugar y al tiempo”, ya había hablado San Isidoro de Sevilla.

¹¹ *Del espíritu de las leyes*, t. I, París (Garnier), s/f., p. 3.

¹² Idem, pp. 104 y 109.

¹³ Idem, p. 444.

pio del déspota o del vulgo. El buen sentido buscaba saber, en todo caso, cuándo convenía la uniformidad y cuándo las diferencias¹⁴.

Leyes y costumbres, ambas debían ser tomadas en cuenta: “las primeras regulan principalmente las acciones del ciudadano y las segundas las acciones del hombre”. Esta distinción lo llevó a atribuirle naturaleza jurídica a la ley, y moral a la costumbre: “Cuando un príncipe se proponga introducir mudanzas en la nación, deberá cambiar con leyes nuevas las leyes establecidas y con maneras las maneras; es mala política el invertir estos términos”¹⁵. Estaba en desacuerdo tanto con las leyes contra costumbre como con las costumbres contra ley.

Montesquieu dejó una huella profunda en el pensamiento jurídico moderno. Con él se vinculan los siguientes conceptos:

- 1) La ley es la fuente de derecho por excelencia en los Estados bien constituidos;
- 2) No sólo existe la justicia legal, hay también una justicia anterior a las leyes;
- 3) Los hombres se gobiernan tanto por leyes como por costumbres, cada una de las cuales es indispensable en su esfera;
- 4) Los jueces deben ajustarse a las leyes y no obrar a su arbitrio.

3. ROUSSEAU

Asumió las ideas de la Ilustración. Para él, el Poder Legislativo lo tenía el pueblo: “El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad”. Convenía que en un Estado todos estuviesen sujetos a las mismas leyes, pero “las mismas leyes no pueden convenir a tantas provincias diversas que tienen costumbres diferentes, que viven en climas opuestos y que no pueden soportar la misma forma de gobierno”.

Insistió en que, “además de las máximas comunes a todos, cada pueblo encierra en sí alguna causa que lo ordena de una manera particular y hace su legislación propia para él solo... La Constitución de un Estado resulta verdaderamente sólida y duradera cuando las conveniencias son de tal modo observadas que las razones naturales y las leyes coinciden en los mismos puntos y éstas no hacen, por decirlo así, sino asegurar, acompañar, rectificar las otras”.

Había cuatro clases de leyes: políticas, civiles, penales, y las costumbres, los usos, la opinión, que era “la más importante de todas; que no se graba ni en mármol ni en bronce, sino en los corazones de los ciudadanos; que determina la verdadera Constitución del Estado; que adquiere cada día nuevas fuerzas; que, cuando las otras leyes envejecen o se extinguen, las reanima o las suple, conserva un pueblo en el espíritu de su institución y sustituye insensiblemente la fuerza de la autoridad por la del hábito”, entendida la idea al modo ilustrado, como obra de la educación¹⁶.

Las páginas del *Contrato* no son muy claras en el tema de las fuentes del derecho, porque no se propuso abordarlo específicamente, y se prestan a más de una interpretación. Pese a que confió a la legislación el movimiento y la voluntad del cuerpo político, y que era éste un ente de razón, un modelo normativo —sin que, como en Montesquieu, estuviera aparentemente en relación con estructuras histórico-empíricas—; en realidad, no le reservó a la ley el monopolio de la regulación social, de la conservación del cuerpo político, ni la derivó de la exclusiva voluntad del legislador.

Si en la primera versión del *Contrato* había escrito que “la ley es anterior a la justicia”, en la definitiva admitió la existencia de imperativos de justicia y razón antes de la ley. Reconoció, además, la presencia de factores empíricos que —como lo venía predicando la Ilustración— gravitaban más en la sociedad que las mismas leyes positivas, y condicionaban la actividad del legislador. Concibió a la ley como un instrumento de transfor-

¹⁴ *Idem*, t. II, p. 359.

¹⁵ *Idem*, t. I, pp. 444-446.

¹⁶ *El contrato social*, Buenos Aires (Aguilar), 1965, pp. 96, 108, 117 y 119.

mación social, pero esta noción, si totalmente nueva con relación a la filosofía tradicional, no lo era con respecto al ideario ilustrado, que ya la contenía¹⁷.

4. FILANGIERI

En la línea ideológica de los anteriores, Gaetano Filangieri creó la "ciencia de la legislación" como un catecismo del buen legislador, sin que eso significase que los pueblos sólo debían regirse por leyes ni que ellas fueran el único objeto de la atención de los legisladores.

La bondad de las leyes —según Filangieri— guardaba relación con el estado del pueblo que las recibía, y era posible que dos legislaciones opuestas entre sí fueran ambas útiles a dos naciones diversas. También lo era que el estado de un pueblo se mudase al cambiar las circunstancias —entre ellas las costumbres— que lo habían compuesto¹⁸. Lo interpretó bien su traductor cuando anotó que "si el espíritu universal que domina en todas las naciones contribuye tanto para modificar las leyes, el genio particular de cada una de ellas debe tener la mayor influencia"¹⁹.

Bogando a favor de la corriente del Estado moderno, el publicista napolitano era proclive al desarrollo de la legislación, con la incorporación a su dominio de nuevas materias. Un enfoque de índole más cuantitativa que cualitativa el suyo, acorde con el voluntarismo jurídico típico de la Ilustración.

Además, coincidió con Montesquieu y otros en la necesidad de desterrar al que reputaban el mayor de los males: el arbitrio judicial. "En los gobiernos despóticos —afirmó— imperan los hombres, en los moderados las leyes...; debe privarse al magistrado de todas aquellas facultades que le hacen superior a las leyes...; que el lenguaje del magistrado sea el lenguaje de las leyes: que hable cuando ellas hablan, y calle cuando callan...; la libertad del ciudadano se aminorará al paso que crezca el arbitrio judicial"²⁰.

5. BECCARIA

Un matiz distinto le dio el Marqués de Beccaria al sistema de las fuentes. En sus variaciones sobre el axioma "*nullum crimen nulla poena sine lege*", subrayó el papel de la ley y de su autor, y combatió el arbitrio judicial.

"Sólo las leyes —dijo— pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social...; sin textos escritos nunca tendrá una sociedad formas estables de gobierno, en las que la fuerza sea efecto del todo y no de las partes"²¹.

Su obra respira positivismo legal, como lo interpretó y sostuvo la ciencia penal posterior, que hizo del principio de legalidad el axioma fundamental del derecho criminal moderno y una de las garantías constitucionales de la seguridad individual. Lermínier

¹⁷ Idem, nota p. 93 de Bertrand de Jouvenel. TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*; Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 328-329, acentúa los rasgos liberales del *Contrato* y sus diferencias con Montesquieu en el tema de la ley. PARAIN-VIAL, Jeanne, *La crise de la notion de la loi en biologie et en droit*, p. 258, en Archives cit. en la nota 1, hace lo propio con el carácter creador de la ley en Rousseau, "inimaginable en las sociedades precedentes". Parece cierto que, más allá de la intención y de las mismas palabras

del filósofo, esos fueron los aspectos de su obra que sobresalieron, a expensas de hacerle perder el equilibrio por el establecido.

¹⁸ *Ciencia de la legislación*, t. I, Madrid, 1813, pp. 49-50.

¹⁹ Idem, p. CLXII.

²⁰ "Reflexiones políticas sobre la ley de Fernando IV, Rey de las Dos Sicilias, que tiene por objeto la reforma de la administración de justicia", pp. 217-221, en ídem.

²¹ *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires (Arayú), 1955, pp. 185 y 190.

dijo de él, en ese sentido, que “amó a la humanidad, pero ignoró enteramente a la ciencia y la historia”.

6. REVOLUCION FRANCESA. BENTHAM

El pensamiento de Beccaria fue recogido por la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” (1789) al establecer que “nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”. A partir de ese precepto, los textos positivos acuñaron expresiones legalistas, que se transmitieron al ochocientos.

En el mismo año de 1789, el proyecto de Constitución de la Asamblea Nacional francesa declaraba que “es por leyes claras, precisas y uniformes para todos los ciudadanos, que los derechos deben ser protegidos, trazados los deberes, y castigadas las acciones perjudiciales (art. 10). Los ciudadanos no pueden ser sometidos a otras leyes que aquellas que ellos han consentido libremente, por sí mismos o por sus representantes; y es en este sentido que la ley es la expresión de la voluntad general (art. 11)”²².

A partir de la Revolución —dice Jeanne Parain-Vial— la ley sería creadora. “Ante todo, creadora de autoridad con la moda de las constituciones y también creadora de costumbres. Ella no se contenta más con rectificar o mantener en el buen camino un orden existente, ella quiere crear de pies a cabeza un orden social nuevo”.

Contra el arbitrio judicial, opinó, por su parte, Robespierre que la expresión jurisprudencia de los tribunales debía borrarse del idioma²³.

Jeremy Bentham abrazó con su fogosidad característica el partido del legalismo, siguiendo, asimismo, la huella de su connacional Locke. Fue lapidario en la definición: “El derecho propiamente dicho es la criatura de la ley propiamente dicha”²⁴.

“La ley escrita —razonaba— es la única que puede merecer el nombre de ley: la ley no escrita es propiamente hablando una ley conjetural, una ficción de ley; para la ley escrita hay una base segura y manifiesta; hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de esta voluntad, una época conocida de su origen; pero una ley no escrita nada tiene de todo esto...; derecho incierto por esencia, derecho sin principio y sin fin, derecho por el cual se gobierna a los animales y que es indigno del hombre”. Pocos ataques tan vehementes como éste del legislador inglés recibió la costumbre.

A pesar de tan categóricas manifestaciones, no dejó de recomendarles a los legisladores que prestasen atención a las costumbres, aunque no las aprobasen, y que no aboliesen ninguna “sin alguna razón especial”²⁵.

7. CODIFICACION NAPOLEONICA

En la codificación civil napoleónica convergieron las dos orientaciones que señalé: la derivada de Montesquieu y Rousseau, y la de la “Declaración” de 1789. La primera, flexible en la articulación de las fuentes; la segunda, rígida en su dogmatismo legalista.

El ideario de los redactores del Código Civil de 1804, hecho público por Portalis en su *Discurso preliminar*, entroncaba con la jurisprudencia del *mos gallicus* a través de Pothier y Domat y, en lo inmediato, con Montesquieu. La Escuela de la Exégesis se apegó más al Código —más que los redactores— y cayó en el positivismo legal.

²² SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, 1956, p. 140.

²³ Op. cit. en la nota 17, p. 259. GENY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1902, p. 81.

²⁴ *Tratados de legislación civil y penal*, t. I, Madrid, 1838, p. 295.

²⁵ Idem, t. IV, p. 331, y t. VIII, pp. 122 y 132.

Las palabras de Jean-Etienne-Marie Portalis son de un notable equilibrio: "...las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio...; deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas... Sería deseable, sin duda alguna, que todas las posibilidades pudieran ser contempladas por la ley. Mas, a falta de un texto preciso que regule claramente alguna de ellas, una antigua costumbre constante y firmemente establecida, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión doctrinaria o una máxima admitida, hacen las veces de ley. Y cuando para dirigir la aplicación del derecho no se cuenta con nada preestablecido, o por lo menos ya conocido, debe procurarse la solución remontando los principios del derecho natural. Puesto que, si bien es siempre limitada la posibilidad de previsión del legislador, la sabiduría de la naturaleza es, por el contrario, infinita"²⁶.

El gran jurista francés conjugaba el tradicional arte de la jurisprudencia con las modernas exigencias de la codificación en un sistema armonioso de fuentes.

8. ESCUELA DE LA EXEGESIS

La Escuela de la Exégesis, erigida en custodio celoso del derecho codificado, temerosa de que por los vericuetos de la jurisprudencia tradicional pudiese ser destruido, intentó protegerlo levantando a su alrededor la muralla del positivismo legal. A su influencia, a la de la "Declaración" de 1789 y de Bentham se les debe, sobre todo, la irrupción de la corriente legalista moderna en Hispanoamérica.

Los exegetas hicieron un culto de la ley, con la que identificaron el derecho positivo. Bugnet resumió el concepto en la frase "no conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón". Se propusieron aislarlo de las fuentes históricas y explicarlo por sí mismo, para impedir el retorno a "tantas jurisprudencias diversas como provincias hay en Francia" —según Proudhon—, con la consiguiente pérdida de la unidad de la legislación²⁷. Esta exigencia material de la codificación francesa y, por extensión, de la codificación moderna —la unificación del derecho—, que no era sino la reedición de un viejo ideal de la monarquía: la integración normativa como superación del particularismo feudal, fue uno de los rasgos más característicos del derecho del ochocientos.

Los comentaristas del Código de Napoleón, Aubry y Rau, al referirse a la disposición según la cual "la ley no es susceptible de ser abrogada sino por una ley nueva", fundamentaron la concepción legalista del derecho. La posibilidad de la derogación de la ley por un uso contrario o por la falta de uso, la consideraron explicable sólo bajo una monarquía absoluta, donde "la ley no es sino la expresión de la voluntad del jefe del Estado; así que en un gobierno democrático, donde ella es sancionada por la generalidad de los ciudadanos, es incompatible con las constituciones que establecen la división de los poderes, y que reparten entre diferentes ramas el ejercicio del Poder Legislativo, sometiendo a condiciones y a formas especiales la iniciativa y la sanción de la ley. Ella no puede, pues, ser más admitida hoy"²⁸.

La ley del 30 de ventoso del año XII había derogado las costumbres generales y locales relativas a las materias constitutivas del Código Civil. Aubry y Rau concluyeron que, salvo derogación particular, los demás viejos usos conservaban su autoridad, siendo especialmente el caso de los usos comerciales²⁹. Es decir, que pese a todo, la exclusión de la costumbre por los exegetas no era total, sino que se limitaba a la costumbre *contra*

²⁶ Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil, Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1959, pp. 21-22 y 32-33.

²⁷ BONNECASE, J., *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, México, 1944, pp. 140-143.

²⁸ AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de droit civil français*, t. I, Paris, 1869, p. 56.

²⁹ Idem, p. 43.

legem. Una vez más, la teoría debía hacer concesiones a la práctica. En esa escuela no aparecía aún, sin embargo, una teoría general de las fuentes del derecho, como la formularían los juristas alemanes.

9. CONSTANT

Diversos autores de la primera mitad del siglo XIX —además de los exegetas— influyeron con sus obras en la modelación del pensamiento jurídico hispanoamericano. Benjamin Constant, en su reacción contra los ilustrados, atacó su concepción de la ley como fuente del derecho y rescató algunos valores de la jurisprudencia clásica.

Volvió a la idea del derecho no identificado con la generalidad de la ley sino con la justicia del caso particular: “Una ley no puede ser perfectamente justa sino para una sola circunstancia; cuando se aplica a dos, que tengan la diferencia más pequeña, ya es más o menos injusta en uno de los dos casos”. Para soldar la brecha no pensó en la desacreditada institución del arbitrio judicial, pero sí en el derecho de gracia, al que definió como “la conciliación de la ley general con la equidad particular”³⁰.

En su comentario de la obra de Filangieri, abordó otro aspecto del problema: el del avance de la legislación. Desde la Baja Edad Media, esa era la dirección que habían seguido los Estados. Al crecimiento numérico de las leyes, a la regulación por su medio de nuevas situaciones, le correspondió lógicamente una reducción proporcional del ámbito de las demás fuentes.

El crecimiento progresivo de la ley hizo reflexionar a Constant: “...está ciertamente muy lejos de mi pensamiento querer disminuir el respeto debido a la ley, cuando se aplica a los objetos que son de su competencia... Mas pretender como Mably, Filangieri y otros muchos que se extienda sobre todos los objetos la competencia de la ley, es organizar la tiranía y volver, después de infinitas declamaciones odiosas, al estado de esclavitud de que esperábamos libertarnos, sometiendo de nuevo a los hombres a una fuerza ilimitada, tan peligrosa, ya sea que se le dé su verdadero nombre que es despotismo, ya sea que se le adorne con un apelativo más suave, como la legislación”.

Las palabras de Constant situaban el problema en el punto preciso del enfrentamiento entre conservadores y liberales; sostenedores los primeros de la autoridad —representada por la ley— y los segundos de la libertad. La ley se oponía a la libertad. Una ley de más era una libertad de menos. Ya Bentham la había juzgado un mal para algunos casos. Alberdi diría después que un artículo de código de más era esa libertad de menos³¹.

10. TOCQUEVILLE

Alexis de Tocqueville, al describir el sistema político norteamericano, destacó el papel desempeñado allí por las costumbres —entendidas como “el complejo de las disposiciones intelectuales y morales que traen consigo los hombres al estado de sociedad”— junto a las leyes en el mantenimiento de las instituciones democráticas.

“Estoy convencido —escribió— que la situación más ventajosa y las mejores leyes no pueden mantener una Constitución a despecho de las costumbres, al paso que éstas sacan partido de las posiciones más desfavorables y de las peores leyes. La importancia de las costumbres es una verdad común a la que incesantemente atraen el estudio y la experiencia. Y me parece hallarla establecida en mi mente como un punto central: la diviso en el fondo de todas mis ideas”³².

³⁰ *Curso de política constitucional*, t. I, Madrid, 1820, p. 60.

³¹ CONSTANT, B., *Comentario sobre la Ciencia de la Legislación de Filangieri*, t. I, París,

1825, p. 69; BATIFFOL, Henri, *La loi et la liberté*, pp. 78 y 82, en *Archives cit.* en la nota 1.

³² *La democracia en América*, t. I, Madrid, 1911, pp. 432 y 436.

Juicios como éste sobre el valor de las costumbres mantuvieron fija en ellas la atención de los contemporáneos, y contrarrestaron la prédica adversa de los sectarios de la doctrina de la autosuficiencia legislativa.

11. SAVIGNY

La Escuela Histórica del Derecho, al dejar de concebir a las instituciones jurídicas exclusivamente como construcciones racionales, para destacar su base empírica, histórica, sintió la necesidad de investigar la fuente de donde surgen los preceptos jurídicos y de plantear por primera vez una teoría general de esas fuentes.

La revalorización de la costumbre como fuente del derecho tuvo su máxima expresión en el momento fundacional de la Escuela Histórica, a través de Gustav Hugo, y de Friedrich Karl von Savigny en *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*.

En este opúsculo, el maestro de Berlín atacó el punto de vista según el cual todo derecho positivo nacía de las leyes, único objeto de estudio de la ciencia del derecho. Su idea era que "todo derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador"³³.

Unas décadas después, como fruto de su madurez intelectual, desarrolló y le dio forma definitiva a su pensamiento en el *Sistema del derecho romano actual*. Ratificó la prioridad que tenía la costumbre en la génesis del derecho, aclarando que "no tiene carácter alguno de inferioridad, sino cuando nos representamos la adopción de una costumbre, como un acto irreflexivo, determinado por circunstancias puramente accidentales. Pero si esta adopción es el resultado de una deliberación de la inteligencia, nada hay que menoscabe la dignidad del derecho"³⁴.

La ley era necesaria para darle al derecho "un signo exterior que lo coloque por cima de todas las opiniones individuales, y facilite la represión de la injusticia". Era "el derecho positivo, traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta... la expresión del derecho popular".

Era así, porque el legislador "en realidad existe en medio de la nación, y, puede decirse, ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, y debe ser considerado como el verdadero representante del espíritu nacional". Por lo tanto, "la legislación completa el derecho positivo y le ayuda en su progresivo desenvolvimiento...; no es de ninguna manera inferior al derecho popular puro, es decir, no formulado por una ley; pero no menos grande error sería el creer que el derecho popular está destinado únicamente a llenar las lagunas accidentales de la legislación y que deba desaparecer desde el momento en que se escriben las leyes"³⁵.

Redondeó sus ideas sobre las fuentes con los siguientes conceptos: "Resulta que, en su origen, todo derecho positivo es popular, y que al lado de este derecho popular, y frecuentemente con su asentimiento, viene la legislación a colocarse como complemento y garantía. Y puesto que los progresos de la civilización hacen nacer el derecho científico, tiene el derecho popular dos órganos, donde continúa subsistiendo. Entonces, el derecho popular primitivo desaparece, por decirlo así, pues pasando sus partes más importantes a la legislación o la ciencia, son sólo visibles bajo tales formas. Como el derecho popular puede encontrarse, de esta manera, oscurecido por la ley y por la ciencia, en el seno de las cuales prosigue su desarrollo, cabe sea su verdadero origen olvidado y desconocido.

³³ THIBAUT y SAVIGNY, *La codificación. Una controversia programática basada en sus obras*, Madrid (Aguilar), 1970, pp. 53 y 58. Ver: LACLAU, Martín, *La constitución de la no-*

ción de "fuente de derecho" en el pensamiento occidental, en Anuario cit. en la nota 6, pp. 9-39.

³⁴ T. I, Madrid, 1878, p. 42.

³⁵ Idem, pp. 43-46.

La legislación, sobre todo, por su autoridad exterior, tiene tal preponderancia, que induce fácilmente a ser considerada como la única fuente de derecho, y a no ver en lo demás sino complementos secundarios; error que debe rectificarse, pues el derecho no existe en su estado normal sino donde reina un armonioso concurso entre estas diversas fuerzas creadoras, allí donde ninguna se aísla de las otras; y para que la ciencia y la legislación, cuyo origen es esencialmente individual, no marchen al acaso, importa que el legislador y los jurisconsultos tengan ideas sanas sobre el origen del derecho positivo y sobre la relación de las diversas fuerzas que lo constituyen”³⁶.

El gran jurista germano puso al derecho sobre un trípode formado por la costumbre, la ciencia y la ley, las tres fuentes en estrecha relación. Remontándose al modelo romano, rescató el papel fundamental de las dos primeras en el establecimiento del derecho. Cuando un legalismo estrecho amenazaba con ahogar toda posibilidad de manifestación del espíritu del pueblo, que no se canalizase a través del legislador, vino la Escuela Histórica a despertar las fuerzas sociales y a reclamar su participación protagónica en el sistema de las fuentes.

12. LERMINIER

Los juristas y filósofos franceses, que conocían el legalismo vernáculo y leyeron —además— a Savigny, intentaron hacer una síntesis de ambas doctrinas. Un representante conspicuo del eclecticismo galo fue Jean-Louis-Eugène Lerminier, quien señaló una dirección, que sería seguida por la mayoría durante el proceso de la codificación hispanoamericana.

“Del derecho surge la legislación”, declaró con Savigny y en oposición a Bentham, pero agregando que era en las fórmulas escritas donde la palabra se volvía verdaderamente viva y durable, y que fue desde que la legislación escribió los textos que comenzó la ciencia. Partidario del derecho científico, dijo que “si hay un principio cierto, es que el derecho tiene su fuente en la inteligencia del hombre”³⁷.

El legislador, que expresaba en un código costumbres, hábitos y opiniones sociales, debía revisarlos y mejorarlos de época en época sin dejar de reconocer su origen e influencia. Pero —a su juicio— “querer abandonar perpetuamente la legalidad de un país a los instintos, a las costumbres y a las lucubraciones de la jurisprudencia es desconocer el oficio mismo de la ciencia social; es darle preferencia a la jurisprudencia sobre la legislación, a los procedimientos técnicos sobre la vida misma, a la erudición sobre la filosofía, al pasado sobre el presente, a los viejos usos y costumbres sobre el espíritu nuevo; es abdicar de la iniciativa de la razón”.

No dejaba de reconocer el imperio de las costumbres, que había vuelto más difícil la posición del legislador, y discrepaba con Bentham en su oposición entre costumbre y razón, al extremo de haberlas convertido en potencias hostiles e irreconciliables. No admitía que ese imperio fuese independiente de la ley, ni que ésta obrase a su voluntad, como si se dirigiese a menores y no a hombres adultos³⁸.

Muy poco quedaba del historicismo después de esta crítica, que iba hasta más lejos que los redactores del Código de Napoleón. La apertura del eclecticismo al historicismo fue, pues, tímida y significó un retroceso a los postulados de la Ilustración. En otro aspecto, ratificó la tendencia adversa al arbitrio judicial.

³⁶ Idem, pp. 49-50.

³⁷ *Philosophie du droit*, Paris, 1853, pp. 433-434 y iv.

³⁸ Idem, pp. 447-448. Otra vez escribió:

“El derecho no ha sido más para nosotros el simple resultado del pasado, y pudimos decir: *El derecho es la vida*” (*Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, 1835, p. xxiii).

IV. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES

Entre todas las fuentes del sistema heurístico, la ley reunió el voto mayoritario por varias razones, que pueden sintetizarse así:

- 1) Expresaba francamente la voluntad del príncipe soberano (jurisprudencia tradicional) como después lo haría con el pueblo soberano;
- 2) Era obra del poder nombrado por la comunidad para la tutela de sus derechos naturales (Locke);
- 3) El pueblo, que le estaba sometido, era a la vez su autor (Rousseau);
- 4) Era la norma objetiva, que regía en un gobierno moderado, mientras que en los despóticos imperaban los hombres (Montesquieu, Filangieri);
- 5) El texto escrito era necesario para que la sociedad tuviera una forma estable de gobierno (Beccaria);
- 6) Sólo leyes claras, precisas y uniformes eran capaces de proteger los derechos, trazar los deberes y castigar los delitos (Revolución Francesa);
- 7) El derecho era la criatura de la ley escrita y sólo ella merecía el nombre de ley (Bentham);
- 8) Era propia de la división de los poderes, que existía en el gobierno democrático (Aubry y Rau);
- 9) Le daba al derecho un signo visible que lo colocaba encima de las opiniones individuales, facilitando la represión de la injusticia (Savigny);
- 10) Favorecía el desenvolvimiento progresivo del derecho positivo, del que era su complemento y garantía (Savigny);
- 11) Representaba la filosofía, la iniciativa de la razón, el espíritu nuevo, y en ella se originaba la ciencia del derecho (Lerminier).

A este catálogo de argumentos favorables a la ley se le opuso otro, que obligó a moderar el juicio, a poner el acento en el origen de aquélla (fuente material) más que en el acto formal de su promulgación, y a no cerrar el derecho a otras realidades igualmente valiosas: la costumbre, la jurisprudencia y aun las decisiones judiciales. Argumentos no legalistas que circularon fueron los siguientes:

- 1) Junto a la ley, había otros tópicos que debía ponderar el jurista en el ejercicio del arte de encontrar la solución justa para cada caso ocurrente (jurisprudencia tradicional);
- 2) La justicia no se agotaba en la ley positiva, sino que la trascendía (Montesquieu);
- 3) Los hombres se gobernaban tanto por leyes como por costumbres, y ambas eran indispensables (Montesquieu);
- 4) Las costumbres, usos y opiniones determinaban la verdadera Constitución de un Estado y reanimaban o suplían las leyes que envejecían (Rousseau);
- 5) A falta de ley, la costumbre, la sucesión ininterrumpida de sentencias semejantes y la doctrina hacían sus veces (Portalís);
- 6) Las costumbres, sobre materias no legisladas, eran fuente de derecho tanto como el código (Aubry y Rau);
- 7) Una ley no podía ser perfectamente justa sino para una sola circunstancia (Constant);
- 8) Extender la ley a todos los objetos era organizar la tiranía (Constant);
- 9) Las leyes no podían mantenerse a despecho de las costumbres; en cambio, éstas podían sacar partido de las peores leyes (Tocqueville);
- 10) Todo derecho se originaba en la costumbre, y si su adopción era el resultado de un acto inteligente, nada había en ella que lo menoscabase (Savigny);
- 11) Gran error era creer que la costumbre estaba destinada únicamente a suplir a la ley (Savigny);
- 12) El derecho existía en su estado normal donde reinaba la armonía entre la costumbre, la ley y la jurisprudencia (Savigny);

13) Costumbre y razón no eran potencias hostiles e irreconciliables (Lerminier). Ese conjunto de recetas expedidas en Europa durante un siglo y medio se precipitó en pocas décadas sobre los hispanoamericanos. Su recepción simultánea determinó que se desdibujaran los trazos más pronunciados y que prevalecieran las soluciones mixtas.

V. EL PENSAMIENTO ARGENTINO

Repararé, cronológicamente, varias de las opiniones que, al respecto, se vertieron en la Argentina.

1. PRIMERAS MANIFESTACIONES

Mariano Moreno rozó —no más que eso— el tema de las fuentes al enunciar el deber, “que el magistrado obedezca ciegamente a las leyes”³⁹, a fin de abolir el arbitrio judicial. Ambrosio Funes, de destacada labor en la redacción de los primeros proyectos constitucionales, tuvo en cuenta las costumbres, para que las leyes no estuviesen en contradicción con ellas⁴⁰.

Del mismo modo que Funes, y de acuerdo con el pensamiento ilustrado, Francisco de Paula Castañeda consideró indivisible el binomio ley-costumbre, negando que “las mejores leyes tuviesen el más mínimo influjo en los ánimos que no están de antemano preparados y dispuestos por medio de una educación análoga”. “No esperéis de las buenas leyes otra cosa más que lo que ellas pueden dar”, advirtió⁴¹.

Ninguna acogida en la práctica tuvieron las opiniones exageradamente teóricas, como la de “un ciudadano”, embriagado de racionalismo, para quien “leyes inmutables, leyes que constituyen la justicia por esencia, leyes conformes a la naturaleza del hombre, a su constitución, a sus necesidades, leyes en fin anteriores a toda asociación, vosotras sois las bases firmes, sobre que se ha de levantar el edificio de nuestra nueva constitución, y de nuestras leyes patrias”⁴².

En coincidencia con el juicio general, Juan Ignacio de Gorriti alabaría las leyes, pero consciente de la dificultad de su elaboración y sin esperar de ellas resultados mágicos. “Jamás se debe obrar ligeramente —recomendó—, porque la facilidad de hacer y derogar las leyes perjudica enormemente a la moral pública; porque hace que ellas pierdan su respetabilidad, y ya no sirvan de freno contra la licencia de las costumbres. Véanse, pues, muy bien los legisladores para presentar un proyecto de reforma de ley, y no se dejen mover de teorías brillantes... Deben también apercibirse que lo que en sí mismo es más justo, tal vez no puede reducirse a práctica con más rectitud, si las costumbres no están preparadas para ello”⁴³.

³⁹ 1810. “Sobre la misión del congreso convocado en virtud de la resolución plebiscitaria del 25 de mayo”, p. 277, en *Escritos políticos y económicos*, Buenos Aires (La Cultura Argentina), 1915.

⁴⁰ “...si nosotros estamos acostumbrados al despotismo y a la aristocracia, es de temer que una rigurosa democracia nos perjudique. Esto sería poner en contradicción las leyes y las costumbres”. Observaciones sobre una Constitución de Estado, p. 232, en SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1943. Ver: TAU ANZOATEGUI,

Víctor, *La costumbre en el derecho argentino del siglo XIX. De la Revolución al Código Civil*, en *Revista de Historia del Derecho* 4, Buenos Aires, 1976, pp. 231-303.

⁴¹ Alocución patriótica del 10 de agosto de 1815. *Suplemento al Despertador Teofilantropico*, Buenos Aires, 2 de noviembre de 1820.

⁴² Gaceta extraordinaria de Buenos Aires, 20 de noviembre de 1810.

⁴³ *Reflexiones sobre las causas morales de las convulsiones internas en los nuevos estados americanos*, Buenos Aires, 1916, pp. 316-317 (1ª. ed. 1836).

Pedro Somellera, en muchos aspectos identificado con el utilitarismo, no lo estuvo en éste. Al exponer las clases que había de derecho, no se apartó de la enseñanza tradicional y confirmó la división en derecho escrito y no escrito, sin descalificar al segundo como el legista inglés.

“Por escrito se entiende —les decía a sus alumnos— el conjunto de leyes promulgadas, estén o no reducidas a escritura. Derecho no escrito se entiende el conjunto de leyes que sin promulgación tienen vigor en un país, porque con los hechos ha expresado el pueblo su voluntad”, explicación ésta que le daba a la costumbre un fundamento acorde con el pensamiento político de la joven república⁴⁴.

2. CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1824-1827

Dicho Congreso fue escenario de medulosos discursos, en algunos de los cuales se consideró, directa o indirectamente, el problema de las fuentes del derecho. Julián Segundo de Agüero insistió en el que fue un *Leitmotiv* de la época: la necesidad de armonizar las leyes con las costumbres. “Una Constitución es la reunión de una multitud de leyes todas complicadas, de difícil ejecución en pueblos cuya educación, y cuyos hábitos y costumbres, son enteramente contrarios a esas mismas leyes...; si nos ocupamos en dar un código constitucional, que contenga esas leyes, debemos poner a los pueblos en estado que no puedan ejecutarlo”⁴⁵.

El general José María Paz reiteraría poco después que “sin costumbres no puede haber ni patria, ni leyes ni justicia”⁴⁶.

Una idea limitada de la ley, contraria a la omnipotencia legislativa, con una fuerte reminiscencia constantiana, expuso José Antonio Medina: “La obediencia a la ley es un deber muy sagrado; pero este deber no es absoluto, es como todos los demás deberes respectivos. Se halla legítimamente autorizado para averiguar si el origen de donde parte la ley es justo y legítimo, y si se contiene en sus justos límites... El hombre jamás ha consentido en las trabas de la ley sino para dar a sus acciones consecuencias ciertas y seguras”⁴⁷.

Otro tópico moderno, la crítica al arbitrio judicial, fue utilizado en el Congreso. Con su autoridad de magistrado, Manuel Antonio de Castro calificó a ese arbitrio de “arbitrio ruinoso por buenas que sean las intenciones de los jueces...; aunque crean que es prudente, siempre es arbitrio”⁴⁸. La idea no era nueva en él. Ya había dicho que la libertad de los ciudadanos dependía “de no poder ser juzgados por el arbitrio y voluntad de nuestros jueces, sino por los términos precisos de la ley”⁴⁹.

El propósito de someter los jueces a las leyes fue exteriorizado por el diputado José Francisco Ugarteche para impedir “los inconvenientes y fatales consecuencias que podrían resultar de las arbitrariedades de los jueces”. Valentín Gómez le contestó, con un buen juicio, “que entretanto no se perfeccionase la legislación que nos rige, sería el mayor de los males el que las sentencias fuesen arregladas al tenor expreso de las leyes, porque muchos delitos quedarían impunidos, y otros serían castigados con una crueldad que no permitía la sana filosofía”⁵⁰. Se refería a la subsistencia del antiguo

⁴⁴ *Principios de derecho civil (1824)*, reed. facsimilar, Buenos Aires, 1939, pp. 6-7.

⁴⁵ 11 de junio de 1825. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. II, Buenos Aires, 1937, p. 29.

⁴⁶ 25 de agosto de 1829. Centro de Estudios Históricos, *Mensajes de los gobernadores de Córdoba a la Legislatura*, t. I, Córdoba, 1980, p. 7.

⁴⁷ 23 de junio de 1826. RAVIGNANI, op. cit., t. III, pp. 95-96.

⁴⁸ 24 de abril de 1826. Idem, t. II, p. 1071.

⁴⁹ *El Observador Americano*, Buenos Aires, 26 de agosto de 1816, en *Biblioteca de Mayo*, t. IX, 1ª. parte, Buenos Aires, 1960, p. 7662.

⁵⁰ 18 de noviembre de 1826. RAVIGNANI, op. cit., t. III, p. 1107.

ordenamiento castellano y a la presencia —por ejemplo, en las Partidas— de penas legales atroces, que habían ido moderando la costumbre y la práctica de los tribunales.

La realidad de un derecho como el precodificado, nacido de diferentes fuentes, no consentía una mutilación semejante a la propuesta por Ugarteche, hecha al precio de destruir su equilibrio y sentido de justicia. Mientras no se renovase la legislación era impensable prescindir de las demás fuentes.

3. PRIMEROS AÑOS DE LA CONFEDERACION

El sucesor de Somellera en la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires, Rafael Casagamas, destacó con criterio tradicional la fuerza de la costumbre en todas sus especies. La costumbre *contra legem* no debía ser contra la ley de Dios ni el derecho natural, ni introducida por error o furtivamente. Además, debía ser inmemorial, por cuanto se presumía que el legislador tenía noticias de ella y la consentía.

“Lo que acaba de expresarse acerca del derecho no escrito —agregaba— debe aplicarse en la mayor parte a los Estados en que los individuos que lo componen no tienen el derecho de sufragio en el establecimiento de las leyes y que por consiguiente, para la derogación de una de ellas es preciso intervenga de un modo u otro el consentimiento del legislador o gobernante; mas en los Estados en que los miembros disfrutaban de aquel sufragio no sólo se establece un nuevo derecho por medio de un uso dilatado, sino que también lo que se hallaba anteriormente establecido por alguna ley es abrazado [abrogado] por un uso contrario. Pues que es bien sabido que el mismo que constituye una ley puede quitarla; y nada interesa en que el pueblo legislador manifieste su voluntad por medio del sufragio, o bien por las mismas cosas y por los hechos”⁵¹.

Las ideas expresadas en las décadas anteriores fueron reiteradas en las siguientes, casi con los mismos términos. El periódico porteño *El Lucero*, redactado por Pedro de Angelis, puso énfasis en el valor de las costumbres y en la subordinación a ellas de las leyes.

Entre otros conceptos de cuño clásico e ilustrado, expuso los siguientes: “todo es fácil de remediar en un Estado, mientras no se pierden las buenas costumbres. La legislación más defectuosa se corrige y viene a ser saludable”⁵²; “es tan poderoso el imperio de las buenas costumbres sobre los pueblos que por sí solos suplen a las leyes más bien meditadas”⁵³; “la naturaleza cambia el genio y las costumbres de los hombres con mucha lentitud. Será insensata la política que no imite su ejemplo”⁵⁴; “¿cuáles deben ser las leyes civiles? Las mismas naturales aplicadas al Estado social... La ley civil auxilia a la natural, no la destruye”⁵⁵; “los pueblos han existido antes que sus leyes y que sus gobiernos: sus costumbres, sus usos, sus opiniones han sido más antiguas; así los legisladores se han hallado siempre en diferentes posiciones unos respecto de otros... Esta diversidad de circunstancias exige una diversidad en sus leyes”⁵⁶.

Compartiendo el principio empirista, Pedro Medrano manifestaba que “la ley que es buena para gobernar a unos hombres, no es buena para gobernar a otros; su bondad es respectiva a las costumbres del país para que se dan, y hasta al genio y carácter o constitución física de sus habitantes”⁵⁷.

⁵¹ *Derecho civil. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años de 1832 y 1833*, fotocopia del manuscrito, existente en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, fs. 12-13.

⁵² 13 de octubre de 1831.

⁵³ 29 de marzo de 1832.

⁵⁴ 7 de abril de 1832.

⁵⁵ 3 de diciembre de 1832.

⁵⁶ 10 de julio de 1833.

⁵⁷ Diario de sesiones de la Junta de Representantes de Buenos Aires, 8 de marzo de 1838.

4. GENERACION DE 1837

Los hombres de esa generación cabalgaron entre el historicismo jurídico y la iusfilosofía de la Ilustración, con inclinación hacia uno u otro lado según el caso. Recibieron de la escuela de Savigny sólo una imagen debilitada de sus proposiciones más audaces.

Es un error confundir el romanticismo de esta generación con una posición necesariamente procostumbrista, por aquel rasgo romántico por esencia de valorar el sentimiento sobre la razón. El error proviene de confundir la forma con el fondo, la fuente formal con la fuente material del derecho. Juristas franceses de la primera mitad del ochocientos no dejaron de ser románticos pese a que, siguiendo los pasos de los ilustrados⁵⁸, mantuvieron su preferencia por la ley, pero una ley que no fuera dictada por la razón abstracta sino según los datos de la experiencia sensible.

Esteban Echeverría, el mentor de la generación, relacionó educación, costumbres y legislación a la manera ilustrada. "Educarlo al pueblo, morigerarlo, será el modo de preparar los elementos de una legislación adecuada a nuestro estado social y a nuestras necesidades. La obra de la legislación es lenta, porque las costumbres no se modifican de un golpe. Las leyes influyen sobremanera en mejora de las costumbres... Nuestras leyes positivas deben estar en armonía con los principios de derecho natural... Porque así como la razón es el fundamento de todos los derechos, la ley natural es la regla primitiva y el origen de todas las leyes"⁵⁹.

Juan Bautista Alberdi, más impresionado que otros por la doctrina de la Escuela Histórica, escribió con ardor juvenil que "las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho, que vive en la armonía viva del organismo social...; después que Dios hizo la primera edición del universo, ya no se hacen leyes de un golpe, de un soplo oficial, sino por la repetición larga de un acto, por el uso, por el hábito"⁶⁰.

Años después, pensando en la futura Constitución, sostuvo que "es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo. La voluntad es impotente ante los hechos... Esos hechos, esos elementos naturales de la Constitución normal, que ya tiene la República por la obra del tiempo y de Dios, deberán ser objeto del estudio de los legisladores, y bases y fundamentos de su obra, de simple estudio y redacción, digámoslo así, y no de creación. Lo demás es legislar para un día, perder el tiempo en especulaciones ineptas y pueriles"⁶¹.

Todavía diría que las buenas leyes "no son las más perfectas en abstracto, sino las más apropiadas a la capacidad y carácter del país que debe recibirlas", y —confirmando su orientación conservadora— que "cada artículo de más es una libertad de menos"⁶².

También con acentos savignyanos en este punto, Manuel J. Quiroga de la Rosa afirmó en su tesis que "la legislación no es sino la forma del derecho, su imagen, su forma última, su imagen última, la última palabra de un pueblo civilizado..., susceptible de la imperfección de toda imagen", a diferencia de la costumbre, que era "la más fiel, por la intervención real de la nación entera"⁶³.

En una posición afín, pero apoyada —además— en escuelas más antiguas, Nicanor Molinas defendió la proposición que el buen legislador debía basarse en las costumbres, las que —por otra parte— reputaba verdadera fuente formal de derecho⁶⁴.

⁵⁸ WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957, p. 330, señala la presencia de Montesquieu y Voltaire entre los precursores de la Escuela Histórica del Derecho.

⁵⁹ *Dogma socialista*, Buenos Aires (La Cultura Argentina), 1915, pp. 214-215.

⁶⁰ *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, reed. facsimilar, Buenos Aires, 1942, pp. 127-128 y 252-253.

⁶¹ *Bases*, Buenos Aires (La Cultura Popular), 1933, pp. 110-111.

⁶² GARCIA, Manuel R. y otros, *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1920, pp. 190 y 186. Ver: PEREZ GUILHOU, Dardo, *El pensamiento conservador de Alberdi*, Buenos Aires, 1984.

⁶³ *Sobre la naturaleza filosófica del derecho*, reed. facsimilar, Buenos Aires, 1956, pp. 42 y 52.

⁶⁴ *Tesis sobre la influencia que las costumbres ejercen en la legislación*. Buenos Aires, 1845.

En una posición contraria se ubicaron las tesis de Manuel L. Acosta y Antonio Cruz Obligado. El primero, bajo la influencia visible de Bentham, descalificó a las costumbres, posponiéndolas aun a las leyes mal redactadas⁶⁵. Obligado, unos años más tarde, hizo suyos otros argumentos legalistas: "...he aquí otro mal: la práctica de juzgar por la costumbre, porque esta palabra no representa para todos una idea fija y claramente distinta. ¿Cuál es la costumbre? Será esta una cuestión muy controvertible siempre. Ha tenido, por lo tanto, que quedar en gran parte sujeta a la discreción e inteligencia del juez la interpretación de la ley por la costumbre; es decir, expuesta a cada paso la razón y la justicia a las contingencias de la ignorancia, el error, y aun la mala fe de un hombre"⁶⁶.

5. ULTIMOS AÑOS DE LA CONFEDERACION

La ofensiva contra el arbitrio judicial llegó a su culminación en la primera mitad del siglo XIX. En Jujuy, el gobernador Pablo Alemán habló de los recursos como "medio eficaz que corte al despotismo judicial sus envejecidas raíces"⁶⁷, y el diputado Manuel Padilla, de la necesidad de sujetar su "arbitrariedad con reglas ciertas, fijas y positivas"⁶⁸.

A las opiniones ya evocadas se sumaron las de Agustín Garrigós, Lucas González Peña y Miguel Esteves Saguí, entre otros. Garrigós, abogando en favor de la fundamentación de las sentencias, se declaró partidario de "que los jueces den razón de sus fallos, y que los funden en la ley. De este modo se hace ostensible que ella es la que decide en los pleitos, y no la voluntad o el arbitrio del magistrado". Lo apoyó González Peña: "toda sentencia contra la ley, o contra buenas costumbres, es nula"⁶⁹.

Esteves Saguí dijo, en el mismo sentido, que "el juez ha de ser el primero en obedecer la ley; porque él habla por ella, y no ella debe hablar por él... No podemos menos que reprobar, con toda animadversión, esas máximas tan repetidas y abundantes en los prácticos, que beben el agua del Tíber... por las cuales... quieren llevar a los jueces al precipicio de la arbitrariedad, o dígase arbitrio judicial, no en sus estrechísimos límites, sino aun sobrepasando al legislador"⁷⁰. Los ejemplos podrían multiplicarse.

6. EPOCA DE LA CODIFICACION

Se atenuaron aún más las notas historicistas en el ambiente ecléctico que predominaba y volvió a subrayarse la importancia de la ley, sin perjuicio del pluralismo heurístico generalmente admitido. Hizo su aparición la escuela del derecho científico, que valorizó el papel de la jurisprudencia en la formación del derecho.

Representativo del pensamiento de esa época, próximo a Lerminier, Nicolás Avellaneda disertó en la Academia de Jurisprudencia. Consideró que para Rousseau la ley era la expresión de la voluntad general, y el legislador, omnipotente. "El delirio pasó, dejando por todas partes regueros de sangre... Verdad es que no puede romperse con los antecedentes legislativos de un país, pero es necesario agregar a la cadena de las tradiciones las nuevas verdades que la razón de los pueblos conquista en su camino"⁷¹.

⁶⁵ *Breve revista de los defectos de nuestra legislación*, manuscrito, Biblioteca Nacional, col. Candiotti, t. IV.

⁶⁶ 1849. *Investigaciones sobre la naturaleza filosófica del derecho*, p. 242, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* Ricardo Levene 19, Buenos Aires, 1968.

⁶⁷ Mensaje del 2 de abril de 1837. Jujuy, Archivo Histórico de la Provincia, año 1837, Caja Nº 1, Mensajes.

⁶⁸ Jujuy, Archivo de la Legislatura. Libro de actas de la Legislatura, 3. 30 de enero de 1851.

⁶⁹ Diario de sesiones de la Junta de Representantes de Buenos Aires, 8 de marzo de 1838.

⁷⁰ *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1850, pp. 348-349.

⁷¹ *Escritos y discursos*, t. I, Buenos Aires, 1910, pp. 41-52.

Marcelino Ugarte, con motivo de emprender la redacción de un proyecto de Código Civil para Buenos Aires, anotó que “la costumbre ha sido la primera legislación de los pueblos, la fuente del derecho escrito, y tiene todavía un gran rol que llenar en las sociedades modernas. Las leyes no pueden anticipadamente prever todas las combinaciones posibles del interés personal...; es preciso dejar que las gobierne la costumbre que, dando lugar a la experiencia, prepare los elementos de la ley futura. En una democracia es donde menos puede negarse toda fuerza a la costumbre. La costumbre es la ley hecha por el pueblo mismo, por la conveniencia y la razón de todos; es el ejercicio directo de la soberanía, que se delega, pero que no se abdica”, argumento éste que recuerda a los de Somellera y Casagemas.

En cambio, a su juicio, y según la legislación castellana y el proyecto español de García Goyena, la “dignidad de la ley” exigía que la costumbre jamás pudiera prevalecer contra ella⁷². Era el parecer común en esos tiempos.

Carlos Tejedor mostró una mayor inclinación a los exegetas franceses, particularmente a Massé. En el curso de derecho mercantil que dictaba en la Universidad de Buenos Aires, enseñó que, en defecto de la ley comercial, había que optar entre la costumbre y el derecho civil, y que él elegía a éste, “porque los mismos antiguos reconocían los inconvenientes de la costumbre; diciendo de ella con razón: *consuetudo difficilimae probationis, quia modo est alba, modo est nigra*”.

Con respecto a la equidad, que llamó “guía engañadora”, su opinión era asimismo adversa: “...¿por qué se harían tampoco las leyes, si el juez pudiera sustituirles su libre arbitrio?”⁷³.

Pasando al derecho penal, que también enseñaba, se atuvo con Locré al principio de legalidad: “...la ley habla o guarda silencio. Si lo primero, debe respetarse su voluntad manifiesta. Si lo segundo..., el acusado debe ser absuelto”⁷⁴. En respaldo del principio, dijo en la nota del art. 1º del proyecto de Código Penal, con palabras tomadas del comentario oficial de su modelo, el Código de Baviera, que “una acción ilícita no cae bajo el dominio de la ley penal, sino en tanto que su influencia perjudicial sobre el orden social determina al legislador a prevenirla con cierto mal exterior que constituye la pena”.

En la nota de remisión del proyecto consignó haber conservado el libre arbitrio de los jueces, “pero encerrado dentro de los límites que deben circunscribirlo, de tal modo que todas las penas, aun extraordinarias en la acepción doctrinal de la palabra, *poenae extra ordinem*, sean penas legales”⁷⁵. En realidad, no se trataba del arbitrio judicial clásico, sino del sistema moderno de la individualización judicial de la pena.

La preocupación por la “manía de innovar” de los cuerpos legislativos asomó, también entonces. El diario *La Tribuna* del 12 de junio de 1858 anotaba, entre sus inconvenientes, “que no deja tiempo suficiente ni aun para conocer sus buenos o malos resultados, y mucho menos para que se formen costumbres populares, que son el mejor fundamento de toda institución o ley”.

⁷² “Proyecto de Código Civil. 1858”, p. 292, en ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, 1954, pp. 292 y 277. En el Título Preliminar, “De las leyes en general”, asentó: “3. No puede alegarse contra su observancia, desuso ni costumbre o práctica en contrario... 12. La costumbre que nace de una serie de actos constantemente repetidos durante diez años cuando menos, tiene fuerza obligatoria en los casos que no hayan sido previstos

por la ley, y en cuanto no se oponga a los principios generales del derecho” (ídem, p. 263).

⁷³ *Curso de derecho mercantil arreglado al Código de Comercio y concordado con el derecho civil*, Buenos Aires, 1863, pp. 9-10.

⁷⁴ *Curso de derecho criminal*, t. I, Buenos Aires, 1871, p. 14.

⁷⁵ *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Parte primera*, Buenos Aires, 1866.

VI. LAS SOLUCIONES POSITIVAS

1. TEXTOS CONSTITUCIONALES NACIONALES

Una característica de los textos de la primera mitad del ochocientos fue la exhortación a obedecer las leyes, que debe ser entendida no sólo con relación a las leyes formales, sino a todas las normas jurídicas. Otra característica fue la desaparición del recurso de súplica de las leyes, vigente hasta la Revolución de Mayo, debido a que la mayor parte de ellas fue obra de las asambleas representativas y el resto fue dictado por delegación suya.

El decreto de seguridad individual, incluido como apéndice del Estatuto Provisional de 1811, desechó el arbitrio judicial al establecer la garantía de la "sentencia legal" (art. 1º), que pasó a los ordenamientos posteriores. El Reglamento Provisorio de 1817 prescribió que "toda sentencia en causas criminales, para que se repunte válida, debe ser pronunciada por el texto expreso de la ley, y la infracción de ésta es un crimen en el magistrado" (IV, iii, 13), pero que "no se entienden por esto derogadas las leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces según la naturaleza y circunstancias de los delitos; ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscrito, o moderado la práctica de los tribunales superiores"⁷⁶.

El intento de reproducir sólo el principio de legalidad en la Constitución de 1826, por parte de José Francisco Ugarteche, motivó la oposición ya referida de Valentín Gómez, además de la de Joaquín Campana, quien propuso sin éxito que se agregara una cláusula parecida a la que le seguía en el texto de 1817: "sin que por esto queden derogadas aquellas [leyes], que según los casos y circunstancias se dejan al arbitrio judicial". La Constitución se limitó a exigir "sentencia legal" (art. 171).

Otra disposición que se repitió en los antecedentes constitucionales fue la que prohibía a los jueces interpretar las leyes, para coartarles también esa posibilidad de arbitrio, asignándole la atribución al Poder Legislativo⁷⁷.

La Constitución de 1853 ratificó el principio de legalidad (arts. 17 y 18) y afirmó la primacía de la legislación sobre otras fuentes. Declaró que "esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras [que deben ser aprobados por el mismo Congreso], son la ley suprema de la nación..." (art. 31). Cabe otra inteligencia de la cláusula, restringida a la relación entre las distintas clases de leyes.

No en forma expresa, pero sí implícita, como lo entendieron la doctrina y los jueces, el principio de supremacía de la Constitución consagrado en ese artículo, tomado de la Constitución de Filadelfia, significó el fin de la tendencia depresiva del Poder Judicial, imperante en la primera mitad de la centuria, y el reconocimiento de la capacidad de los jueces para interpretar las leyes y declarar la inconstitucionalidad de las que violaban la Constitución.

A partir de ese momento, que nació a la consideración pública con dos discursos paralelos: el de Martín Zapata en el Senado de Paraná (1857) y el de Dalmacio Vélez Sarsfield en el de Buenos Aires (1858), se reintrodujo el Poder Judicial en el sistema de las fuentes del derecho⁷⁸. Simultáneamente, se dieron los primeros pasos para crear una jurisprudencia argentina, que —como decía Miguel Navarro Viola— fuera un freno para los jueces y una garantía para el pueblo, de que no sería caprichosamente contrariada⁷⁹.

⁷⁶ Ver: TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina*, en *Revista de Historia del Derecho* 10, Buenos Aires, 1982, pp. 267-371.

⁷⁷ Ver: LEVAGGI, A., *La interpretación del derecho en la Argentina en el siglo XIX*, pp. 30-38, en *Revista de Historia del Derecho* 7, Buenos Aires, 1980.

⁷⁸ Ver: PEREZ GUILHOU, Dardo,

Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857-1858), en *Revista de Historia del Derecho* 10, pp. 147-170, y LEVAGGI, Idem., pp. 44-51.

⁷⁹ TAU ANZOATEGUI, V., *Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina*, en *Revista de Historia del Derecho* 6, 1978, pp. 319-352.

2. TEXTOS CONSTITUCIONALES PROVINCIALES

Los reglamentos de Córdoba (1821) y Catamarca (1823) reprodujeron, con pocas modificaciones, los dos artículos mencionados del Reglamento de 1817⁸⁰.

Un criterio distinto, pero también pluralista, siguieron el proyecto de Constitución para Buenos Aires de 1833 y la Constitución de 1854: "...toda sentencia será pronunciada por el texto expreso de la ley o con manifestación de los principios legales a que se ajusta", ordenó el primero (art. 127), y la segunda: "...las sentencias definitivas como interlocutorias serán fundadas en el texto expreso de la ley o en los principios y doctrinas de la materia" (art. 124)⁸¹.

Un tercer criterio, principista más impracticable en esas circunstancias, por las mismas razones que se habían dado en el Congreso de 1826, adoptó el proyecto de Constitución para Mendoza de Alberdi: "...toda sentencia debe ser fundada expresamente en ley promulgada antes del hecho del proceso" (art. 29)⁸². La mayoría de las constituciones provinciales inmediatamente posteriores siguió su ejemplo.

3. REGLAMENTOS DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En los reglamentos que se dictaron las provincias hasta mediados del siglo, y en los primeros códigos de procedimientos —sobre todo en éstos—, se incluyeron normas referidas al derecho que debían aplicar los jueces y, consiguientemente, a las fuentes formales del mismo.

Los reglamentos de administración de justicia consagraron, generalmente, el criterio legalista. Obligaron a los jueces a fallar según las leyes vigentes en la provincia respectiva y, en su defecto, según leyes españolas⁸³, leyes generales⁸⁴ o leyes análogas⁸⁵.

Sui géneris fue la ley mendocina del 15 de noviembre de 1853, que prescribió el siguiente orden de aplicación del derecho: 1º la ley; 2º las máximas y principios generales de jurisprudencia; 3º las leyes análogas; 4º los autos acordados; 5º las decisiones de los tribunales que hayan establecido una práctica en el foro; 6º la opinión de los jurisconsultos.

Facultaba a los jueces para suspender la ejecución de las sentencias cuando la ley aplicada no se hallaba en uso por su excesivo rigor y para que le propusieran al Poder Ejecutivo la conmutación de la pena con arreglo a la equidad⁸⁶, según la solución propuesta por Constant.

El proyecto de reglamento redactado por Manuel A. Sáez varios años después hizo suyas esas disposiciones de neto sabor tradicional⁸⁷.

José Domínguez, en su proyecto de ley de enjuiciamiento civil para Buenos Aires, que fue el modelo de la mayoría de los códigos que le siguieron⁸⁸, se atuvo a las "Reglas

⁸⁰ RAMOS, Juan P., *El derecho público de las provincias argentinas*, t. I, Buenos Aires, 1914.

⁸¹ IDEM, t. I y II.

⁸² ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial argentino*, Buenos Aires (La Cultura Argentina), 1928, pp. 190-213.

⁸³ Ej.: el Reglamento de Administración de Justicia de Corrientes, del 6 de julio de 1847, art. 58 (*Registro oficial de la provincia de Corrientes*, t. VI, Corrientes, 1936), y el Reglamento de la Administración de Justicia de Salta, del 11 de febrero de 1857, art. 139, según el Código de Comercio de 1829 (Gavino Ojeda, *Recopilación general de las leyes de la provincia de Salta*, t. I, Salta, 1929).

⁸⁴ Reglamento de Salta cit., art. 145.

⁸⁵ Reglamento para la Administración de Justicia por los Jueces de Paz de Salta, 23 de enero de 1857, art. 20 (Ojeda, op. cit.).

⁸⁶ DE AHUMADA, Manuel, *Código de las leyes, decretos y acuerdos que sobre administración de justicia se ha dictado en la provincia de Mendoza*, Mendoza, 1860.

⁸⁷ *Proyecto de reglamento de administración de justicia*, Mendoza, 1867, arts. 568-570.

⁸⁸ Ver: LEVAGGI, A., *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, pp. 225-227, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago, 1983.

generales sobre la legislación” vigentes en esa provincia, de las cuales me ocuparé en seguida. Estableció el siguiente orden de fuentes: 1º la ley, según sus palabras; 2º según su espíritu; 3º los fundamentos de leyes análogas; 4º la costumbre; 5º los principios generales de derecho⁸⁹.

4. CODIGOS DE COMERCIO Y CIVIL

El Código de Comercio de Buenos Aires (1859), declarado ley nacional en 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield, fue precedido de unas “Reglas generales sobre la legislación”, que suplieron la ausencia circunstancial de un Código Civil. Dichas “Reglas” resolvieron con criterio pluralista el problema de las fuentes, sin perjuicio de reservarle a la ley un lugar preferencial.

El orden de prelación sancionado fue el siguiente: 1º la ley, según sus palabras y su espíritu; 2º los fundamentos de las leyes análogas; 3º la costumbre; 4º los principios generales de derecho, consideradas las circunstancias especiales del caso (arts. x, xiv y xv). La costumbre nunca podía prevalecer sobre la disposición formal y expresa de la ley (art. ix). Además, admitió la validez de las convenciones particulares y aun su capacidad para derogar la ley, no interesando ésta al orden público ni a las buenas costumbres (arts. xi y xviii)⁹⁰, en concordancia con el protagonismo social reconocido al individuo, y la función del derecho de asegurar la libertad en los intercambios.

El Código Civil de Vélez Sarsfield reforzó la concepción legalista del derecho, pero no en la forma absoluta que parece desprenderse de su texto: “...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). Esta cláusula respondía a la exigencia material de la codificación de ser unificadora del derecho.

La ley era la fuente principal: “...las leyes no pueden ser derogadas, en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos” (art. 17). Pero en subsidio de la ley cobraban fuerza otras fuentes: los principios de leyes análogas (art. 16); la costumbre *secundum legem*, como queda dicho; los principios generales de derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (art. 16), y las convenciones hechas en los contratos (art. 1197).

Una regla fundamental era que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15), de modo que, agotadas las fuentes mencionadas por el legislador, tendrían que aplicar, si fuese menester, aun otras. Las posibilidades eran, así, ilimitadas.

Recuérdese que en la sesión del 21 de septiembre de 1858 del Senado de Buenos Aires, se había quejado del culto que se le rendía a la ley formal y del menosprecio de la costumbre. “Las leyes más importantes —dijo entonces—, las más respetadas en todas épocas, no se tienen por tales, porque en su sanción no se les dio el nombre de leyes..., las primeras leyes que son las consuetudinarias, y las que deben regir al Poder Judicial no se tienen por leyes”.

El problema heurístico del Código no giró —a mi juicio— alrededor del orden de prelación, que fue un orden lógico, compartido por el derecho científico, sino de la extensión de la regulación legal y, correlativamente, del espacio reservado a las demás fuentes, tal como —por ejemplo— lo había planteado Constant.

Desde este punto de vista cuantitativo, Vélez Sarsfield, sin caer en el extremo de su principal modelo, el “Esbozo” de Teixeira de Freitas, fue generoso en sus provisiones. No enfocó la cuestión —según parece— con criterio político —como lo haría Alberdi— sino científico. La densidad del Código, más que hija de un pensamiento liberal, que sólo par-

⁸⁹ Proyecto de ley de enjuiciamiento civil, Buenos Aires, 1868, arts. 62 y 65.

⁹⁰ Código de Comercio para el Estado

de Buenos Aires, sancionado por las Honorables Cámaras el 6 de octubre de 1859, Buenos Aires, 1860.

cialmente se le puede atribuir, lo fue de la concepción científica del derecho, que compararía con la escuela alemana. En la recordada sesión del Senado de Buenos Aires había expresado su desacuerdo con quienes “creen que multiplicando las leyes hemos de garantizar mejor los derechos individuales por aquello de que si un cañonazo no alcanza, que tiren dos”.

Su secretario Victorino de la Plaza justificó “la conveniencia y la mayor garantía que hay en... legislar el mayor número de casos posibles; tanto porque de este modo se evitan muchas cuestiones y se facilitan las analogías, cuanto porque se deja menor ocasión a la apreciación de los abogados y jueces”⁹¹.

En contraposición, la teoría de la legislación aconsejaba como método que los códigos se limitaran a regular las cuestiones fundamentales, para poder así alcanzar el ideal de totalidad y durabilidad. Por su parte, Vélez Sarsfield fue uno de los primeros en restituirles a los jueces la potestad de interpretar las leyes, y de juzgar de su constitucionalidad. No toleró, sin embargo, que legislaran, porque —como expresaba— las leyes no les cedieron ese derecho, ni ellos pronunciaban las sentencias pensándolas como pauta necesaria de futuros casos⁹².

Su concepto de la ley no era racionalista sino empírico; se basaba en el derecho tradicional, en la costumbre y —además— en la ciencia jurídica. En su respuesta a las críticas de Alberdi, sostuvo que una nación, al darse un código nuevo, debe tener “siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo de los que han precedido, las nuevas leyes que exija el estado social, y las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación”⁹³. Con referencia a su obra, confesó que “la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen”⁹⁴.

Este había sido, también, el criterio seguido para la redacción del Código de Comercio, del cual dijo Sarmiento, cuando se discutía en la legislatura de Buenos Aires, que “dos terceras partes, o cuatro quintas partes, son las mismas leyes que existen, o las prácticas de los tribunales, o alguna cosa que está en la conciencia de todo el mundo”.

La relación de las leyes con las costumbres la aclaró Vélez Sarsfield en la nota del art. 167, según la mayoría de la opinión moderna —además de la antigua—: “... la misión de las leyes es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas”.

Menos empirista que él, y mucho más liberal, José Francisco López manifestó, entonces, que “no debemos esperar que los códigos sean formados por las costumbres, sino a formar las costumbres por medio de los códigos”. No dejó de reconocerle, sin embargo, como “singular mérito” suyo el “haber construido el derecho científico y filosófico... sobre las raíces del derecho histórico y de nuestras costumbres, hasta donde ha sido prudente conservarlo”⁹⁵.

VII. CONCLUSIONES

1) El problema de las fuentes del derecho no se presentó en el ordenamiento patrio en términos de monopolio de una de ellas —la ley— a expensas de las demás, sino de participación en un sistema más o menos abierto (que de conjunto dinámico referido a la persona del jurista pasaba a ser con la codificación una estructura normativa estática), sin perjuicio de la jerarquía relativa de cada una. Fue un problema de recomposición de papeles, que se planteó dentro del sistema, con algún desplazamiento parcial, como el de la costumbre en función preferente de fuente material, y alguna exclusión, como la del arbitrio judicial.

⁹¹ GARCIA, M.R. y otros, op. cit., en la nota 62, pp. 410-411.

⁹² *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, 1971, p. 219.

⁹³ GARCIA, M.R. y otros, op. cit., en la nota 62, pp. 253-254.

⁹⁴ *Idem*, p. 249.

⁹⁵ *Idem*, pp. 41 y 40.

2) La fuente principal fue la ley, desde el doble punto de vista cualitativo y cuantitativo. Su importancia no era nueva, sino que se había acrecentado progresivamente desde la Baja Edad Media, a través del proceso de integración normativa típico del Estado moderno, que desembocaría en el código como instrumento de unidad jurídica. La dignidad de la ley en cuanto expresión de la voluntad del soberano, las ventajas que tenía el derecho escrito, la grave obligación moral que pesaba sobre los súbditos de obedecer los mandatos del legislador, fueron nociones que repitieron los filósofos y juristas. A no ser la proyección positivista que tuvo el principio de legalidad de la escuela penal clásica, y ciertas exageraciones doctrinales de Bentham y algunos representantes de la Escuela de la Exégesis —exageraciones que poco eco tuvieron en la Argentina—, el tratamiento que recibió la ley de parte de los publicistas y textos normativos modernos estuvo generalmente de acuerdo con los conceptos de la Ilustración.

3) Los escritores modernos de tendencia empirista, que fueron mayoría, enfocaron el fenómeno de la legislación desde uno de los siguientes puntos de vista, o de ambos, según sus creencias: el del contenido, trasladando el centro de atención de la doctrina, del acto de la promulgación formal por el legislador, a las fuentes materiales; y el de la preservación de las libertades individuales frente al peligro de la omnipotencia legislativa, perspectiva típica del ideario conservador, que conllevaba una concepción particular de los fines del Estado. Constant, consustanciado con la última posición, reaccionó —además— contra la idea que identificaba a la ley general con la justicia. Volvió a pensar, como los clásicos, en la equidad como su forma de realización. El espíritu de ambos planteos fue la limitación de la ley como fuente de derecho.

4) El problema del contenido de la legislación lo abordaron, entre otros, Montesquieu y Savigny, con distinto criterio, pero con la misma intención de refutar —por un lado— la tesis racionalista de la ley como producto de la razón universal, y —por el otro— la voluntarista según la cual toda decisión del Poder Legislativo tenía valor de ley en cuanto traducía la voluntad general.

5) Montesquieu —la jurisprudencia ilustrada, en general—, sustentado por una teoría del conocimiento científicista empírica, heredó del racionalismo —y no sólo del mismo— su preferencia por la ley, como técnica de expresión de las verdades científicas, pero trocando su contenido abstracto —a la manera kantiana— por la materialidad de las sensaciones que provienen de la experiencia. Hizo de las costumbres una fuente valiosísima de la legislación, y en esta dirección fue seguido por la mayoría de los juristas argentinos. Bentham, que también las había tomado en cuenta, influyó con su ejemplo en sus numerosos seguidores.

6) Savigny, primer autor de una teoría general de las fuentes, con su concepción científica del derecho —a la que adhirió Vélez Sarsfield—, se resistió a todo arbitrio, fuese del juez o del legislador, y retomó la idea racionalista —antes clásica— de la creación del derecho por la jurisprudencia, pero condicionada a una relación íntima entre ciencia, legislación y derecho popular. La costumbre racionalmente adoptada se equiparó en dignidad a la ley. Alberdi, Quiroga de la Rosa, compartieron esta opinión.

7) Otra cuestión grave fue el incremento de la legislación —alentado por el liberalismo para la consecución de su programa de reforma social, y consecuencia de la codificación, particularmente de una concepción científica de ella— frente al estancamiento o el retroceso de la costumbre como fuente formal. El conflicto fue claro en Vélez Sarsfield. La nueva relación alteró el equilibrio otrora existente dentro del sistema, conduciendo a una identificación progresiva del derecho con la ley. Esta tendencia fáctica fue acompañada en el plano teórico por doctrinas jurídicas y morales legalistas, que venían erosionando desde antaño la autoridad de la costumbre. Juristas argentinos coincidentes con el pensamiento conservador expresaron su preocupación ante el fenómeno (Ugarte, Alberdi).

8) La costumbre debió amoldarse a la nueva circunstancia. El deterioro de su autoridad jurídica se manifestó en la prohibición de la costumbre *contra legem* y de la costumbre penal, pero a la vez fueron puestos de relieve, en compensación, su valor social y su condición esencial de fuente material de las leyes. No se trató, pues, de su eliminación del

sistema de las fuentes, sino de una articulación con la ley diferente de la que había tenido, aun en el derecho del setecientos. Junto a la idea-fuerza del derecho científico se afirmó la de un derecho legislado basado en las costumbres, previa corrección por medio de la educación si era menester (Castañeda, Echeverría). Sólo pocos creyeron en la posibilidad liberal de una legislación contraria a las costumbres.

9) Casi unánime fue la posición de los tratadistas y legisladores frente a la creación judicial del derecho. Concordaron en que debía desterrarse el arbitrio de los jueces, por su falta de legitimación para legislar y, muy particularmente, por lo que tenía de voluntarismo: un decisionismo no fundado en razón, al menos en razón expresa. Fue esta la oposición más vigorosa que soportó una fuente. Muchos extremaron las consecuencias al punto de negarles a los jueces la capacidad —siquiera— de interpretar las leyes.

10) El constitucionalismo norteamericano, partiendo del principio de la supremacía de la Constitución, compartió con la jurisprudencia tradicional la creencia en la necesidad de que los jueces, para aplicar las leyes, debiesen interpretarlas. Los códigos tradujeron esta idea con la obligación ineludible de juzgar, aun en el caso de silencio, insuficiencia u oscuridad de las leyes, y con la de abstenerse de aplicar las leyes inconstitucionales. Además, la época de la codificación coincidió con el nacimiento de la moderna jurisprudencia de los tribunales, apoyada en su actividad científica y manifestada a través de la fundamentación de las sentencias. Fue la fórmula que se encontró para, sin renegar de la prohibición del arbitrio judicial, reinsertar la actividad de los jueces en el sistema de las fuentes.

11) Salvo situaciones aisladas, poco significativas, esas fueron las tendencias que caracterizaron el sistema de fuentes en el derecho patrio argentino; a saber: concepción pluralista de ellas, pero con fuerte predominio de la ley por su representatividad y calidad científica; acentuación de su valor material sobre el meramente formal y vinculación de dicho contenido con las costumbres; tensión entre la tesis liberal, que hacía de la ley el instrumento de cambio social por excelencia, y la tesis conservadora, que veía en ella una amenaza para la libertad; oposición a la costumbre *contra legem* y a la costumbre penal; triunfo de la concepción científica del derecho y valoración de la labor del jurista como intermediario entre el derecho popular y el derecho legislado; correlativo rechazo del arbitrio de los jueces; rehabilitación de la función judicial a partir de la actividad científica de aquéllos, acompañada de la obligación que les impusieron los códigos de no abstenerse de juzgar. En el lema “origen popular, elaboración científica y sanción legislativa” puede sintetizarse el pensamiento del derecho patrio en la materia.