



LA DOCTRINA COMO FUENTE REAL DEL DERECHO

Fernando Ronchetti¹
Universidad Nacional del Centro

1. Fuentes del Derecho

Las fuentes del derecho², conforme la teoría trialista³ del mundo jurídico, permiten distinguir las fuentes de las normas de las "fuentes como relaciones de fundamentación de las soluciones justas"⁴.

A las normas las conceptualizaremos como captaciones lógicas neutrales de repartos proyectados, y en consecuencia, cuando hablamos de fuentes de las normas nos referimos a las fuentes reales (realidad captada en las normas), que a la vez podrán ser fuentes de constancia material (repartos captados) y fuentes

¹ El autor es Profesor e Investigador de la Escuela Superior de Derecho, de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

² Las distintas acepciones de fuentes del derecho están expuestas en forma concisa en "Las fuentes del Derecho en la teoría de Alf Ross" por Martín Farell (Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 1984, Bs.As., Abeledo Perrot, n° 4, págs. 55 y ss). Por otra parte, resulta imprescindible considerar el planteo de Enrique Zuleta Puceiro ("Las fuentes del Derecho en los sistemas romanistas", ibidem, pág. 110) que sostiene que "la irrupción de la idea democrática en el seno de la teoría de las fuentes introduce un proceso de movilización integral permanente, en el que nuevos sujetos y nuevas formas de mediación social obligan ya de modo definitivo a redefinir el papel tradicional de la teoría de las fuentes".

³ La teoría trialista es producto de la elaboración de Werner Goldschmidt (expuesta básicamente en su obra "Introducción Filosófica al Derecho", Bs.As., Depalma, 6a. ed., 1996), y se enriquece con el desarrollo que realizan Miguel Angel Ciuro Caldani (puede verse "Derecho y Política", Bs.As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; y numerosos trabajos más) y otros autores.

⁴ CIURO CALDANI Miguel Angel, "Las fuentes del derecho", en "Investigación y Docencia" n° 27, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1996, pág. 70 y ss.

de constancia formal (autobiografías de los repartos producidas por los mismos repartidores).

Por otra parte están las fuentes de conocimiento, entre las cuales se ubica a la doctrina (tema de este trabajo)⁵.

Al respecto -sostiene W. Goldschmidt- “hay coincidencia entre la doctrina nacional y la aquí mantenida en lo que (a ellas) concierne”⁶. Esta cita, fuera de su contexto, puede abrir espacio a equívocos. ¿La coincidencia es tal?

2. Fuentes reales y fuentes de conocimiento

Ariel Alvarez Gardiol⁷ destaca que la distinción en fuentes formales y fuentes de conocimiento del derecho, es tomada por W. Goldschmidt de Clemente de Diego⁸.

Pero el fundador del *trialismo* le atribuye -por ejemplo- un alcance muy significativo a la doctrina jurídica, que siendo fuente de conocimiento del derecho puede constituirse también en una fuente real: "Las fuentes del conocimiento de las normas se hallan en la ciencia jurídica. La literatura jurídica nos ayuda a conocer el conjunto de normas elaborando científicamente sus fuentes reales. Se puede, por consiguiente, afirmar que la misión de la ciencia jurídica consiste en convertir las fuentes reales de las normas en fuentes de su conocimiento. Los resultados de la ciencia jurídica forman parte del caudal de consideraciones que gravitan sobre los repartidores al realizar los repartos e igualmente sobre los beneficiarios, sobre todo los gravados, al obedecer a las ordenanzas. Así se produce una continua invasión de la ciencia en el mundo jurídico: las fuentes del conocimiento del mundo jurídico se transforman en fuentes reales de él"⁹.

⁵ Las fuentes de conocimiento de las normas y del derecho todo constituyen la doctrina. Esta puede expresarse con niveles diversos, como comentarios, ensayos, monografías, manuales, tesis, tratados, etc.

⁶ GOLDSCHMIDT Werner, op.cit., pág. 218.

⁷ ALVAREZ GARDIOL Ariel, “Manual de Introducción al Derecho”, Rosario, editorial Juris, 2a. ed., pág. 112.

⁸ DIEGO Clemente de, “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, en Revista del Derecho Privado, Madrid, 1925.

⁹ GOLDSCHMIDT Werner, op.cit., pág. 219 y ss.

En la misma orientación, Ciuro Caldani ubica a la doctrina jurídica como parte del derecho positivo¹⁰; y agrega "la doctrina jurídica abarca las fuentes de conocimiento, pero es también fuente material"¹¹.

La diferencia con el resto de la doctrina nacional está en la caracterización de las fuentes materiales. Aquella usa el término "fuentes materiales" como conjunto de fuerzas que repercuten sobre la redacción de la ley o el nacimiento de las costumbres (influencias económicas, políticas, espirituales), o sea, lo utiliza en el sentido de lo que para Goldschmidt serán las "fuentes indirectas" o "mediatas"¹²

Verbigracia, dicen Mouchet - Zorraquín Becú: "Pero si en principio las opiniones de los jurisconsultos no son obligatorias, su influencia se impone como fuente material del derecho, determinando las soluciones que adoptan las leyes y la jurisprudencia"¹³.

El trialismo estudia entre las fuentes de constancia material al derecho consuetudinario (al decir de Goldschmidt: "la captación lógica en normas generales de familias de repartos basadas en la ejemplaridad"¹⁴). El uso de las fuentes formales impone el constante salto a las fuentes materiales, a fin de conocer su fidelidad y exactitud y detectar la adecuación que guardan con la realidad social descripta"¹⁵.

¹⁰ CIURO CALDANI Miguel Angel, "La doctrina jurídica en la posmodernidad", Rev. J.A. del 18/8/99 n° 6155 pág. 6).

¹¹ Ibidem.

¹² GOLDSCHMIDT Werner, op.cit., pág. 218. Así se refiere a este tema el prestigioso jurista escandinavo Alf Ross: "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" (ROSS Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Bs.As., EUDEBA, 1997, pág. 107).

¹³ Mouchet Carlos - Zorraquín Becú Ricardo, "Introducción al Derecho", Bs.As., Editorial Perrot, 12ª ed.,1997, pág. 242.

¹⁴ GOLDSCHMIDT Werner, op.cit., pág. 218.

¹⁵ CIURO CALDANI Miguel Angel, "Derecho y Política" ... pág. 89. Goldschmidt lo ejemplifica con suficiente claridad: "No es suficiente que encontremos una ley, debidamente sancionada, promulgada y publicada (fuente material), hay que averiguar si no ha sido derogada por una costumbre contraria (fuente material). O, por ejemplo, no basta conocer un

Por eso se puede afirmar que la doctrina jurídica en tanto se convierte en fuente de constancia material, forma parte del derecho positivo.

3. La doctrina como fuente vinculante

Solamente el Código Civil Suizo (1912) erige a la doctrina en fuente formal supletoria, al establecer en su artículo 1º que a falta de ley o de costumbre aplicable, el juez debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia¹⁶.

Antiguamente en Roma, Augusto concedió a algunos iurisprudentes la facultad de evacuar consultas en problemas de derecho. Los que así tenían el *ius publice respondendi* gozaban de gran autoridad ante los magistrados. Adriano resolvió que los dictámenes de estos juristas tendrían fuerza de ley cuando estuvieran de acuerdo. Posteriormente, una constitución del año 426, llamada Ley de las Citas, dio fuerza obligatoria a los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, y de los autores citados por éstos, debiendo los jueces seguir el criterio de Papiniano o el de la mayoría, si éste no se había pronunciado. De tal manera las '*responsa prudentum*' llegaron a ser una de las fuentes formales de mayor importancia en la última época del derecho romano. Pero Justiniano derogó estas disposiciones, y en cambio dio fuerza legal a las opiniones de los mismos juristas recopiladas por Triboniano en el Digesto o las Pandectas (año 533), que desde entonces constituyó una de las principales fuentes del derecho romano.

Algo análogo sucedió en España en la época de los reyes católicos. La autoridad que habían llegado a adquirir los postglosadores -especialmente italianos- y la falta de solución legal a muchos problemas, hizo que en 1499 se declararan obligatorias, a falta de ley expresa, las opiniones de Bártolo de Saxoferrato, Juan Andrés, Baldo de Ubaldis y Nicolás de Tudeschi, llamado el

testamento escrito (fuente formal); hay que saber si el testador ha fallecido (fuente material)" (GOLDSCHMIDT Werner, op.cit., pág. 221).

¹⁶ Art. 1º del Código Civil de Suiza (año 1912): "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de 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 establecería si tuviese que actuar como legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia"

Abad Panormitano. Estos eran los más destacados romanistas y canonistas, los tres primeros del siglo XIV y el último del siglo XV. Pero la medida tuvo corta duración, pues fue derogada por la ley 1ª de Toro (1505)¹⁷.

4. Las fuentes en la obra de Gèny

El Decano Gèny, "verdadero precursor de la concepción moderna del derecho", al decir de Ch. Perelman¹⁸, reacciona contra la Escuela de la Exégesis que aceptaba únicamente a la ley como fuente formal. En su obra "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo"¹⁹ plantea: "ley escrita, costumbre, tradición o autoridad (lo que denominamos nosotros "doctrina"), tal es por orden jerárquico, trazado por los hechos mismos, la serie de fuentes formales cuya fuerza vamos a apreciar".

Distinguirá este autor en fuentes formales y no formales, incluyendo aquí todos los elementos objetivos manifestados por la libre investigación científica²⁰.

Mientras que las fuentes formales tienen como propiedad definitoria la de ser prescripciones obligatorias (para el Juez y para la comunidad).

Y así justifica la categorización de la doctrina entre las fuentes formales: "nada hay en la naturaleza de esas revelaciones de derecho positivo que denominamos autoridad o tradición, doctrina o jurisprudencia, que 'a priori' las excluya de la categoría de fuentes formales. (...) No repugnan aquellas la noción de fuentes, si queremos entender la expresión... como designando direcciones de juicio para el intérprete, al cual se proponen; aparecen aquellas como elementos perfectamente exteriores a él, en forma de prescripciones

¹⁷ MOUCHET Carlos - ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo, "Introducción al Derecho", págs. 241/242.

¹⁸ PERELMAN Ch., "La lógica jurídica y la nueva retórica", Madrid, Civitas, 1979, pág. 98.

¹⁹ GENY Francisco, "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902, pág. 214.

²⁰ ALVAREZ GARDIOL Ariel, *op. cit.*, pág. 112.

autoritarias (más o menos imperiosas), dominando toda apreciación subjetiva y manifestando una verdad más fuerte"²¹ que las fuentes no formales.

5. Las fuentes en la doctrina nacional

Esto no ha sido recogido por la doctrina “tradicional” como podría ilustrarse en estas palabras de Mouchet – Zorraquín Becú: “Cualesquiera sean los méritos de los autores o la profundidad de sus razonamientos, sus conclusiones no obligan ni a los particulares ni a los jueces. En este sentido la doctrina no es fuente formal del derecho, pues su contenido no se traduce en normas imperativas”.

Si bien coincidirá en caracterizar a las fuentes formales como vinculantes, se diferencia al excluir de ellas a la doctrina.

Afortunadamente también contribuyen al desarrollo de nuestro Derecho autores que siguen modelos no dogmáticos, entre los que se destacan los neoeológicos Aftalión y Vilanova, los cuales advierten sobre la necesidad de diferenciar entre fuentes y su obligatoriedad: “la obligatoriedad es una cualidad o carácter de alguna fuente, pero no es de ningún modo algo que la haga ser o no ser fuente del derecho”²².

Según estos autores “fuentes son todos aquellos hechos que evidencian sentidos generales”, si se reservara la palabra “fuente” para aquellas fuentes que son obligatorias, se tropezaría con dos dificultades insalvables; que las fuentes no obligatorias funcionan como efectivas fuentes en la vida cotidiana, en el cumplimiento espontáneo del derecho, y que no hay ninguna fuente absolutamente obligatoria, ni siquiera la ley, “de hecho el juez puede fallar de acuerdo o contra la ley”²³.

²¹ GENY Francisco, op.cit., pág. 412.

²² AFTALION Enrique . VILANOVA José, “Introducción al Derecho” (nueva versión con la colaboración de Julio Raffo), Bogotá, Abeledo Perrot, 1994, pág. 642. Estos autores ubican a la doctrina como “fuente forma material”, ya que no solamente proporciona un género donde subsumir el caso sino que también denota una valoración vigente (op. cit., pág. 757).

²³ Op. cit., pág. 757.

6. Las reglas de juego de la Dogmática

Esta afirmación contradice una de las “reglas de juego” de la dogmática, en palabras de Alberto Calsamiglia. “El principio de sujeción a la ley permite prever con mayor exactitud cuáles son las posibles consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a ciertas conductas; permite evitar –hasta cierto punto- la arbitrariedad y es una forma de garantizar cierta objetividad en la toma de decisiones. Este principio ha ejercido tal influencia porque se ha considerado que el derecho debería ser una guía de la conducta humana. Para lograr este objetivo era necesario que los destinatarios conocieran cómo debe ser esa conducta. La ley es un expediente que ofrece mayor seguridad que la tradición o las resoluciones de los tribunales. Aunque la ley –al igual que estas últimas- también puede ser tergiversada y aplicada incoherentemente”²⁴.

“La objetividad valorativa kelseniana supone que los valores vienen impuestos por el legislador y no por el investigador”²⁵, agrega el jurista español. “El jurista dogmático ... tiene limitado su campo de acción al análisis del derecho positivo. Su función es conservar un cuerpo de leyes que, en principio, no puede modificar”²⁶.

La relativización de este formalismo se da en la práctica disfrazando las normas legales, porque “acudiendo a principios, derechos, finalidades de la ley- la dogmática permite cierta discrecionalidad en la interpretación... Y, en ese nivel, el jurista puede intentar que su versión subjetiva del problema se legitime como una interpretación objetiva del ordenamiento jurídico”²⁷.

Una de las grandes contribuciones del formalismo a la Teoría General del Derecho es que consigue desenmascarar al verdadero repartidor, cuando se oculta tras el legislador. Por eso Goldschmidt considera que en la interpretación no debe haber más valoración que el respeto de la auténtica

²⁴ CALSAMIGLIA Alberto, “Introducción a la Ciencia Jurídica”, Ariel, pág. 101.

²⁵ Op. cit. pág. 95.

²⁶ Op. cit. pág. 96. La “sujeción a la ley” de la dogmática es una “pseudoneutralidad”. Larenz ubicará a la doctrina como ciencia y como tecnología, “porque una dogmática que no se preocupe de su finalidad práctica carecería de interés” (LARENZ Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, pág. 192 y ss.).

²⁷ CALSAMIGLIA, op. cit., pág. 96.

voluntad del autor. Si luego la norma interpretada en su aplicación podría producir un resultado disvalioso, debe asumir el aplicador la responsabilidad declarando él la carencia dikelógica o histórica (repartiendo por sí).

Si la interpretación en lugar de ser cognoscitiva es decisoria, debe ponerse esa circunstancia de manifiesto, y no atribuir al legislador lo que no dijo, para diluir la responsabilidad de quien tiene a su cargo la aplicación.

Al escudarse el auténtico repartidor, se sustraen también del debate las valoraciones que motivan las decisiones. Como lo explica Nino, refiriéndose a la necesaria labor de reconstrucción del sistema: "... al no presentársela como tal, sino como descripción de lo que está implícito en el sistema positivo, no se articulan los principios valorativos en que se basan las soluciones originales que propone la dogmática. Esto determina... que no haya una discusión exhaustiva y abierta acerca de la justificación de tales principios"²⁸.

7. El rol de la doctrina en el Derecho

La pregunta que cabe formularse es ¿hasta qué punto al analizar, estudiar, dar a conocer las fuentes formales y materiales la doctrina "reparte"?

Si la doctrina tuviera fuerza obligatoria tendría una legitimidad "aristocrática", en términos goldschmidtianos ("los mejores repartidores desde un punto de vista limitado"²⁹). En la práctica la "invasión" de la doctrina se produce por su propia fuerza de convicción, y si por este motivo³⁰ la adopta el Juez o la comunidad, así queda suficientemente legitimada.

Pero no podemos omitir señalar que hay una creciente tendencia a utilizar la autoridad de prestigiosos juristas para apoyar interesadamente determinadas interpretaciones de normas que se pretenden imponer (y en esto juegan un papel significativo las revistas jurídicas).

²⁸ NINO Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Buenos Aires, 2003, Astrea, pág. 340.

²⁹ GOLDSCHMIDT Werner, "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Bs.As., Depalma, 1986, pág. 286.

³⁰ En el sentido de los verdaderos "móviles", diferenciándolos de las razones meramente alegadas (GOLDSCHMIDT... "Introducción..." pág. 57). En este caso la doctrina opera como "dirección de juicio para el intérprete".

El sistema jurídico de un país con tradición dogmática permite asegurar la “infalibilidad” mediante relaciones horizontales de producción y significado, y no ya mediante una norma legal que asegura la fidelidad y exactitud de otra, sino a través de doctrinarios que muy oportunamente³¹ prestan una concordante opinión “desinteresada”, “objetiva”, “académica” y, si es preciso, “científica”.

Esto puede ser visto con talante ingenuo, que alimenta esas reglas de juego, como se desprende de este ejemplo: “La existencia de esas opiniones doctrinarias crea, para quienes producen las demás fuentes formales, una cierta obligación moral de adaptar sus soluciones a esos estudios desinteresados y puramente científicos, de cuyas doctrinas no es prudente separarse”³² (el subrayado me pertenece).

Pero si se toma como la descripción de un estado de cosas, nadie podría negar que así se desenvuelven los hechos: “Es notoria –dice Carlos S. Nino³³– 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”.

Por esta misma circunstancia, pero desde otra concepción iusfilosófica, incluirá Gèny a la doctrina entre las fuentes reales (formales, en su caso). Con una definición propia de la modernidad dice el padre del tridimensionalismo en Francia: “si la actividad teórica de los juristas se presenta con mayor garantía de imparcialidad al abrigo de toda consideración relativa a las circunstancias concretas, por el contrario, su actividad práctica, siempre inmediata a los hechos, tiene más posibilidades de apreciar mejor la índole de las cuestiones y pesar más exactamente todos los motivos de la solución. Y aún se puede afirmar que sólo ella lleva al derecho a completa realización en la vida, y que sin ella las reglas más precisas, y aún consagradas en un texto formal, quedarían imperfectas y como inacabadas”³⁴.

³¹ Casi simultáneamente, en muchos casos.

³² MOUCHET Carlos – ZORRAQUIN BECU, Ricardo, op.cit., pág. 242.

³³ NINO, op.cit., págs. 338/339.

³⁴ GÈNY Francisco, op. cit., pág. 418.

A la misma conclusión podemos llegar desde otra concepción de fuentes, como la del profesor Cueto Rúa, que las simplifica como aquellos datos o elementos de juicio a los que acuden los magistrados para acreditar la objetividad de su punto de vista y los abogados para acreditar la razón de sus respectivas pretensiones³⁵.

Finalmente, también la doctrina se encuentra entre las fuentes indirectas, como enseña Ciuro Caldani con estas palabras: “las fuentes de conocimiento del derecho pueden ejercer cierta influencia en las normas a través de las fuentes materiales, de modo que se convierten indirectamente en fuentes reales”³⁶.

Como fuente real (material) y como fuente indirecta, además de la clásica ubicación como fuente de conocimiento, la doctrina de los juristas tiene un rol protagónico en el desarrollo del Derecho.

Ya no debiéramos decir que la actividad académica y científica se limita a la mera descripción, sino que –aunque más veladamente³⁷ de lo aconsejable– también cumple una función prescriptiva.

Los juristas se forman principalmente en el ámbito universitario, de manera que si queremos que el mundo jurídico se construya con el federalismo que programaron nuestros constituyentes, hay que apoyar el auténtico desarrollo de Facultades de Derecho en el interior del país, para comenzar a paliar la centralidad actual en la producción del pensamiento jurídico profundo.

³⁵ CUETO RUA, Julio César, “Fuentes del Derecho”, Buenos Aires, 1971, reimp., Abeledo Perrot, Cap. I.

³⁶ CIURO CALDANI, Miguel Angel, Investigación y Docencia, n° 27, págs. 77 y 78.

³⁷ Tal vez por la admonición de Kelsen, que Bobbio resumió diciendo que a la ciencia jurídica le “prescribe describir”).