

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: CONCEPTOS JURÍDICOS SOBRE MAGISTRADO, JURISPRUDENCIA Y
DOCTRINA.**

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Concepto de Magistrado y Magistratura.....	1
b)Concepto de jurisprudencia.....	9
c)Definición de doctrina.....	10

1 DOCTRINA

a) Concepto de Magistrado y Magistratura

[OMEBA]¹

MAGISTRATURA.

“Concepto y nociones generales. La jurisdicción actúa por medio de órganos, que son los jueces y tribunales, que en conjunto integran el Poder judicial, denominándose también magistrados en el amplio sentido de la palabra, aunque suele darse asimismo ese nombre a miembros de otros poderes, por ejemplo, al presidente de la Nación. En realidad, tal concepto corresponde tan sólo al juez encargado de juzgar. En el Derecho romano, el magistrado actuaba *in iure* y el juez *in iudicio*, quedando la palabra "juez" con el concepto actual en el antiguo derecho español.

El Poder judicial está integrado por distintas categorías de miembros, que varían por la función que les está asignada, como por la jerarquía que les corresponde, diversidad mucho más apreciable en nuestro país por la organización federal que lo caracteriza.

Es así como encontramos jueces únicos (de primera instancia en la Capital Federal) y colegiados (en las provincias de Córdoba, Santiago del Estero, etcétera, y de segunda instancia en la Capital Federal y otras provincias); jueces ordinarios (en algunas provincias con competencia en todas las materias) y especiales (en lo penal, contencioso administrativo, comercial, de minería, civil, laboral, etcétera, tanto en la Capital Federal como en varias provincias), y jueces profesionales (la mayor parte) y legos (el jurado popular, prescrito en la derogada Constitución de la nueva provincia de La Pampa). Limitando el asunto al juez penal, en casi todas partes hay un juez único, para la instrucción y la sentencia; en la Capital, en cambio, conforme el artículo 32 de la ley de rito, los jueces del crimen son de instrucción y de sentencia, correspondiendo a los primeros la formación de los sumarios, y a los segundos la sustanciación del plenario y el pronunciamiento de la sentencia definitiva).

Todos los magistrados son funcionarios del Estado, condición esencial en el proceso penal, dado el carácter público de la función represiva, admitiéndose por excepción que intervengan arbitros o amigables componedores; asimismo son permanentes, ya que los tribunales especiales están prohibidos por la Constitución; los remunera el Estado y no las partes, y tienen facultades limitadas por la ley, lo que impide la arbitrariedad judicial, características todas de donde surgen las garantías que deben rodear el ejercicio de su función.

Condiciones generales: Sin perjuicio del título de abogado, que se exige para desempeñar la función judicial, sin duda alguna se requieren también, sobre todo en el fuero penal, otros conocimientos y condiciones técnicas, que hemos postulado en algún trabajo anterior.

Ya las Partidas señalaban que los jueces debían ser mansos y de buena palabra, leales, sin codicia y de buena fama. Las Leyes de Indias les prohibían toda vida o vinculación social, como ser casarse, ir a fiestas, negociar, dar o tomar dinero a interés, etcétera (Libro II, título XVI).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un Reglamento que lleva fecha 17 de diciembre de 1952, en el que, ratificando las disposiciones de la ley orgánica, obliga a los magistrados, funcionarios y empleados a observar una conducta intachable; guardar absoluta reserva con respecto a los asuntos vinculados a sus funciones; no evacuar consultas ni dar asesoramiento en los casos de contienda judicial actual o posible; no gestionar asuntos de terceros ni interesarse por ellos; no realizar actos de

proselitismo político; rehusar dádivas o beneficios; no practicar juego por dinero ni frecuentar lugares destinados a ello; levantar en el plazo de sesenta días cualquier embargo que se trabe de su sueldo o el concurso que se hubiera decretado; no ejercer profesiones liberales; no practicar deportes como profesional; no participar en asociaciones profesionales, excepto las mutualistas, ni en comisiones directivas de ninguna asociación, sin autorización de la respectiva autoridad de superintendencia, etcétera (art. 8).

Condiciones específicas: En principio, la única condición exigida para el desempeño de los cargos públicos, es la idoneidad (art. 16 de la Constitución Nacional). Pero nuestra Carta Magna fija, sin embargo, otros requisitos para poder ser miembro de la Corte Suprema: seis años de ciudadanía, abogado graduado en universidad nacional, con ocho años de ejercicio y treinta de edad-y disfrutar una renta anual da \$ 2.000 fuertes o de una entrada equivalente (arts. 97 y 47 de la Constitución).

La nueva ley orgánica (decreto-ley 1285 de 4 de febrero de 1958) ha reglamentado las condiciones que deben tener los miembros de los demás tribunales nacionales. Los de las Cámaras deben ser ciudadanos argentinos, abogados graduados en universidad nacional, con seis de ejercicio y treinta de edad (art. 5°), y los jueces nacionales de primera instancia deben ser también ciudadanos argentinos, abogados graduados en universidad nacional, con cuatro años de ejercicio y veinticinco de edad (art. 69).

En las provincias, los jueces deben ser argentinos y abogados, variando el mínimo de edad exigido.

Además de los requisitos indicados, que son para el nombramiento, existen otros para entrar en el desempeño del cargo. Se destaca de entre éstos el juramento (decreto-ley 1285-58, art. 79) que deben cumplir los jueces, y que consiste en la promesa de desempeñar bien y legalmente el cargo de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución. Prestan el juramento ante su presidente los miembros de la Corte Suprema, quienes lo hicieron ante el presidente de la Nación al constituirse el cuerpo (art. 98 de la Constitución Nacional); ante su presidente los miembros de las Cámaras federales (ley 4055, art. 25), y los jueces federales de los territorios nacionales ante la Corte Suprema o autoridad designada al efecto flor el Poder ejecutivo (leyes 27, art. 17, y 3575, art. 19). Los vocales de las Cámaras de apelaciones de la justicia ordinaria de la Capital juran ante su presidente, y los Jueces de primera instancia lo hacen ante su respectiva Cámara (ley 1893, arts. 71 y 95); los miembros de la Justicia de Paz Letrada de la

Capital, ante la Cámara de Paz (ley 11.924, arts. 10 y 24).

Designación y ascenso. Diversos son los sistemas que han servido para designar los magistrados. Desde la elección popular –que ya funcionó en Roma y se experimentó en Francia durante la revolución, hasta que la suprimió Napoleón en 1808;" y que en la Argentina propiciara Aristóbulo del Valle en 1870, y sirviera para designar los jueces de paz en los pueblos de los territorios nacionales de más de mil habitantes, sistema aplicado también en Suiza y en Estados Unidos–, hasta el nombramiento por el Poder ejecutivo, que es el más generalizado, existen otras modalidades, como ser la coparticipación del Poder ejecutivo y legislativo (el primero propone y el segundo, casi siempre por una de sus ramas, el Senado, presta acuerdo); la provisión del cargo mediante la oposición y el concurso, que suele dar excelentes resultados, sistema que rige en Francia e Italia, en lo que se refiere al concurso, y en España en lo que atañe a las oposiciones; la designación por el mismo Poder judicial como ocurre en el Uruguay y en Bélgica, etcétera.

En la Argentina los miembros de la Corte Suprema, camaristas y jueces de la justicia nacional son designados por el Poder ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación (Constitución Nacional, artículo 86, inc. 5, y decreto-ley 1285-58, art. 29).

En las provincias es generalmente el Poder ejecutivo quien también designa los jueces con acuerdo del Senado provincial, y si éste no existe, con el de la Legislatura.

La elección popular es una excepción, y apenas si se la utilizaba en las gobernaciones nacionales para elegir jueces de paz.

En cuanto al ascenso, constituye sin duda alguna un estímulo para el magistrado capaz y dedicado a sus funciones, pero exige como condición la justicia y la imparcialidad en su mecanismo, por lo que no es de extrañar que en algunos países, como en Inglaterra, no exista el ascenso, designándose para los puestos judiciales a los abogados de más prestigio a quienes se les dota con un sueldo importante que evita toda otra preocupación por un nuevo cargo, y por ende la posible pérdida de su independencia. Además no puede negarse que es conveniente la incorporación a la magistratura de abogados destacados que llevan consigo una renovación de las ideas, del sistema de trabajo y de la jurisprudencia, pero esto debe ser la excepción y no la regla, pues el desempeño de la función judicial exige, sin duda alguna, una larga experiencia, resultado del paso del aspirante por las distintas categorías

anteriores.

Los mismos sistema que hemos enumerado anteriormente al tratar el nombramiento de los jueces, son los que rigen para su ascenso. En lo que se refiere a este último aspecto, en nuestro país no existe ninguna regla ni por lo tanto escalafón judicial. El Poder ejecutivo, tanto de la Nación como de las Provincias, integra los cuadros superiores con personas que no pertenecen a la magistratura o con jueces inferiores, indistintamente. Por poco tiempo rigió un decreto de 1956, el 8978, que establecía que la provisión de vacantes se efectuaría previo concurso de títulos y antecedentes. Tan sólo un cargo de juez se llenó de esa manera.

Incompatibilidades, garantías y sanciones. No sólo debe poseer plena capacidad intelectual y física el magistrado, sino que su función, tan bien calificada de sacerdocio, implica la prohibición de ocupar ciertos cargos o desempeñar actividades que puedan afectar su imparcialidad o prestigio. Tampoco son convenientes vinculaciones paren-tales dentro del tribunal al que pertenece.

El artículo 34 de la Constitución Nacional prohíbe a los jueces de los tribunales federales serlo de los tribunales de provincia al mismo tiempo, delimitando así perfectamente el Poder judicial -del la Nación del provincial. Tampoco pueden los jueces ejercer ninguna actividad política ni profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos, ni desempeñar empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia universitaria. No pueden practicar juegos de azar o concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo (art. 9º del decreta-ley 1285-58).

Se les prohíbe ejercer el comercio en el lugar donde tienen su jurisdicción, .sin que ello impida que puedan ser accionistas de compañías mercantiles, siempre que no tomen parte activa en su administración, y que puedan dar dinero a interés, sin que hagan de ello su profesión habitual (arts. 22 y 23 del Código de comercio). No pueden adquirir minas en su jurisdicción (Código de minería, art. 20), ni bienes en litigio ante su juzgado (Código civil, arts. 1361 y 1442). Tampoco pueden intervenir en causas con cuyas partes estén ligados o con las que carezcan, por cualquier otra circunstancia, de la independencia necesaria para ejercer sus funciones. Los Códigos procesales enumeran las mismas, permitiendo al juez excusarse de seguir interviniendo en el pleito o a las partes recusarlo. , Agregaremos que no pueden ser miembros de la misma Cámara los parientes o afines dentro del cuarto grado civil, en los tribunales de segunda instancia federales y de la justicia

ordinaria de la Capital (leyes 4055, art. 14; 1893, art. 100, y decreto-ley 1285-58, art. 8°), y que por la acordada del 28 de setiembre de 1943, la Cámara del Crimen de la Capital ha resuelto que los magistrados de la jurisdicción no pueden tener bajo su dependencia parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y que no puede designarse secretario o prosecretario al pariente del juez dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (decreto-ley 1285-58, art. 12).

En lo que se refiere a las garantías judiciales que facilitan al magistrado el ejercicio de su función, son de naturaleza económica, pero fundamentalmente consisten en la independencia y la inamovilidad.

La garantía económica contribuye a la independencia del magistrado, lo aleja de la tentación del cohecho en los asuntos graves e importantes, le permite vivir con decoro, y facilita el ingreso a la magistratura de personas capaces, evitando, deserciones difícilmente sustituibles.

La independencia es inherente al Poder judicial en el régimen republicano de gobierno, donde aquél constituye un poder aparte, máxime si está facultado para declarar inconstitucionales las leyes.

Ello implica no sólo el amparo del juez contra el individuo en particular (arts. 237, 241, 244, etcétera, del Código penal), sino contra los otros poderes del Estado. Esta garantía depende de tantos factores que no es de extrañar que el país donde los jueces gozan de más independencia sea Inglaterra, donde no existe una clara división de poderes.

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 96), los miembros de la justicia nacional son inamovibles y conservan sus empleos mientras dure su buena conducta, y su sueldo, que es fijado por ley, no puede ser disminuido mientras permanezcan en sus funciones, o sea que en cambio puede ser elevado, vale decir, que gozan de dos garantías fundamentales, que asimismo rigen con respecto a los jueces de la Capital Federal, que también son nacionales.

Los sueldos de los miembros de la justicia nacional, cuya inalterabilidad ratifica el artículo 29 de la ley 13.998, no pueden gravarse con impuestos, pero esa inalterabilidad no se extiende a la jubilación, que es facultativa para los magistrados. La ley 4226 permite el retiro con el sueldo íntegro a los miembros de la Corte Suprema, procurador general de la Nación, vocales y fiscales de las Cámaras federales y de las de la justicia ordinaria de la Capital que tengan 70 años de edad y hayan

prestado diez de servicios.

Otras leyes, la 12.579, 14.019, decreto-ley 7956-55, la 15.719, etcétera, se refieren también a la jubilación de los miembros del personal judicial.

Por último, en lo que respecta a las sanciones, además de la que surge de la opinión pública –el juez más severo–, los miembros de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores de la Nación sólo pueden ser separados de su cargo mediante el procedimiento del juicio político, según el cual la Cámara de Diputados declara por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes que hay lugar a la formación de causa, en cuyo supuesto una comisión de diputados lleva la acusación ante el Senado, quien juzga en juicio público al imputado, el que sólo puede ser declarado culpable por mayoría de dos tercios de los miembros presentes, quedando sometido a proceso ante los tribunales ordinarios, no obstante que el fallo del Senado sólo tiene por objeto destituirlo y aun declararlo incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (Constitución Nacional, arts. 45, 51 y 52).

Los magistrados nacionales, con excepción de los de la Corte Suprema, conforme al artículo 91 de la Constitución de 1949, podían ser privados del cargo mediante el sistema de enjuiciamiento previsto por la ley 13.644, jurado de enjuiciamiento que también existe en varias provincias, si bien en algunas está compuesto exclusivamente por magistrados, en otras por abogados y legisladores, y en otras por magistrados y legisladores. Pero al anularse la reforma constitucional de 1949, la aplicación de la ley 13.644 fue suspendida por decreto 13.27-55, y todos los magistrados nacionales volvieron al sistema del juicio político.

En tiempo de la dominación española, tanto los alcaldes y miembros de la Real Audiencia, que administraban justicia, como los restantes funcionarios, estaban sujetos al juicio de residencia, previsto en el título XV, libro V, de la Recopilación de Indias de 168p,. y mantenido en los Reglamentos de justicia de 1812 y 1813 y en la mayoría de las Constituciones anteriores a la de 1853.

En Estados Unidos se sigue el juicio político; en Italia los jueces son removidos por una comisión de magistrados y senadores, y en Francia por la Corte de Casación.

Además de las responsabilidades civiles que pueden alcanzar a los magistrados, conforme al principio que surge del artículo 1112 del Código civil, el juez puede incurrir también en responsabilidades de orden penal. Así, el artículo 257 sanciona al que acepte promesa o dádiva para dictar, demorar u omitir una resolución o

fallo; el artículo 289 al que dicte resoluciones contrarias a la ley o cite para fundarlas hechos o resoluciones falsas; el artículo 270 al que decreta prisión preventiva por delito a lo que no le corresponda, o prolongue la misma indebidamente; el artículo 273 al que se niegue a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, o al que retarde maliciosamente la administración de justicia. Como es natural, para que puedan aplicarse estas disposiciones penales, previamente es necesario que el juez sea privado de su cargo por el procedimiento correspondiente. Lo mismo ocurre con respecto a las responsabilidades civiles.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia puede imponer a los magistrados inferiores medidas disciplinarias, facultad que asimismo corresponde a las Cámaras de los distintos fueros y a los jueces de primera instancia con respecto a sus subordinados.

Los funcionarios y demás empleados de la justicia de la Nación, pueden ser pasibles de prevención, apercibimiento multa hasta quinientos pesos, suspensión no mayor de treinta días, cesantía y exoneración, que deben ser comunicadas a la Corte Suprema. En cuanto a los jueces, pueden ser sancionados con las tres primeras medidas enumeradas precedentemente (decreto-ley 1285-58, art. 16).

Deberes y facultades de los magistrados El juez no actúa en el proceso guiado por su libre albedrío, sino sujeto a determinadas normas o reglas que contienen los Códigos procesales y las leyes de organización de tribunales, especialmente cuando las leyes de rito reglan determinadas institucionales, como ser la prueba, por el sistema de las pruebas legales, y no por el de la sana-crítica o el de las libres convicciones.

Al efecto, el decreto-ley 1285-58 ordena que los jueces deben residir en la ciudad en que ejerzan sus funciones o en un radio hasta de setenta kilómetros de la misma. Si la distancia fuere mayor deben recabar autorización a la Corte Suprema (art. 10). Están obligados a concurrir a su despacho todos los días hábiles durante las horas que funciona el tribunal, los de primera instancia, y los días de acuerdo y audiencias los de segunda instancia (art. 11).

Los magistrados deben administrar justicia, y en caso contrario incurrirán en las sanciones que antes hemos explicado, existiendo además en los Códigos procesales, tanto civiles como penales, un recurso por denegación o retardo de justicia. Mientras en el proceso civil, el juez no puede proceder de oficio, tiene esa facultad en el penal, pero en ambos procesos puede decretar medidas o diligencias para mejor proveer, como excepción a la regla antes enunciada, buscando ajustar su sentencia a la Verdad

material.

Una de las obligaciones del juez es la de motivar sus sentencias, demostrando así a las partes que se han estudiado los argumentos "y los hechos y cumpliendo con uno de los principios del régimen republicano de gobierno, pues de tal manera se facilita el control de sus actos y de su responsabilidad.

La motivación de las sentencias se ordenaba en la ley V, título XXII, partida III, pero el rey Carlos III, por real cédula de 1778, dejó sin efecto esta obligación. Tampoco se fundaban las sentencias según las leyes patrias argentinas, hasta que después de la caída de Rosas se estableció su obligatoriedad.

Finalmente los magistrados tiene facultades-disciplinarias para reprimir los excesos de las partes (litigantes, letrados y procuradores) y además la conducta de los funcionarios judiciales y obligarlos a guardar el necesario respeto, manteniendo el decoro y buen orden de los juicios. Con este fin pueden ordenar testar toda frase o palabra de naturaleza indecorosa u ofensiva, aunque no sel haya impuesto la pertinente corrección disciplinaria. Al respecto, la ley orgánica de los tribunales de la Capital (decreto-ley 1285-58), dispone que los tribunales colegiados y los jueces pueden imponer arresto personal hasta de cinco días y otras sanciones disciplinarias a los abogados, procuradores, litigantes y otras personas por faltas que cometieren contra su dignidad o decoro en las audiencias o escritos o contra su autoridad u • obstruyendo el curso de la justicia. Las sanciones aplicadas por la Corte Suprema sólo serán susceptibles de un pedido de reconsideración ante el mismo tribunal; las dispuestas por los jueces de primera instancia y Cámaras, podrán ser apeladas en. efecto suspensivo dentro del tercer día ante la Cámara que corresponda o la Corte Suprema, según el caco (arts. 18 y 19)."

b) Concepto de jurisprudencia

[COUTURE]²

I. DEFINICIÓN. 1. Ciencia del Derecho. | 2. Interpretación y aplicación de las leyes hechas por los tribunales. 3. Conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada,

emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución, los cuales, aún no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del cual emanen.

II. EJEMPLO. 1. "Por abogado se entiende en este Código, el profesor de jurisprudencia que con título hábil se dedica a defender en juicio los intereses o causas de los litigantes" (CPC, 142). 2. "Si la sentencia procede de una nación en que por su jurisprudencia, no se dé cumplimiento a las dictadas en los Tribunales de la República, no tendrán fuerza en ésta" (CPC, 513). | 3. "Resumen de nuestra jurisprudencia en materia de declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad" ("Rev. D.J.A.", t. 47, p. 187).

EJEMPLO ACTUALIZADO. 1. "La Jurisprudencia es el Derecho vivo, el derecho real, el que verdaderamente vale puesto que es el que se pone en vigencia para cada situación concreta y determinada. Es por eso que no nos podemos cansar de destacar el hecho esencial en la vida del Derecho y aun en el plano axiológico, de que el momento jurisdiccional se presenta como decisivo y fundamental. El Derecho para el individuo es el que interpreta el Juez, el que dice el Juez (iuris dictio). De ahí la importancia que tiene la jurisprudencia como ciencia y de allí la trascendencia que tiene el Juez en la vida social y en la esfera de las conductas humanas" ("RUDP". 3-4/1976, nota editorial "El Derecho, la Justicia y

los Magistrados") 2. ADVERTENCIA. El criterio de la reciprocidad jurisprudencial ha sido dejado a un lado por nuestro ordenamiento jurídico (ver CGP, 524 y ss.). | 3. "En segunda instancia los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes: ... 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla; ..." (CGP, 200.1, num. 2). * III. ÍNDICE ACTUALIZADO. CGP, 200.1, num. 2, 519, num. 2.

IV. ETIMOLOGÍA. Cultismo tomado del latín iurisprudentia, -iae, de igual significado literalmente "sabiduría, conocimiento del derecho", compuesto de ius, iuris "derecho" y prudentia, -iae "sabiduría, conocimiento", derivado de prudens, -tis "sabio, concedor". Esta última palabra es una deformación de providens, -fe, participio presente del verbo provideo, -ere "prever", y, por lo tanto, significa originalmente "el que prevé, previsor", por lo tanto "el que está al tanto, el que sabe" y "sabio".

V. TRADUCCIÓN. Francés, jurisprudence; italiano, giurisprudenza;

portugués, jurisprudencia; inglés, j'urisprudence; alemán, Jurisprudenz, Rechtswissenschaft, Judikatur, Rechtsprechung."

c) Definición de doctrina

[OMEBA]³

"DOCTRINA. Del latín doctor, doctoris, derivada a su vez de doceo, enseñar, la voz designa lo afirmado como sabido, o impuesto en su carácter por una escuela determinada. Es en ese sentido que se habla, por ejemplo, de la doctrina cristiana, para referirse al conjunto de los dogmas de la religión cristiana o de la doctrina social de la Iglesia, referida a la posición en el problema social, adoptada por la Iglesia, en base a las encíclicas y a las escrituras y de las doctrinas económicas, para indicar los principios sustentados como valederos por determinadas escuelas económicas, de cuya aplicación resultan los sistemas económicos.

La doctrina difiere, por lo tanto, de la ciencia y de la teoría; de la primera, porque ésta hace referencia a un conjunto de conocimientos comprobados y explicados, y de la segunda, porque por teoría se entiende una forma especial del conocimiento científico, que procura unificar diversas leyes sobre un aspecto de la realidad. Este es el sentido en que, en Metodología del Derecho, se habla de las doctrinas de los juristas o doctrinas jurídicas, trara hacer referencia a las tesis sustentadas por los juristas con respecto a un problema de Derecho. Los puntos que interesa considerar en este aspecto de la cuestión son, pues, los de la formación de la doctrina y su ' Inclusión entre las fuentes formales del Derecho. Este carácter asumió la doctrina de los jurisconsultos en el Derecho romano, posterior a las Doce Tablas. Recuérdese que si bien la ley se hizo pública, los Patricios, sin embargo, fueron todavía los únicos encargados de aplicarla, y procuraron mantener durante un tiempo en secreto las formalidades de la aplicación de las leyes, especialmente el cumplimiento de las fórmulas y la mención de los días en que se podía tratar asuntos públicos y solicitar justicia. Esto fue importante, porque aun cuando la ley Hortensia ordenaba que el pretor prestara audiencia, los Nun-dinac, es decir, los días de mercado, podían sin embargo, coincidir con éstos los días Nefasti, es decir, los días en que toda solicitud era prohibida, y, en cambio, los días comitmlles –los días fijados para asamblea de las curias–,

podían, cuando no se celebraba reunión, ser aptos para los asuntos judiciales. Fue recién en el año 450 en que los días de procedimiento se hicieron públicos, merced a las Tablas de Cneo Plavius, que enumeraban los días de procedimiento, retirándolas del secreto de los pontífices. La admisión de los plebeyos al pontificado obligó desde entonces a difundir la ciencia del Derecho, y fue un Pontífice plebeyo –Titus Coruncanios– el primero que enseñó la ciencia jurídica públicamente.

Otros jurisconsultos continuaron su tarea, iniciando desde entonces la enseñanza pública del Derecho, en cursos especiales que preparaban a los jóvenes para la enseñanza práctica, mediante el *audiré*.

La República continuó la enseñanza del Derecho a cargo de los jurisconsultos, y la labor de estos fue aún mayor: señalando las fallas y el vacío de los textos contribuyeron a desarrollar y reformar el Derecho; asimismo estaban autorizados a emitir su opinión sobre las cuestiones contenidas en cada litigio y redactaban las fórmulas para los actos que colocaran a sus clientes en condiciones favorables.

Si inicialmente sus respuestas (las *responso*.) estaban solamente revestidas de fuerza moral, con posterioridad llegaron a ser consideradas en tanta importancia que en la época de Pomponio, fue llamado *Jus Civile* al Derecho formado* por la ciencia de los "prudentes", y la jurisprudencia de los debates judiciales. Esta situación revistió nuevos caracteres en el Principado romano. Los emperadores comenzaron a acordar a determinados jurisconsultos potestad resolutoria. Concedieron el *jus Publicae res-pondendi ex auctoritate principis* a determinados jurisconsultos, vale decir, la potestad de opinar en cuestiones litigiosas con fuerza imperativa, que debía ser seguida en ese litigio y servir como norma en casos similares. Pero las opiniones de los jurisconsultos que poseían *el Jus Publicae... ex auctoritate*, sólo poseían esta fuerza legal, si eran unánimes y coincidentes, emitidas por escrito y con sello del autor, en caso contrario, así como la enseñanza de los autores no revestidos de esta autoridad, a su doctrina se le asignaba simplemente, la fuerza de convicción que poseyeran, basada en la autoridad científica del jurista y en los fundamentos en los cuales reposaba. Esta es la situación actual en el Derecho moderno; los jurisconsultos estudian y explican el Derecho y fijan el sentido de la ley. En ciertos casos, cuando se trata de una cuestión que no ha sido legislada o que ha surgido de las necesidades o de las condiciones nuevas de las relaciones humanas, los juristas dan soluciones. Pero a pesar de ella, la doctrina (las opiniones de los jurisconsultos) no puede considerarse como una fuente formal del Derecho. Tiene únicamente

valor moral, fuerza de razón escrita, cuando es aceptada por un núcleo considerable de autores y aparece fundada en razones poderosas expresadas por los jurisconsultos.

La escuela de la libre investigación, sustentada por Geny y por Cruet en Francia, y por Kantorowicz en Alemania, le asigna mayor imperatividad a la doctrina. Geny la considera junto con la ley y la costumbre entre las fuentes formales del Derecho, cuyo carácter esencial es el de constituir reglas obligatorias para el intérprete.

Sostiene Geny que las fuentes del Derecho privado pueden clasificarse en dos grandes grupos: por una parte, las fuentes formales; por otra, los elementos objetivos por la libre investigación científica. Entre las fuentes formales distingue: la ley, la costumbre y la doctrina, es decir, la autoridad y la tradición. En el conjunto de estas doctrinas sobre la doctrina, destaca también el valor de la misma la escuela, dogmática, para la cual la ley debe ser entendida más allá de su texto o de la voluntad del legislador, en el todo sistemático en que se integra cada párrafo legal para la construcción jurídica positiva.

Estas escuelas se han expresado a la vez en diversas sistemáticas, y es, entre otros, seguida, por ejemplo, en el Código civil suizo, que afirma también el carácter de fuente formal de la doctrina. "La ley –afirma este Código– rige en todas las materias a las cuales se refiere la letra y el espíritu de una de sus disposiciones. En los casos no previstos por la ley, el juez debe decidir según la costumbre y en defecto, según las reglas que establecerá si tuviere que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y en la jurisprudencia mas autorizada" (artículo I)

FUENTES CITADAS

- 1 OSORIO Y FLORIT, Manuel. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XVIII. Buenos Aires, Argentina. Sociedad Bibliográfica Argentina. Bibliográfica Omeba. 1979. pp 924-928.
- 2 COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. 3º edic. Uruguay. Editorial B de F. 2004. pp 458-459.
- 3 OSORIO Y FLORIT, Manuel. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo IX. Buenos Aires, Argentina. Sociedad Bibliográfica Argentina. Bibliográfica Omeba. 1979. pp 185-186