

LAS FORMAS DE MANIFESTACIONES DEL DERECHO PROCESAL. LA JURISPRUDENCIA *

CLEMENTE A. DÍAZ

Profesor adjunto de Derecho Procesal I

1. El concepto de *Jurisprudencia* es multívoco;¹ etimológica e históricamente designó la opinión de los autores,² pero paulatinamente se la ha transformado en la opinión de los tribunales a través de sus decisiones judiciales. Como fuente-manifestación del Derecho y en especial, del Derecho Procesal, la acepción más aceptable es la que considera la jurisprudencia como la reiterada y habitual concordancia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado sobre situaciones jurídicas idénticas o análogas.³

* En Revista Jurídica de Buenos Aires, N° II/56, se publicó las dos primeras partes de este trabajo.

¹ COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", B. Aires, a/f., p. 180; LUDER, "Concepto, función y técnica de la jurisprudencia", en La Ley, t. 37, p. 901, señalan las variadísimas acepciones del vocablo.

² Cf. ARANGIO RUIZ, "Historia del derecho romano", (trad. Pelsmaeker e Ibañez), Madrid, 1943, p. 151; v. YMAZ, "Meditación sobre la jurisprudencia", en La Ley, t. 98, p. 354. La frase de ULPIANO (Digesto, "De iustitia et iure") *iurisprudentia est ditiosissima atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* se refiere a las respuestas prudentium, opinión de los juristas, más que a los fallos de los tribunales, los cuales encuentran su antecedente histórico en el *edictum perpetuum*, v. ARANGIO RUIZ, op. cit., p. 187.

³ Cf. APTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", en La Ley, t. 81, p. 788; CARLOS, "Introducción al estudio del derecho procesal", B. Aires, 1959, p. 77; PALACIO, "Manual de derecho procesal civil", B. Aires, 1963, t. I, p. 44, señalan acertadamente la reiteración y la concordancia como elemento fundamental de la definición. La definición construida desde otro punto de vista, v. gr.: "interpretación y aplicación del derecho por los órganos jurisdiccionales del Estado" (LUDER, op. cit., La Ley, t. 37, p. 901) define el llamado "derecho de los jueces" (también, "derecho judicial", del *Gerichtrecht*) como el conjunto de la doctrina legal contenida en las decisiones de los tribunales.

Se polemiza aún sobre si la jurisprudencia es o no fuente-manifestación del Derecho; ⁴ la posición racionalista afirma que la jurisprudencia no es fuente de derecho; ⁵ una variante racionalista sostiene que se trata de una fuente subsidiaria, ⁶ domina empero la opinión que sostiene que la jurisprudencia es fuente de producción dogmática del derecho procesal. ⁷ Es innegable que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho procesal y como tal contribuye al proceso de formación jurídica en tanto a ella se acude para objetivar el sentido jurídico de un fenómeno procesal. ⁸

El presupuesto estructural de la jurisprudencia consiste en una jerarquía jurisdiccional encargada de mantener el sentido constante y uniforme de las decisiones judiciales. Este presupuesto puede ser interpretado desde distintos puntos de vista:

a) Para algunos, especialmente en los países dotados de tribunales superiores con funciones casatorias, solamente es jurisprudencia la emanada del tribunal superior; ⁹

⁴ COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 171; ARA-GONESSES, "Proceso y derecho procesal", Madrid, 1960, p. 243.

⁵ Niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho procesal: PRIETO CASTRO, "Derecho procesal civil", Madrid, 1944, p. 28; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUÉMADA, "Derecho procesal", Madrid, 1951, t. I, p. 37; CLARIA OLMEDO, "Tratado de derecho procesal penal", B. Aires, 1960, t. I, p. 194, etc.

⁶ GUASP, "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil", Madrid 1948, t. I, p. 48; DE PINA y CASTILLO LARRASAGA, "Instituciones de derecho procesal civil", México, 1948, p. 13; ALSINA, "Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial", 1.^a ed. B. Aires, 1941, t. I, p. 181; id. 2.^a ed., B. Aires, 1956, t. I, p. 261; CARLOS, "Introducción", cit., p. 78; etc.

⁷ Ver KELSEN, "Teoría general del derecho y del Estado" (trad. García Maynez), México, 1950, p. 141; RECASENS SICHES, "Vida Humana, sociedad y derecho", México, 1943, p. 282; ARAGONESSE, op. cit., p. 357, formula una distinción entre el punto de vista estático en el cual la jurisprudencia no puede ser fuente de creación de normas jurídicas, y el punto de vista dinámico en el cual la jurisprudencia es la fuente principal de creación de normas jurídicas; DE LA PLAZA, "Derecho procesal civil español", Madrid, 1945, t. I, p. 42, deja en cambio a salvo lo relativo a la creación de derecho objetivo. FODDETTI, "Tratado de la competencia", B. Aires, 1954, p. 108, y PALACIO, Manual cit., t. I, p. 45, distinguen entre "jurisprudencia obligatoria" y "jurisprudencia no obligatoria".

⁸ Cf. APTALION, GARCIA OLANO, VILANOVA, "Introducción al derecho", 6.^a ed., B. Aires, 1960, p. 339. COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 183, aclara estos conceptos, preguntándose: "¿Qué es lo que la jurisprudencia da a la decisión del juez?... Lo que el juez busca allí es objetividad..." La posición de COSSIO es sumamente interesante; para él, la jurisprudencia no es fuente de derecho ni es norma: es un hecho axiológico (p. cit., p. 181).

⁹ Esta tesis tiene amparo normativo en las legislaciones que admiten el recurso de inaplicabilidad de la ley o de la "doctrina legal"

b) Para otros, conviene distinguir entre "jurisprudencia" y "usos forenses";¹⁰ solamente es "jurisprudencia" la actividad decisoria material y sería uso forense la decisión o el conjunto de decisiones del tribunal referentes a las cuestiones procesales;¹¹

c) Las anteriores distinciones, sin embargo, no corresponden a la sistemática del derecho procesal argentino, en el cual, debido a la pluralidad de ordenamientos jurisdiccionales, el presupuesto de la jerarquía jurisdiccional, solamente implica la influencia de algunas sentencias judiciales sobre otras.¹²

2. La problemática de la jurisprudencia se condensa en torno al estudio de la función de la jurisprudencia, del valor de la jurisprudencia y de la técnica de la jurisprudencia.¹³

3. A) *Función de la jurisprudencia.* La jurisprudencia tiene una función integradora del ordenamiento jurídico¹⁴ y en este sentido, continúa la obra del legislador adecuando e individualizando el mandato contenido en la norma jurídica, mediante un proceso de subsunción que requiere una actividad específica para explicar, para suplir o para renovar; de ahí que se hable de la jurisprudencia *explicativa*, la jurisprudencia *supletoria* o la jurisprudencia *renovadora*, incluso de la jurisprudencia *deformante*, especímenes que solamente son la consecuencia de un fenómeno

(v. gr., art. 321 CPC., B. Aires); cf. GUASP, Comentarios cit., p. 47; DE LA PLAZA, "La casación civil", Madrid, 1944, p. 197; PRIETO CASTRO, "Derecho procesal civil", cit., p. 23; ARAGONESSES, "Proceso y derecho procesal", cit., p. 343, alude a la llamada "pequeña jurisprudencia", emanada de tribunales que carecen de funciones casatorias; v. también ALCALA ZAMORA y CASTILLO, "Ensayo de diferenciación entre la jurisprudencia y los usos forenses", en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1934, p. 260.

¹⁰ Sobre el particular, v. ALCALA ZAMORA y CASTILLO, "Ensayo de diferenciación...", cit. en Estudios, cit. p. 263 y agtes.; id. "Derecho consubordinario y función judicial", en Estudios cit., p. 477; etc.

¹¹ Esta opinión es sostenida por BOLDIANO, cit. por ALCALA ZAMORA, "Ensayo de diferenciación", cit. en Estudios, cit. p. 279; su fundamentación reside en la distinción entre la actividad de decisión y la actividad de dirección, la primera de carácter material, la segunda de carácter procesal. Aunque ALCALA ZAMORA critica con acierto esta distinción, hay que reconocer que encuentra poco legal cuando sistemáticamente los tribunales superiores se niegan a admitir el recurso fundado en violación de disposiciones procesales.

¹² Ver COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 168.

¹³ LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 901 y agtes., se refiere al "concepto, función y técnica de la jurisprudencia"; v. también su estudio "El valor de la jurisprudencia", en La Ley, t. 40, p. 69.

¹⁴ LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 903; BIELSA, "Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia", en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Rosario, Agosto 1942, p. 307, id. "La abogacía", B. Aires, 1945, p. 324.

no intelectual de mayor envergadura y que se enuncia en el conflicto entre *jurisprudencia interpretativa* y *jurisprudencia creadora*.¹⁸

Esta contraposición profundiza la cuestión hacia cuál es la función de la *jurisprudencia*: O, conservando el primado dogmático de la norma jurídica, se limita la función de la *jurisprudencia* a la interpretación, O, revolucionando la ingénita desconfianza del legislador liberal, se posibilita que la actividad decisoria judicial adquiera la vigencia de la norma jurídica. La decisión no es fácil ni sencilla, pues cualquiera sea la solución, no está exenta de peligrosas e inadvertidas proyecciones hacia campos no precisamente jurídicos; por otra parte, el problema resulta complicado porque, en el segundo supuesto, ya se puede hablar de la *jurisprudencia* como *fuentes-creación* de derecho.

a) *La jurisprudencia siempre es interpretativa*, dicen los partidarios del sistema liberal emanado del absolutismo legal del siglo XVIII. Herederos de los despojos de una derrocada monarquía de derecho divino, traspasaron su adoración mítica del rey hacia el pueblo soberano y de éste, a la ley;¹⁹ pero, frente al hecho concreto del fracaso práctico del *casuismo* legal, se vieron precisados a reconocer la posibilidad de la interpretación judicial de la norma jurídica, pero nada más que interpretación: "El juez debe siempre resolver según la Ley; nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la Ley" (art. 59 del CPC): *dura lex, sed lex*, frase en la cual se ha sintetizado la ingénita desconfianza del legislador hacia el juez.

¹⁸ Ver. JIMENEZ DE ASUA, "La jurisprudencia no puede ser fuente del derecho para la escuela vienesa", en *La Ley*, t. 59, sec. 3.ª, p. 188; ESMERIN, "La jurisprudencia y la ley", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, N.º 1, 1932, p. 17; y autores cit. infra.

¹⁹ No coincide con el texto, REICHEL, "La ley y la sentencia" (trad. Milena Villagrass), Madrid, 1931, p. 5, aludiendo al absolutismo de la moderna ley constitucional: "Pero este absolutismo legal de los últimos decenios tiene tan poca relación con el monárquico, que más bien como fundamento del primero, nos ofrece una rotunda negación del último. El sistema de la omnipotencia legal es descendiente directo de aquél movimiento que se utilizó como defensa contra el absolutismo monárquico y le cavó la sepultura: el liberalismo constitucional. Pero sus últimas raíces ideales las encuentra este sistema ya en la filosofía política del siglo XVIII, especialmente en la teoría de la división de los poderes de Montesquieu". REICHEL no ha expresado con suficiente claridad su pensamiento: es indudable que el núcleo de ideas expresadas en la Revolución Francesa tiene su origen en una posición combativa y polémica del humanismo dieciochesco (Voltaire, Rousseau, Turgot, D'Alembert, etc.), pero la Revolución Francesa erige el primado dogmático de la ley, el absolutismo legal como sustitutivo del absolutismo monárquico.

²⁰ Son precisas y categóricas las palabras de MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes" (trad. Estevarez), París, 1926, p. 227: "Pero si

Este planteo originario ha sido superado por los juristas del constitucionalismo que, fundados en el dogma de la división de los poderes del Estado crean un sistema idealmente hermético donde cada poder tiene una esfera absolutamente delimitada de actividad, sin posibilidades de confusión: el Poder legislador hace la ley, el Poder jurisdiccional aplica la ley;¹⁸ cualquier tentativa de éste para inmiscuirse en la labor de aquél, constituiría un abuso de poder y conservando la prohibición axiológica del cit. art. 59 CPC., CF., le agregan el inexplicable "se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen", pues "sólo al poder legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos" (arts. III y IV, Tit. preliminar C. de Comercio), que se define como la autodefensa del Poder Legislativo contra el avance del Poder Jurisdiccional.

b) Es mucho lo que la posición tradicional en su apego por las fórmulas consagradas deja sin explicar. La división de los poderes del Estado es un lugar común constitucional que ha sido

los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley". FORTALEZ, en el Discurso preliminar", escribía: "Es preciso que el legislador vigile la jurisprudencia; ésta puede dar luz a aquél, que, a su vez, podrá corregirla; pero hay necesidad de una jurisprudencia. En esta inmensidad de asuntos diversos que componen las materias civiles, y cuyas sentencias en la mayor parte de los casos consisten más que en la aplicación de un texto preciso, en la combinación de muchos, los cuales conducen a la decisión, más no la contienen, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. A la jurisprudencia abandonamos los casos raras y extraordinarios que no pueden incluirse en el plan de una legislación razonable, los detalles harto variables y discutibles que no deben ocupar al legislador, y todos los asuntos que inútilmente pretendería prever o que una imprudente previsión no podría definir sin peligro. A la experiencia corresponde colmar los vacíos que dejamos..." (apud CERV, "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", 2ª ed., Madrid, 1923, p. 97).

¹⁸ COVIELLO, "Doctrina general del derecho civil" (trad. Tena), México, 1938, p. 33, sintetiza eficazmente esta corriente jurídica: Dado el principio de derecho público de la división de los poderes, la función del poder judicial no puede confundirse con la del poder legislativo; si éste crea las normas jurídicas, el otro está llamado únicamente a aplicarlas. Así es que toda decisión tiene eficacia para cada relación concreta y singular y no puede, en consecuencia, por mucho que se repita, adquirir carácter de norma general, capaz de regular la relación típica, abstractamente considerada... Basta pensar en los mismos límites que el legislador le ha señalado al intérprete: basta recordar el principio fundamental de nuestro derecho público o sea la división de poderes, para quedar convencido que el poder judicial no puede considerarse como el órgano de la conciencia jurídica social ni su obra como una verdadera fuente de derecho"; cf. DE RUGGIERO, "Instituciones de derecho civil" (trad. Serrano Sañer y Santa Cruz Tejero), Madrid, S/A., t. I, p. 79; LUDER, op. cit. en La Ley, t. 37, p. 808).

desplazado por el concepto científico de *división de funciones* como medio de explicar los actos de un Poder que tienen hipótesis de otro, v. gr. la actividad reglamentaria (normativa) del Poder administrador, la actividad judicial del Poder Legislativo, la actividad administrativa del Poder Judicial.

Pero el embate crítico ha estado a cargo de la justificación, que partiendo de una premisa funcional, ve en los llamados "poderes del Estado", momentos, etapas o estadios de un proceso de integración del ordenamiento jurídico,¹⁸ en los cuales la misión del legislador, cuando emite un mandato abstracto y general, es continuada por el juez cuando concreta e individualiza el mandato,¹⁹ previniendo que esta concreción e individualización es algo más que una mera aplicación en cuanto es la *manifestación de un momento dinámico en la formación del orden jurídico, y por lo tanto, crea Derecho.*

c) La doctrina tradicional por no admitir otro mandato que el del legislador, desemboca en el concepto, tal vez infecundo, de *jurisprudencia-opinión*, que si bien resuelve simplícticamente el problema de las funciones del legislador y del juez, no alcanza a

¹⁸ LEGAZ LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Barcelona, 1953, p. 422; id. KELSEN, Barcelona, 1933, p. 127.

¹⁹ Concebido el orden jurídico en la forma geométrica de una pirámide cuya cúspide está representada por la primera Constitución, se presupone la existencia de una gradación normativa, en la cual el orden de la grada inferior es instrumental respecto al orden de la grada superior, pero hasta cierto punto intencionalmente indeterminado pues "siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto" (KELSEN, "Teoría pura del derecho", trad. Tejerina, B. Aires, 1941, p. 127). COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 53, parafrasea el concepto: "El Derecho, entonces, no es algo hecho y concluido, sino algo que se hace siempre y quien lo tiene que hacer en sus términos inmediatos es principalmente el juez cuyos actos de voluntad integran la substancia misma del Derecho", ideas que posteriormente aclara el mismo COSSIO, "La plenitud del ordenamiento jurídico", B. Aires, 1947, p. 197. En esta obra, COSSIO sostiene que la cuestión reposa en un planteamiento equivocado del problema: no se trata de discutir si el juez puede crear o no una norma general, sino si puede crear derecho y la respuesta debe ser afirmativa porque el juez crea normas individuales: "El juez no legisla ni suple a la ley, pero dentro del espacio que le señala la ley, el juez se auto-determina. . . todo tramo de la dinámica jurídica es aplicación respecto de las normas más generales que lo fundamentan, pero es creación respecto de las normas inferiores que va a fundamentar, y así como el legislador cuando legisla aplica la constitución pero dentro de ella crea una norma, así el juez cuando juzga aplica la ley, pero creando dentro de ella una norma individual" (op. cit., p. 198); v. CARNELLI, "El juez como objeto del derecho", en La Ley, t. 52, p. 1019.

establecer una distinción dogmáticamente válida entre la función de la jurisprudencia y la función de la doctrina de los autores.

El manifiesto antagonismo hacia la doctrina tradicional tiene sus exageraciones: v. gr. la llamada "escuela de derecho libre"²¹ según la cual el juez no es una máquina de subsunciones, sino que frente a las situaciones que debe juzgar debe estar más preocupado por la prevalencia del valor "justicia", que por el valor "orden" establecido por la legalidad,²² pero, se ha señalado acertadamente que esta tendencia, "al despreocuparse en demasía de la vinculación necesaria del juez a la ley, elimina toda seguridad jurídica".²³

La "escuela de derecho libre" reacciona contra el culto de la legalidad, factor que no ha preocupado intensamente a los juristas anglosamericanos, quienes partiendo de un ordenamiento jurídico distinto, postulan que únicamente será derecho lo que el juez declare (*judge made law*).²⁴

d) En resumen, la jurisprudencia es mera interpretación de la norma jurídica, para la teoría tradicional; es creadora de normas, para la escuela de derecho libre y los analistas anglo-americanos; es creadora de Derecho para los justicicófilos kelsenianos y

²¹ Para una idea de *freirecht*, v. RESCHEL, "La ley y la sentencia", cit., p. 26 y sgts.; v. KANTORÓWICZ, "La lucha por la ciencia del derecho", en el vol. "La ciencia del derecho", B. Aires, 1949. Para la "escuela del derecho libre" la norma jurídica ideal no es la que resuelve una situación jurídica, sino la que confiere al juez la potestad de resolver la situación jurídica "como si fuera legislador"; RECASENS SICRES, op. cit., p. 325, cita el art. 73, C. Civil español: "si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años", y comentándola agrega: "Este es el tipo de regulación que propugna el llamado movimiento de derecho libre o libre jurisprudencia, el cual propone la disminución del derecho taxativo y su substitución por regulaciones de tipo supletivo".

²² El paradigma del juez para la escuela de derecho libre es PAUL MAGNAUD, presidente del tribunal correccional de Chateau-Thierry, cuyas sentencias contra la pena se hallaban inspiradas en una "interpretación humana" de la realidad social; v. el artículo de DASSEN, "El 'typex Magnaud'" en "Jurisprudencia, Argentina, 1963-III, sec. Doct., página 110.

²³ LEGAS LACAMBRA, "Filosofía del derecho", cit., p. 121.

²⁴ La escuela analítica ha sostenido que solamente en Derecho lo que los tribunales cotidianamente dicen, es un Derecho "ostensible", pero no es verdadero Derecho; adquiere esa categoría, cuando el "derecho ostensible" es interpretado por un juez. "La verdadera posición en que me colocó, dice GRAY (según CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", trad. Ferrás, B. Aires, 1933, p. 100), es la que el Derecho es lo que los jueces declaran; que las leyes, los precedentes, las opiniones de los expertos, las costumbres y la moralidad son las fuentes del Derecho"; v. PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del derecho", Barcelona s/l.; POUND, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico", (trad. Puig Brutau), Barcelona, 1950.

egológicos. Otros sostienen que la jurisprudencia participa en una etapa de la producción jurídica.²⁰

El problema de la función de la jurisprudencia tiende a transformarse en una polémica de palabras: la contraposición tradicional: creación de Derecho-aplicación de la ley, es neutralizada por los conceptos creación-individualización²¹ y aún por creación-interpretación.²²

²⁰ MERCADER, "La función interpretadora del juez en la sentencia", en *Jurisprudencia Argentina*, 1947-II, p. 504, dice: "No permito superar algunas reservas en cuanto al alcance de la idea de creación del derecho por el juez. Sin desconocer la decisiva importancia que para los ególogos tiene el sentido de la norma individualizada en la sentencia, puesto que para ellos esa norma es creada exclusivamente por el juez mediante la aportación de sus vivencias personales, yo prefiero adecuar aquel verbo a fin de que connota la acción de participar en las etapas de una producción jurídica, cuyos antecedentes, a mi juicio, siempre están dados por la creación de los titulares del negocio jurídico, antes del proceso". Esta tesis podría tener el respaldo de la opinión de la jurisprudencia sobre la función de la jurisprudencia: La Sup. Corte Nac. (27-XII-1944, Fallos, t. 200, p. 485, también en La Ley, t. 37, p. 517) dijo: "Si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la Ley en la relación de dependencia de la fundada con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley"; y posteriormente (Sup. Corte Nac. 18-XII-1949, Fallos, t. 215, p. 420, también en La Ley, t. 57, p. 328, y en *Jurisprudencia Argentina*, 1950-I, p. 282), aclarando sus conceptos, expresó que "no se trata", pues, de una equiparación lisa y llana de la jurisprudencia y de la ley sino del reconocimiento de su equivalencia en orden a la misión reguladora de una y otra respecto a las relaciones jurídicas que se finalizan atendiendo a la interpretación de las leyes pertinentes hecha por los tribunales, cuya función institucional es de tal naturaleza que sus decisiones interpretativas respecto a dichas normas tienen autoridad definitiva". En cambio se ha sostenido el criterio tradicional, por la Cám. Nac. del Trabajo, Sala III, 23-II-1948, La Ley, t. 43, p. 829; id. Sala II, 23-V-1948, La Ley, t. 57, p. 345; id. Sala V, 11-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 748; id. Sala V, 31-VIII-1962, La Ley, t. 108, p. 750 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-VI, p. 530); Cám. Nac. de Paz, Sala III, 27-VIII-1962, La Ley, t. 110, p. 474.

²¹ Es la teoría de KELSEN, "Teoría general del derecho y del Estado", cit. p. 140; la individualización de la norma legal mediante la sentencia judicial (lex specialis), habla sido un valor entendido por los procesalistas; para MORTARA, "Comentario del Codice e della leggi di procedura civile", 2ª ed., Milano s/f.; t. II, p. 244, la sentencia produce una novedad; para ROCCO, "La sentencia civil" (trad. Overjero), México, s/f., p. 58, es la regla particular del caso concreto; para CALAMANDUEI, "El juez y el historiador", en "Estudios sobre el proceso civil" (trad. Sentis Meléndez), B. Aires, 1948, p. 119, el juez transforma la norma abstracta en mandato concreto, etc.

²² El juez de Cámara IBÁÑEZ FROCHAM (Cám. 3ª Apel. La Plata, Sala II, 18-V-1954, La Ley, t. 76, p. 82), manifestó: "No tengo dudas de que la jurisprudencia es creación. Se aplica la ley, sin duda;

Si de creación se quisiera hablar con alguna precisión terminológica, incluso podría discutirse la *creatividad del legislador*; salvo que se conciba al legislador como el signo de la omnipotencia divina, que de la nada hace algo; *ex nihilo nihil fit*, su creatividad siempre parte de materiales existentes que le son impuestos por las circunstancias.³⁸ Lo que generalmente se denomina *creatividad de la jurisprudencia*, es en realidad el descubrimiento y reconocimiento de situaciones jurídicas, que no han sido expresamente previstas por el legislador, pero que en virtud de la plenitud herméutica del ordenamiento jurídico,³⁹ la jurisprudencia incorpora al mundo jurídico:⁴⁰ la jurisprudencia no ha logrado crear todavía una institución que no haya sido prevista

más no mecánicamente, sino mediante una labor intelectual, a veces ardua, que es la interpretación. La ley más su interpretación judicial constituyen el derecho del pueblo, decía RADBRUCH...

³⁸ POUND, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico", cit., p. 122.

³⁹ COSSIO, "La plenitud del ordenamiento jurídico", cit. *passim*. El art. 16, C. Civil, establece esta plenitud herméutica: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"; los partidarios de la "escuela epológica" han profundizado el sentido de este precepto, v. AFTALION-GARCÍA OLANO-VILANOVA, introducción, cit., p. 237; AFTALION, "Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil", en La Ley, t. 15, p. , y posteriormente incorporado a "Crítica del saber de los juristas", La Plata, 1931, p. 285 y sgtes.; YMAZ, "Acercos del art. 7 del Proyecto de reformas del Código Civil", en Jurisprudencia Argentina, 1947-II, sec. doctrina, p. 8, y luego incorporado a "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos", B. Aires, 1954, p. 243 y sgtes.

⁴⁰ Cf. CALAMANDREI, "La función de la jurisprudencia en el tiempo presente", en "Estudios sobre el proceso civil" (trad. Sentia Melendo), B. Aires, 1962, p. 236. "En nuestra jurisprudencia —escribe el prestigioso procesalista florentino—, salvo los poquísimos casos en que la misma ley remite expresamente a la equidad del caso singular, parece que todo fuera cuestión de hechos abstractos. La ley establece de antemano, en forma general e hipotética, cómo deben ser decididos todos los variadísimos casos que pueden surgir en el futuro. En la ley está todo: todo está previsto de antemano. El ordenamiento jurídico (se dice) no tiene lagunas. El sistema jurídico es como un inmenso castilero en el cual cada casilla contiene la previsión de un cierto tipo de hipótesis: el trabajo del juez consiste principalmente en la calificación de los hechos comprobados, es decir, en buscar cuál sea entre las miles de hipótesis previstas por la ley, aquella a la cual corresponde la hipótesis comprobada. Una vez encontrada esa coincidencia, el juez no tiene que hacer más que abrir la casilla individualizada en el castilero (es decir, el artículo del código que hace al caso), y dentro de ella encuentra, como una receta, la solución lista y pronta. Esta es el famoso mecanismo lógico en virtud del cual toda sentencia puede esquematizarse en un silogismo: la premisa mayor es la ley; la premisa menor, el hecho: basta que el hecho coincida con la previsión de la ley, para

por el legislador, aunque dentro de las estructuras normadas por el legislador haya descubierto y reconocido situaciones jurídicas que no se encontraban expresamente previstas; si a esta ponderable función de la jurisprudencia, se la denomina *creación*, entonces la jurisprudencia es creadora de soluciones jurídicas para situaciones no previstas por el legislador.¹¹

4. B) *Valor de la jurisprudencia.* ¿Qué valor tiene la jurisprudencia?, o en otras palabras, ¿qué significado adquiere, dentro del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia?

Ya no se trata de establecer cuál es la función de la jurisprudencia, sino que la cuestión consiste en determinar si la reiterada decisión concordante de los tribunales superiores sobre un

que la conclusión surja por sí sola. Es verdad que no siempre, pese a la infinita riqueza del casillero, se consigue encontrar, porque la realidad es siempre más rica que toda previsión, la casilla que exactamente corresponda al caso que decidir; y que en tal hipótesis se encuentra o la jurisprudencia que agregue al sistema una nueva casilla suplementaria. Pero es verdad también que este trabajo de suplemento jurisdiccional es considerado tradicionalmente por nosotros, no como obra de creación, sino como obra de interpretación: es decir, como búsqueda, en la ley general y abstracta, de algo que ya está allí por voluntad del legislador y que se trata no de crear *ex novo*, sino de descubrir y reconocer. Nuestra jurisprudencia es esencialmente conceptual: la aplicación de la ley al caso práctico es, ante todo, interpretación de la ley, o sea, descubrimiento, dentro de la norma jurídica, que tiene por definición forma y valor de máxima (es decir, de proposición general y abstracta), de otras normas más sutiles y circunstanciadas, pero también ellas formuladas a semejanza de la norma de la cual derivan, como máximas generales y abstractas. Cuando yo trato de traducir a imágenes visuales este método tradicional de la jurisprudencia conceptual, pienso en el trabajo de quien, de una cuerda, tratara de desenredar, poco a poco y con paciencia, los hilos retorcidos de que está ella compuesta: la cuerda sería la ley y los hilos, cada vez más sutiles, que poco a poco los intérpretes consiguen aislar al descomponerla, serían las máximas jurisprudenciales. Pero en definitiva, cuerdas e hilos, son lógicamente de la misma fibra y el juez, al separar aquellos hilos, no aporta nada suyo, aparte de su paciencia y su precisión de buscador¹².

¹¹ Difícilmente se encontrará en los repertorios jurisprudenciales la hipótesis de jurisprudencia verdaderamente creativa. Como muy bien dice ALSINA ATIENZA, "El respeto a la ley en el pensamiento de Héctor Lafaille", en La Ley, t. 124 (Ed. del día 13-X-1966), "en la mayoría de los casos, dichos fallos son apenas una demostración de la fluidez y plasticidad del derecho y de su maravillosa poder de adaptación", después de un análisis de la llamada "jurisprudencia deformante"; en cierto sentido, es coincidente MAFFIA, "Legislación judicial", en La Ley, t. 119, p. 1230, cuando a pesar de su posición filosófica admite que "la creación de normas generales es función específica de la legislación y la costumbre", pero cuando llega al análisis de la praxis judicial sobre "el convocatorio que consiste de la convocatoria de acreedores después de la publicación de los edictos", llega a sostener que ese convocamiento judicial es algo más que una sentencia (id. p. 1234), cuando no se trata ni más ni menos que de un supuesto de interpretación

punto de derecho impone a los miembros inferiores de la jerarquía jurisdiccional el deber de mantener inalterable ese sentido interpretativo.

Si la respuesta fuera negativa, se estaría en presencia de una institución que difícilmente podría diferenciarse de la doctrina de los autores: la *jurisprudencia-opsión*,²² cuya significación dentro del ordenamiento jurídico como forma de manifestación del Derecho Procesal dependería del poder de convicción del antecedente.

Si la respuesta fuera afirmativa, se estaría en presencia de la *jurisprudencia-normativa*, equiparable a la norma en cuanto a la obligatoriedad, que si por un lado choca contra la independencia volitiva de los jueces inferiores,²³ por otro lado erige al

del art. 11 de la ley 11719, "pedido condicional de quiebra", en el cual no se crea un nuevo derecho ni una nueva situación jurídica, sino que se aplica una norma preexistente a una situación jurídica dada (v. el fallo en La Ley, t. 117, p. 451, también en *Jurisprudencia Argentina*, 895-1, p. 820). Una interesante concepción en COSSIO, "Impugnación egológica de la escuela de Derecho libre en La Ley, t. 115, p. 878, refiriéndose a la creación de individualización. Efectivamente, por más que se analice la labor de la jurisprudencia difícilmente se encontrará un caso que tenga la significación de una verdadera creación de derecho, en el sentido ético del creador. Generalmente, la jurisprudencia aplica el derecho creado por el legislador; la mayor parte de las veces, la jurisprudencia, descubre y reconoce que algunas situaciones jurídicas que pudieron no ser previstas con dogmática exactitud por el legislador encuentran cabida dentro de la sistemática legislativa; y dentro de estos extremos, con las debidas limitaciones se podrían adherir a la opinión de aquellos que sostienen que el juez, en la sentencia, participa, según unos, o *interpone*, según otros, uno de los momentos de la creación jurídica, en la individualización normativa.

La interesante tesis expuesta por BULYGIN, "Sentencia judicial, creación del derecho", en *Revista La Ley*, ed. del día 7 de noviembre 1956, gira en torno a una premisa fundamental: el juez no crea normas individual, sino norma general, pero "son relativamente raras las veces en que los jueces tienen oportunidad para crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definitivos, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto... Cuando el juez decide qué ha de entenderse por *locatorio* *puédente* o *interés* *aurario* no dicta normas, sino *define* *conceptos*...". Conforme lo dice en el texto, el juez no crea *ex nihilo*, sino que descubre y reconoce que una situación jurídica concreta encuadra dentro de la norma, a lo cual llega mediante un conjunto de razonamientos que parten de conceptos y definiciones.

²² En el lenguaje común es frecuente la incorrecta sinonimia entre "jurisprudencia" y "doctrina de los tribunales", lo cual produce evidentes confusiones conceptuales, dado que entonces la estratificación de las fuentes-manifestación del Derecho serían: la norma, por una parte, y la doctrina, por la otra, y ésta se subdividiría, según su origen y el sujeto emisor, en "doctrina de los tribunales" (*Gerichtsrach*) y "doctrina de los autores" (*Juristenrecht* o *Professorenrecht*).

²³ Con referencia a la independencia interior del juez, los autores

juez en legislador quebrando el equilibrio de los poderes del Estado.³⁴

a) Dentro del conjunto de valores que se involucran en el problema del Derecho, la jurisprudencia encuentra su concordancia dentro de la estimación orden, que presupone la estabilidad jurídica,³⁵ cuya ruptura importaría una seria perturbación en la vida jurídica³⁶ de la comunidad, que no estaría

han sido severísimos al señalar una disyuntiva casi heroica, pero que es la única alternativa para salvaguardar la independencia de una conciencia. AYARILAGARAY, "Sentencias obligatorias", B. Aires, 1938, p. 70, nota 21, citando a RADBRUCH, sostiene que "el juez es sujeto de la ley y no de su libertad interior"; en igual sentido, GARCIA MAYNEZ, "Introducción a la lógica jurídica", México, 1931, p. 143: "Hay situaciones en las cuales la posición del sujeto debe orientar su conducta en su sentido específico, normativamente impuesto por esa misma posición. Queremos referirnos a los problemas de conciencia que se plantean al juzgador... El juez no es sólo juez, sino persona y como tal tiene derecho a seguir la voz de su conciencia, si antes dejó de ser juez". (p. 144).

³⁴ Cuestionó la validez constitucional de la jurisprudencia normativa, SARTORIO, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", en La Ley, t. 98, p. 789 y sgtes., a quien de inmediato respondieron GOTTHEIL, "La Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", en La Ley, t. 98, p. 874 y sgtes.; SIDART CAMPOS, "Relaciones de la jurisprudencia vinculativa con la división de poderes y la igualdad jurídica", en La Ley, t. 98, p. 479 y sgtes.; compartiendo la opinión de SARTORIO, MERCADER, "Sobre la obligatoriedad de los fallos plenarios", en "Derecho del Trabajo", B. Aires, Enero 1933, p. 5. A la tesis de SARTORIO, se le puede oponer con éxito la tesis constructiva de BOTTICHER, "La igualdad ante el juez", en Revista de Derecho Procesal, 1935, 1ª parte, p. 144: "Lo delicado en cuanto al problema es solamente el hecho de que en el Estado moderno la balanza de la justicia no se halla en manos de un único juez, sino que debe ser codada a muchos jueces, cada uno de los cuales está llamado a interpretar independientemente la ley. Si no existe un texto claro e inequívoco de la ley, el juez se hace claro, que obliga precisamente a llegar a la resolución igual de casos iguales, una aplicación desigual de la norma puede impedirse, o, por lo menos, reducirse sólo por medio de disposiciones especiales previstas en materia de organización de los tribunales. Esto puede lograrse por medio de una vinculación de los tribunales a la jurisprudencia, es decir, vinculación, a decisiones anteriores sobre casos iguales y, en particular, a las que hayan sido dictadas por tribunales superiores..."

³⁵ Cf. COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", cit., p. 185; en el mismo sentido, GORPHE, "Las resoluciones judiciales" (trad. Luis Alcázar Zamora y Castillo), B. Aires, 1933, p. 36: "La constancia de las resoluciones proporciona la seguridad en las relaciones de los negocios; además es muy apreciada por los litigantes y por los hombres de negocios; éstos la defienden particularmente a fin de estar en condiciones de orientar a sus clientes y darles su parecer sobre las probabilidades del proceso".

³⁶ La Sup. Corte Nacional tuvo oportunidad para pronunciarse sobre este aspecto. In re García Rams (Sup. Corte Nac., 3-XI-1948, Fallos, t. 212, p. 232) declaró que "la institución de un tribunal al que le es

compensada por la discutible incoercibilidad de la independencia volitiva de los jueces inferiores.²⁷

Conceptualmente, hablar de jurisprudencia obligatoria es pleonástico. Cuando es obligatoria para los jueces que dependen jerárquicamente de aquél, no hace sino dar forma normativa a lo que constituye un elemento esencialmente conceptual de la jurisprudencia. Esta implica la expresión de una valoración vigente, que debe ser acatada por los componentes de la jerarquía jurisdiccional en tanto no exista una modificación substancial de esas valoraciones; la imperatividad del acatamiento puede tener o no forma normativa, pero ninguna conclusión jurídicamente válida puede deducirse según que ese acatamiento tenga o no concreción legal: siempre existirá la imperatividad en tanto es de la esencia del instituto.^{28, 29}

encamado como función exclusivamente propia de él, la decisión final de las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, importa atribuir a la interpretación que este tribunal haga de ella una autoridad que no es sólo moral sino institucional, es decir que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que lo perturban los tribunales inferiores que precinden pura y simplemente de aquella, sin pretender que la singularidad del caso haga implícitamente lo decidido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ni intentan reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia"; poco tiempo antes, *in re Santín* (Sup. Corte Nac., 6-X-1948, Fallos, t. 212, p. 31, también en *La Ley*, t. 54, p. 366) había dicho que "el apartamiento por el tribunal apelado de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en materia de interpretación de la Constitución Nacional, mencionando dicha jurisprudencia, pero sin controvertir sus fundamentos y con el agravante de invocar para ello el deber de aplicar la Constitución, modo típico de expresar que se repara así el incumplimiento a ese mismo deber en que el Superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de la autoridad de aquel Alto Tribunal lo que autoriza a la Corte a agredir a los jueces que han integrado dicho tribunal apelado". Conc. Sup. Corte Nac., 13-XII-1948, Fallos, t. 215, p. 420, también en *La Ley*, t. 57, p. 335 y *Jurisprudencia Argentina*, 980-I, p. 388.

²⁷ En el caso no existe un cercenamiento de la independencia judicial ni violación de las garantías constitucionales, como sostiene SARTORIO, "La dictadura judicial", en *Jurisprudencia Argentina*, 958-II, sec. doct., p. 19; id. "La obligatoriedad de los fallos plenarios...", cit. en *La Ley*, t. 96, p. 807. Desde el punto de vista constructivo, es indudable el mérito de las aportaciones de la "escuela ecgológica", para la dilucidación de este problema; v. AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente del derecho", cit. en *La Ley*, t. 81, p. 772; GOTTHEIL, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", cit. en *La Ley*, t. 98, p. 877; LINARES, prólogo a AYARRAGARAY, "Sentencias obligatorias", cit., p. 13.

²⁸ AYARRAGARAY, "Sentencias obligatorias", cit., p. 32, hace una distinción entre *controversia* y *obligatoriedad*; LINARES, prólogo cit., p. 8, habla de *valor objetivo* y *valor orgánico* del precedente. Sin embargo, el valor conceptual de la jurisprudencia supera estas categorías.

²⁹ Este sentido conceptual de jurisprudencia fue puesto de manifiesto

El acatamiento de la jurisprudencia imperante es distinto a la imperatividad (obligatoriedad) de la ley. Esta, como acto de poder-autoridad obliga sin razonar y aunque no convenza: *dura lex, sed lex*; la jurisprudencia obliga en tanto, como expresión del sentir de la comunidad, adquiere un positivo poder de convicción; el juez está obligado a su acatamiento, no porque el legislador así lo disponga, sino porque la jurisprudencia significa un nuevo tipo de autoridad; su apartamiento solamente es justificable cuando medien razones muy poderosas y se las demuestre.⁴⁹

b) La incoercibilidad de la libertad espiritual del juez es un problema académico; la realidad indica que los jueces aceptan y

to por COSSIO, "El derecho en el derecho judicial", *cit.*, p. 180, al decir: "Y si de ese modo, en sucesivas paréntesis, por abstracción, vamos quitando todos los valores jurídicos fundados y superiores hasta quedarnos con sólo el valor Orden, veremos que todavía permanece intacto el sentido de aquella influencia estimativa que llamamos jurisprudencia y, a la inversa, eliminando este valor aunque conservando cualquier otra cosa del dato originario, el sentido de aquella influencia estimativa se pierde. En efecto, si el orden es la repetición, en cuanto las cosas que se repiten van dibujando ellas mismas un plan; de tal manera que si el valor orden se da positivamente como estabilidad con la repetición de las cosas y la influencia de un fallo sobre otro significa mantener esa repetición, quiere decir que al repetir un fallo lo que otro ha dicho contribuye a crear el valor orden con signo positivo, que es jurídicamente estabilidad en la repetición; y quiere decir que podrá haber jurisprudencia injusta, insegura, etc., como hay leyes injustas e inseguras, pero lo que no puede haber es jurisprudencia que sea desorden.

"Esto nos permite a nosotros decir, explicitando la esencia que buscábamos, que hay jurisprudencia en los fallos de contenido concordante sea esta concordancia actual o potencial; y que la jurisprudencia consiste en tal concordancia, la que a su vez consiste y gira en torno al valor orden, primer sentido axiológico de toda norma jurídica. Podemos ir con esto definiendo y aclarando nuestro problema. Es claro, entonces que conservar esta concordancia es realizar el valor orden; en lo cual se ve el sentido jurídico que tiene el hecho de que un juez resuelva un caso de igual modo que antes se hiciera, sin más razón que el precedente. Pero podemos llegar a otra cosa: la concordancia de un fallo con otro, no sólo puede ser actual, sino también potencial, en el sentido de que el fallo de un tribunal superior, siendo el que decide del orden, por anticipado, permite afirmar concordancias futuras. Puede darse jurisprudencia, entonces, cuando se entiende una ley de determinada manera, aunque no haya habido ningún fallo de segunda instancia, si los de primera la han entendido de una manera que se repite. Pero también, en forma más visible, cuando se trata de un tribunal superior hay una concordancia no actual sino que se actualizará, por la razón de que el tribunal superior tiene la valoración jurídica suprema y la va a imponer. Si conservar la concordancia existente es realizar el orden, a fortiori lo es concordar con el fallo del cual depende el orden".

⁴⁹ AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", *cit.* La Ley, t. 81, p. 778: "Los jueces no ignoran que un precedente jurisprudencial recibido desde antiguo y repetido sin discrepancias y con amplia generalidad, con la conformidad comunitaria que

acatan la jurisprudencia de los tribunales superiores y más aún, la desean.⁴¹

El juez se encuentra inmerso en la comunidad; es sensible a sus vivencias y la sentencia siempre es la expresión de un plexo de ideas que le vienen dadas por la comunidad,⁴² estableciéndose en el juez una intimidad con la conciencia social,⁴³ lo que con frase feliz se ha denominado la *premis mayor inarticulada*.⁴⁴ El juez trata de interpretar, a la vez, el sentir de la comunidad y el sentido del caso particular, para lo cual descubre las valoraciones vigentes en los hechos externos que traducen esas valoraciones colectivas, especialmente en las determinaciones de conducta (ley-costumbre-jurisprudencia) que ponen de manifiesto aquellas valoraciones mediante un proceso de conceptualización para el cual está habilitado porque el legislador le ha impuesto el deber de administrar justicia.⁴⁵ El juez busca y descubre esas valoraciones vigentes con el objeto de adquirir por comprensión el sentir de la comunidad y cuando aquéllas surgen de la jurisprudencia, se imponen inexorablemente al juez con la fuerza de un imperativo categórico,⁴⁶ siempre que su sensibilidad espiritual no acuse la mutación de las valoraciones que el legislador expresamente prevee cuando permite dejar a salvo la opinión personal (art. 27, D. L. 1285/1958).

supone, no debe dejarse de lado en forma inconveniente. Poderosos motivos lógicos o axiológicos ha de tener el juez para apartarse de un precedente semejante y es menester que: a) por el error lógico de la conceptualización jurisprudencial; b) por el cambio de las valoraciones vigentes; c) por el cambio de las condiciones de existencia, o d) por la repulsa comunitaria a los órdenes jurisprudenciales anteriores; o por otra razón igualmente decisiva, sea evidentemente cuestionable al asentimiento comunitario a la jurisprudencia', de tal manera que, para romper esta *vis obligatoria* 'habrá que demostrar que el consentimiento comunitario que acompaña hasta ese momento a la jurisprudencia se basa en una supuesta fuerza de convicción y que, al destruir ésta, simultáneamente, se despoja a la jurisprudencia del respaldo que significa el acatamiento general' (Ib. p. 376).

⁴¹ CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", cit. p. 121, piensa que "la adhesión al precedente debe ser la regla y no la excepción...; la labor de los jueces se vería aumentada casi hasta el agotamiento si cada sentencia anterior pudiera ser reconsiderada en cada caso"; CARNELUTTI, "Jurisprudencia consolidada", en "Cuestiones sobre el proceso penal" (trad. Sentis Melendo), B. Aires, 1961, p. 301, comenta irónicamente lo que llama "la comodidad del juzgar".

⁴² AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. en La Ley, t. 81, p. 373; COSSIO, "Oliver Wendell Holmes. Su dimensión nacional y su dimensión universal" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año IX, N° 39, p. 674.

⁴³ Cf. COSSIO, "Oliver Wendell Holmes", cit. loc. cit., p. 674, dice que no bastan, para que un juez sea un buen juez, "la honestidad y el saber del juez para que dicte una buena sentencia; el juez tiene que contar además con lo que el caso que juzga contiene dentro de sí como significación societaria...".

No se pretende ignorar el valor de las disidencias fecundas⁴⁷ que acusan siempre una exquisita sensibilidad del fenómeno jurídico; pero no puede admitirse que la ruptura del equilibrio solamente tenga por objeto mantener flameante la bandera de la independencia volitiva del juez.

c) No existe peligro en que el juez se transforme en legislador utilizando como instrumento la jurisprudencia normativa;⁴⁸ en tal sentido se ha dicho que ella conculca el principio de la separación de los poderes.

Esta opinión pudo tener origen en quienes, buscando la fundamentación de la jurisprudencia normativa, la equipararon a las llamadas "leyes interpretativas"⁴⁹ (rectius: leyes aclarato-

⁴⁷ La denominación se debe a Oliver Wendell Holmes; SILVEIRA, "La premisa inarticulada en las sentencias", en Revista de la Facultad de Derecho de México, Enero-Marzo 1954, N° 21. El juez llega a su función con un complejo sistema de ideas y prejuicios y su obra, es decir, la sentencia que dicta, reflejará esas ideas y prejuicios; el problema consiste en determinar qué prejuicios pueden ser admitidos y cuáles rechazados; en principio, el juez dispone de una sola forma para administrar justicia: Por la ley y con la ley, pero la realidad enseña que el juez está influido, en cada caso, por distintas corrientes de pensamiento, no siempre jurídico y a veces injustificable; el sentimentalismo judicial, el rigorismo legal, los factores externos, etc. Se ha dicho que el sentido de las formas jurídicas de expresión varía con el intérprete y que el texto legal es un marco en que caben múltiples posibilidades hermenéuticas; frente a esta realidad concreta, GARCÍA MAYNEZ, "Introducción a la lógica jurídica", cit., p. 104, opone un terminante: "Si esta tesis fuese correcta habría que renunciar al ideal de un conocimiento jurídico objetivo y tendríamos que ponernos en tela de juicio la coherencia lógica de los ordenamientos legales".

⁴⁸ AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. en La Ley, t. 81, p. 775.

⁴⁹ Ver AFTALION y VILANOVA, "La jurisprudencia como fuente de derecho", cit. La Ley, t. 81, p. 775, transcripción sub nota 46, supra.

⁵⁰ Refiriéndose a Holmes, gran disidente en la Corte Suprema de los E.E.U.U., COSSIO, "Oliver Wendell Holmes", cit. loc. cit., p. 572, escribe: "Durante los primeros catorce años de su alto desempeño, Holmes estuvo prácticamente solo; sus votos eran la permanente disidencia de un solitario..."; en la R. Argentina, todavía se recuerdan las disidencias de BERMEJO, en la Corte y de COLMO, en la Cámara; v. BOFFI BOGGERO, "Alfredo Colmo", en Jurisprudencia Argentina, 1959 VI, p. 44; GUAGLIANONE, "Alfredo Colmo", en Jurisprudencia Argentina, 1965-VI, p. 11.

⁵¹ Cona. SOLER, "Derecho penal argentino", B. Aires, 1945, t. I, p. 137; COUTURE, "La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios", en "Estudios de derecho procesal civil", B. Aires, 1948, t. I, p. 191; SARTORIO, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", cit. en La Ley, t. 36, p. 799 y sigtes.

⁵² AFTALION, "Prostitución, proxenetismo y delito", en La Ley, t. 18, sec. doctr., p. 101; PORTO, "Jurisprudencia obligatoria y casación como fuente del derecho penal en la Argentina", en La Ley, t. 68, p. 913.

rias): el juez, sin embargo, no aclara la ley ni fija su interpretación auténtica; la interpreta y la aplica en la sentencia.⁶⁰

5. En resumen, el valor de la jurisprudencia consiste en su uniformidad, independientemente de la existencia de una norma que la declare obligatoria y también independientemente de la forma de manifestación de esa interpretación, o del tribunal del cual emana tal interpretación. El problema que se presenta en la administración de justicia cuando dentro del organismo un juez o un grupo de jueces, quiebran la uniformidad, opinando y sentenciando en forma distinta que los restantes, es un problema de técnica, que el legislador resuelve creando un procedimiento para uniformar la jurisprudencia a través de la decisión de un tribunal especial, la cual decisión se impone obligatoriamente para sus componentes por el principio de mayoría y para los jueces inferiores, por el principio de jerarquía.⁶¹

En el régimen actualmente imperante "la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria" (D. L. 1285/1968, art. 27).⁶²

⁶⁰ Cf. BIDART CAMPOS, trabajo cit., lo. cit.: PROCULO, nota de fallo en La Ley, t. 103, p. 580: "lo de la división de poderes es demandado solemne para el caso".

⁶¹ Es innecesario subrayar que puede existir jurisprudencia uniforme que no emane de un tribunal en pleno o tribunal plenario o con funciones casatorias; pero el legislador está justificado en su propósito de obtener la uniformidad jurisprudencial para obtener la cual, frente a la pluralidad de los órganos jurisdiccionales, no le quedó otro camino que el procedimiento del tribunal plenario, como lo hizo en La Ley 7055, art. 6, que con rigurosidad y correcta concepción omite toda referencia a la obligatoriedad la cual se encuentra presupuestada en la finalidad perseguida.

Con anterioridad al año 1949, y con la sola excepción de la Ley 13024, art. 23, inc. b, que establecía "la doctrina aceptada por la mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de paz", el carácter obligatorio de la jurisprudencia del tribunal pleno había sido reconocido por la jurisprudencia, sin que existiera una ley que así lo dispusiera; con: voto Dr. Barroquero in re Mr. Cieland, Cam. Civ. 1ª, 30-IV-1941, La Ley, t. 24, p. 892 (también en Jurisprudencia Argentina, t. 74, p. 890); PODETTI, "Tratado del proceso laboral", Bs. Aires, 1948, t. I, p. 153, analizando el art. 17 de la ley 12948, aprob. D. L. 32.347/1948, reconoce que esta disposición legal establece implícitamente la obligatoriedad de los fallos plenarios para las salas; v. FERNANDEZ GIANOTTI, "Importancia de los fallos plenarios para la estabilidad de los derechos", en La Ley, t. 31, p. 74 y sgtes.

⁶² Los precedentes nacionales de este precepto están dados por:

Lo que en la norma transcrita se ha destacado es su predicado referente a la aplicación obligatoria, relativizada, por una parte a los miembros de la jerarquía jurisdiccional, y por otra, mientras subsisten las condiciones (valoraciones colectivas) que motivaron su implantación; esta relatividad bastaría para acallar las críticas que la equiparan a la obligatoriedad de la ley. Aún, más, se observa que el valor óptico de la jurisprudencia no reside en su obligatoriedad impuesta normativamente, sino en su uniformidad: la jurisprudencia es obligatoria porque es uniforme. El enunciado inverso: "la jurisprudencia es uniforme porque es obligatoria", es un problema de técnica de la jurisprudencia.²²

²² Los antecedentes nacionales de este precepto están dados por: a) Al crearse dos cámaras de apelaciones en lo civil, la Ley 7055, art. 6º, se refiere a la reunión de ambas cámaras en tribunal para decidir las contiendas de competencia entre ellas, "e igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las cámaras entendiera que en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable" concepto que es ratificado por la Ley 12330, que dispone el funcionamiento de las cámaras en salas, cuyo art. 5º establece: "A pedido de la mayoría de los miembros de una cámara podrá convocarse a tribunal pleno, a efecto de dictar resolución definitiva en un asunto, cuando esa mayoría estimara conveniente fijar la interpretación de la ley o doctrina legal aplicable. Si anteriormente otro tribunal pleno hubiera resuelto un caso semejante para convocar nuevo tribunal pleno, será necesaria la conformidad de las dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras en lo civil y de la en lo comercial en su caso".

b) El art. 23 de la ley 11924 dispone: "La Cámara de Paz se reunirá en pleno. . . b) Para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. La doctrina aceptada por la mayoría de la Cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las Salas de Paz. Sin embargo, el presidente procederá a convocar nuevamente a la Cámara cuando la mayoría considere necesario la revisión de dicha doctrina. Mientras se dicta sentencia en el tribunal pleno quedarán paralizadas todas los demás expedientes en los cuales se plantea la misma cuestión jurídica. Los comaristas deberán dar preferencia inmediata y absoluta en el despacho al expediente que haya motivado la convocatoria".

c) En el mismo sentido, se expresa el art. 17 del D. L. 32347/1944, ratificado por Ley 12948, referente a los Tribunales del Trabajo: "La Cámara se reunirá en pleno para unificar la jurisprudencia cuando cualquiera de las Salas entendiera que es conveniente fijar la interpretación de la Ley o de la doctrina aplicable".

d) En este intervalo se sanciona la constitución de 1949, cuyo art. 93, tercer párrafo, establece: "La interpretación que la Suprema Corte de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

e) Como consecuencia de la constitución del año 1949, se dicta la Ley 13998, cuyo art. 28 es el antecedente más próximo del vigente art. 27 D. L. 1285/1958.

²³ Cons. Cám. Nac. Civil, Sala B, 21-VI-1956, La Ley, t. 83, p. 242 (también en Jurisprudencia Argentina, 1957-I, p. 134), declaró: "Esa

6. C) *Técnica de la jurisprudencia.* La jurisprudencia tiene una técnica cuya preocupación es la de mantener la constancia y repetición de la interpretación de la ley y de la llamada "doctrina legal", mediante un sistema de procedimientos tendientes a obtener ese resultado; dentro de esta técnica corresponde al estudio de las mutaciones jurisprudenciales (cambios o virajes de la jurisprudencia y variantes de la jurisprudencia), para concluir, después de analizar los efectos de la jurisprudencia, con el estudio de los peligros de la jurisprudencia.

7. a) *Sistemas de procedimiento.* Para obtener la unificación de la jurisprudencia y eventualmente, para mantener la uniformidad de la jurisprudencia,⁵² el legislador debe necesariamente establecer un tribunal superior que por vía de recurso extraordinario tenga la potestad de fijar unitariamente la interpretación de la ley, sea por:

1. La casación, que es el método más perfecto para obtener la unificación de la jurisprudencia,⁵³ del cual se está carente en el orden nacional, a pesar de las reiteradas recomendaciones de los congresos y conferencias,⁵⁴ y sobre todo, a pesar de la esporádica

fuerza especial de carácter general del fallo plenario se diferencia substancialmente de la que goza la ley, ya que ésta no puede ser derogada sino por otra ley, ni puede dejarse de aplicarla cualquiera sea su valor intrínseco o equidad, mientras que la doctrina legal plenaria no tiene por sí misma, otra autoridad que la de la razón, toda vez que el valor de los principios del derecho científico por grande que sea, el jurista puede siempre someterlos a su examen crítico y racional y modificar las teorías aceptadas comúnmente como verdaderas" (del voto del Dr. Barraquero).

⁵² Los vocablos "unificación" y "uniformidad" no son sinónimos. Frente a una situación plural, que no descarta la diferenciación y aún la jurisprudencia casística, lo interesante es obtener la unificación o sea la unidad del criterio jurisprudencial, que, una vez obtenida, el interés se desplaza hacia el mantenimiento de aquella unidad, mediante el procedimiento de mantener la uniformidad.

⁵³ Sobre la casación, v. CALAMANDREI, "La casación civil" (sin indicación de traductor, pero efectivamente traducida por Sentis Mendeló), B. Aires, 1945; DE LA PLAZA, "La casación civil", Madrid, 1944; COLOMBO, "La Corte Nacional de casación", B. Aires, 1943; SARTORIO, "La casación argentina", B. Aires, 1951. La forzosa limitación impuesta al tema de la casación por el método seguido en el texto, impide darle el desarrollo que merece.

⁵⁴ V. actas de la Primera conferencia de abogados, Buenos Aires, 1942; Segunda conferencia de abogados, Córdoba, 1956; Cuarta conferencia nacional de abogados, Tucumán, 1958; Primer congreso nacional de ciencias procesales, Córdoba, 1939; Primera conferencia de abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1943; Segundo congreso nacional de derecho procesal, Salta, 1948, etc.

⁵⁵ La constitución de 1949 (vigebat, 16-III-1949/27-IV-1956), establecía "que la Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se

concreción constitucional de esa aspiración en la constitución del año 1949.⁸⁷

A pesar de la unanimidad de la doctrina para el establecimiento de un tribunal nacional de casación,⁸⁸ es insalvable el reparo constitucional del art. 67, inc. 11, Const. Nacional: "Sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales nacionales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones"; pero en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas se ha establecido con éxito el sistema de la casación, limitado, naturalmente, al ámbito territorial de los tribunales con jurisdicción local.⁸⁹

La casación se ejercita tanto sobre la inteligencia e interpretación de la ley o de la llamada "doctrina legal", efectuada por los tribunales de las instancias ordinarias, es decir, por los erro-

retarse el inciso 11 del artículo 68" (art. 95, párrafo segundo), pero como se adelantaba a la ley que reglamentara el procedimiento para el recurso de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia (art. 95, párrafo cuarto), prácticamente la Suprema Corte de Justicia nunca funcionó como Tribunal de Casación, aunque mantuvo ese carácter en lo que respecta a la interpretación e inteligencia de las cláusulas constitucionales por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la Ley 48. A pesar del mandato constitucional, la Corte fue categórica en el sentido de negar la procedencia del recurso de casación hasta tanto el legislador dictara la ley de procedimiento respectiva (cf. Sup. Corte Nacional, 3-V-1948, Fallos, t. 213, p. 448; id. 28-VII-1948, Fallos, t. 214, p. 304; id. 22-VIII-1948, Fallos, t. 214, p. 423; id. 3-VII-1950, Fallos, t. 217, p. 212; id. 17-VII-1950, Fallos, t. 217, p. 477; id. 16-X-1950, Fallos, t. 218, p. 122; id. 30-X-1950, Fallos, t. 218, p. 224; id. 23-XII-1950, Fallos, t. 218, p. 826; id. 13-III-1951, Fallos, t. 219, p. 103; id. 11-II-1952, Fallos, t. 222, p. 61; id. 17-III-1952, Fallos, t. 222, p. 186; id. 14-IX-1953, Fallos, t. 226, p. 642 (también en La Ley, t. 72, p. 1881); id. 23-II-1953, Fallos, t. 225, p. 74; id. 5-IV-1954, Fallos, t. 228, p. 328; id. 23-VIII-1954, Fallos, t. 229, p. 612; id. 1-III-1955, Fallos, t. 231, p. 46; id. 23-V-1955, Fallos, t. 231, p. 426; id. 16-VIII-1956, Fallos, t. 235, p. 445 (también en La Ley, t. 85, p. 604, y en Jurisprudencia Argentina, 957-III, p. 368), aunque no dejaron de oírse voces de los tribunales locales sosteniendo que era innecesaria la previa reglamentación pues "ello no puede obstruir el fiel cumplimiento del precepto constitucional contenido en el art. 95, porque equivaldría a subordinar a la existencia de una ley reglamentaria el principio y garantía colocado en los rangos constitucionales superiores del Estado" (Cám. Apel. Doctores, 25-X-1948, La Ley, t. 57, p. 420; también en Jurisprudencia Argentina, 1850-I, p. 102; cf. Cám. Apel. La Plata, Sala II, 21-VI-1950, La Ley, t. 59, p. 516).

⁸⁷ En contra, BIELSA, "Derecho constitucional", B. Aires, 1939, p. 563, nota B.

⁸⁸ Buenos Aires, art. 149 Const., y reglamentado por los arts. 318 y sgtes. CPC; B. Aires, y 341 y sgtes. CPCr. B. Aires; Chaco, art. 179 Const. D. L. 1413/1962; La Rioja, art. 162 Const.; art. 86 y sgtes. CPC; y art. 495 y sgtes. CPCr.; Jujuy, art. 118 Const.; art. 233 y sgtes. CPC; San Juan, Ley 2273; y además, Mendoza, Misiones, Tucumán, Catamarca, Córdoba, Santa Fe, Sgo. del Estero, Salta, etc.

res in iudicando por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley, como por los vicios de la sentencia de los tribunales de la instancia ordinaria o por las violaciones u omisiones de las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, los errores in procedendo por la vía del recurso de nulidad extraordinario o de casación por quebrantamiento de las formas del juicio.²⁰

II. La sentencia plenaria es el sistema adoptado por aquellos ordenamientos jurisdiccionales que carecen de un tribunal superior con funciones casatorias; consiste en la reunión circunstanciada de las distintas secciones del organismo jurisdiccional, bajo la denominación de salas o de cámaras, que se transforma en tribunal pleno, para fijar la interpretación de la ley o unificar la jurisprudencia. Tal es el criterio que se origina con la sanción de la Ley 7055 y que persiste hasta el D. L. 1285/1958:²¹ la diferencia entre ambas leyes consiste en que la primera contempló el

²⁰ V. en general, IBÁÑEZ FROCHAM, "Tratado de los recursos en el proceso Civil", B. Aires, 1963, p. 255 y sigs. Esta distinción se encuentra perfectamente acaudada en el CPC, Jujuy, arts. 232/233; art. 360 CPCr., Mendoza; art. 485 CPCr., La Rioja; art. 410 CPCr., Catamarca; art. 487 CPCr., Salta; art. 493 CPCr., San Juan; art. 429 CPCr., La Pampa, La Prov. de Buenos Aires involucra el recurso de casación por quebrantamiento de la forma en el recurso de inconstitucionalidad, v. art. 382 CPC, debido a que la Constitución provincial incluye normas relativas a las formas de las sentencias de los tribunales colegiados; el art. 343, inc. 3, CPC, lo limita a la violación, durante el juicio oral, de las reglas de procedimiento, incluyéndolo dentro del recurso de inaplicabilidad de Ley.

²¹ V. la evolución legislativa sub nota 52.

El presupuesto del tribunal pleno es la fragmentación de un tribunal de la instancia ordinaria en distintas cámaras o su división en salas; en el orden local para la Capital Federal aparece con la ley 7055, la cual crea dos cámaras de apelaciones en lo civil y se perpetúa con la división de las cámaras en salas. En la Prov. de Buenos Aires, la ley 5827, art. 33 ha disciplinado el "plenario de cámaras": "Cuando un mismo caso judicial haya sido objeto de resoluciones divergentes por parte de distintas cámaras o de distintas salas de una misma cámara de un departamento judicial, al presentarse posteriormente uno similar, será resuelto por las cámaras del mismo fuero o la cámara en pleno, respectivamente, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El plenario de cámaras puede ser convocado por la mayoría de los miembros de la cámara que conoce en el caso; b) El plenario de cámara podrá ser convocado de oficio por la sala que interviene en el asunto que lo motiva o a petición de parte; c) La revisión de fallos plenarios anteriores podrá hacerse cuando lo provoquen por votación los dos tercios de la totalidad de los camaristas; d) La presidencia del plenario de cámaras será ejercida por el presidente de la cámara que lo origina y las diligencias procesales se cumplirán ante la Cámara o en su caso, ante la sala que conozca en el asunto; e) Sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, la interpretación de las normas legales será obligatoria para las salas de la misma cámara o para las cámaras y jueces de un departamento judicial, según se trate respectivamente de plenarios de cámara o de cámaras".

"plenario de cámaras" de un mismo fuero, mientras que las leyes 11924, art. 23; 12948, aprob. D. L. 32347, art. 17 y D. L. 1285/1958, art. 27, solamente contemplan el "plenario de las salas de una misma cámara".⁴²

La función primordial del plenario de cámara es, según el art. 27 D. L. 1285/1958, fijar la interpretación de la Ley,⁴³ para conseguir la unificación de la jurisprudencia y evitar las sentencias contradictorias, objetivos que se logran, sea de oficio a iniciativa de cualquiera de las salas que componen la cámara⁴⁴ sea a petición de parte por medio del mal llamado "recurso de inaplicabilidad de Ley",⁴⁵ interpuesto contra la sentencia de una

⁴² Los arts. 27 y 28 del D. L. 1285/1958 han creado la ilusión de la casación dentro de los límites territoriales de la Capital Federal; ha sido inútil que la doctrina se esfuerce en explicar que la pluralidad de los tribunales de casación es la negación de la función monofásica de la casación. La existencia potencial de tantos tribunales superiores como provincias, más el nacional, constituye una monstruosidad jurídica; pero que en el reducido espacio geográfico de la Capital Federal, existen seis tribunales con posibilidades casatorias constituye la legalización de la inseguridad jurídica. Hipotéticamente, esta situación posibilita que la Cám. Crim. Correc. y la Cám. Nac. en lo Penal Económico o que la Cám. Nac. Civil, la Cám. Nac. Comercial y la Cám. Nac.

de Paz, sostengan en respectivos plenarios de cámara, opiniones contradictorias, que quedarán sin recurso para el justiciable; v. DEVEALI, "Fallos plenarios y anarquía jurisprudencial", en *Derecho del Trabajo*, Julio 1962, p. 387.

⁴³ AREAL, "La inaplicabilidad de la ley", en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-III, sec. doct., p. 23, se refiere a la uniformidad en la interpretación de la ley, observando más que la función el resultado, que deriva de la obligatoriedad de los fallos plenarios de cámara; para otros, "afianza la unificación de la interpretación jurisprudencial" (Cám. Nac. Civil, Sala E, 21-XI-1960, *La Ley*, t. 101, p. 930, también en *Jurisprudencia Argentina*, 961-II, p. 414, o fija la jurisprudencia contradictoria (Cám. Nac. del Trabajo, Sala V, 21-VIII-1962, *La Ley*, t. 108, p. 738, también en *Jurisprudencia Argentina*, 962-VI, p. 520) o ordena una de las fuentes del derecho (Cám. Nac. del Trabajo, Sala V, 11-VI-1962, *La Ley*, t. 106, p. 746), etc.

⁴⁴ El Reglamento para la Justicia Nacional (RJN) dictado por la Sup. Corte Nacional (v. su texto en *Fallos*, t. 224, p. 575, también en *La Ley*, t. 68, p. 270; id. en *Jurisprudencia Argentina*, 951-I, p. 179), de fecha 17-XII-1952, dispone en sus arts. 112 y 113: "Las cámaras nacionales de apelaciones computadas de varias salas organizarán y llevarán al día en cada una de ellas un fichero por materias que contenga las jurisprudencias no sólo del respectivo tribunal en pleno sino también de todas las salas del mismo; antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su pronunciamiento, cada sala deberá informarse de la jurisprudencia de las demás del tribunal de que forma parte sobre el punto a resolver. En el caso de que no haya coincidencia de criterio la sala se abstendrá de dictar sentencia y se reunirá el tribunal en pleno para fijar jurisprudencia". El D. L. 1285/1958, no ha derogado ni modificado el art. 112 (RJN).

⁴⁵ El denominado "recurso de inaplicabilidad de ley" creado por el art. 28 D. L. 1285/1958, no merece este nombre reservado para los medios de impugnación de una sentencia por violación de la ley o de

sala que contradiga una sentencia anterior de la misma cámara⁴² cuando el precedente haya sido invocado antes de la sentencia definitiva⁴³ más que un recurso de inaplicabilidad de Ley, se trata de un recurso contra la contradicción jurisprudencial,⁴⁴ cuya existencia solamente puede coherer con la triste y lamentable excusa de tratarse de un "mal menor".

III. Enjuiciando ambos sistemas, se advierte la absoluta necesidad de establecer un tribunal nacional de casación, con competencia para entender en los recursos de inaplicabilidad de ley y de nulidad extraordinaria por quebrantamiento de la forma procesal; la pluralidad de los tribunales casatorios o el mal la-

la doctrina legal, o por errónea o falsa aplicación de la ley o de la doctrina legal (v. gr.: art. 321 CPC, B. Aires). Como bien señala AREAL, *op. cit.*, loc. cit., p. 25: "Los motivos o causas determinantes de la anulación de la sentencia en el D. L. 1245/59, no revisten en modo alguno, la amplitud del error en el iudicando de la casación italiana. Nuestra ley es más simple ya que establece un único motivo o defecto o medio, según se le quiera llamar, y que se reduce a: falta de uniformidad en la aplicación de la ley... No será necesario el recurrente demostrar la falsa o errónea aplicación de la ley; simplemente le bastará acreditar la existencia de sentencias contradictorias...".

⁴² Si no existen sentencias contradictorias el recurso es improcedente, aunque la sentencia en cuestión aplique o interprete errónea o falsamente la ley. Los tribunales contribuyeron a minimizar el recurso con la interpretación restrictiva de la frase: "Misma cámara", como sinónimo de "actual composición" (v. Cám. Nac. Civil, en pleno, 28-II-1962, La Ley, t. 107, p. 770; id. 29-III-1962, La Ley, t. 107, p. 829; id. 11-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 20; id. 29-IX-1962, La Ley, t. 110, p. 27; id. 28-VI-1962, La Ley, t. 111, p. 70 (también en Jurisprudencia Argentina, 962-IV, p. 461); Cám. Nac. Civil, Sala C, 31-V-1962, La Ley, t. 108, p. 194).

⁴³ Si la contradicción resulta de la misma sentencia definitiva, el justificable queda virtualmente desamparado. PALACIO, "Recurso de inaplicabilidad de ley y recurso extraordinario", en La Ley, t. 107, p. 1165, plantea este supuesto comparando las consecuencias del régimen anterior al D. L. 1245/1959, en el cual el art. 113 RJN imponía a las salas del tribunal el deber de informarse de la jurisprudencia existente y en caso de existir fallos contradictorios, debía abstenerse de dictar sentencia convocando al tribunal en pleno para dictar sentencia, que en caso de omisión, hacía procedente el recurso extraordinario (Sup. Cor. Nac. 18-VIII-1963, Fallos, t. 228, p. 492; también en La Ley, t. 72, p. 74 y Jurisprudencia Argentina, 863-IV, p. 217); pero a partir de la sanción del D. L. 1245/1959, la Corte sostuvo que el recurso extraordinario por incumplimiento del procedimiento prescrito por el art. 113 RJN, "ha sido sustituido por el de inaplicabilidad de ley que... debe deducirse ante el tribunal en pleno de segunda instancia" (Sup. Corte Nac. 18-VI-1958, Fallos, t. 241, p. 38; id. 20-VIII-1958, Fallos, t. 241, p. 195; id. 17-IX-1958, Fallos, t. 241, p. 370; id. 31-X-1958, Fallos, t. 242, p. 183; id. 17-XI-1958, Fallos, t. 242, p. 376; id. 4-VI-1962, Fallos, t. 263, p. 32; id. 25-VI-1962, Fallos, t. 263, p. 131, etc.).

⁴⁴ Cf. Cám. Nac. Civil en pleno, 29-II-1962, La Ley, t. 107, p. 770; "de ocasión limitada formalmente condicionada", lo establece la Cám. Nac. Civil en pleno, 18-VI-1962, La Ley, t. 108, p. 895.

mado "recurso de inaplicabilidad" del D. L. 1285/1958 semejan pirámides truncadas, a las que falta la cúspide para culminar su armoniosa arquitectura.

8. b) *Las mutaciones jurisprudenciales.* El problema de las mutaciones de la jurisprudencia produce en el mundo jurídico, fenómenos más inquietantes que el de las mutaciones legales; ⁶⁶ la hipótesis de la mutación de la jurisprudencia es que, bajo el imperio de una misma ley y de idénticas instituciones, aquella es interpretada en forma distinta sea a través del tiempo, sea a través del espacio.

La mutación de la jurisprudencia no significa el reconocimiento del error de la jurisprudencia anterior, sino "un cambio de valoración dentro de las varias que permite el marco legal", ⁶⁷ debiéndose distinguir entre las variantes de la jurisprudencia y los cambios de la jurisprudencia. ⁶⁸

⁶⁶ "Un cambio súbito de jurisprudencia es un mal social que puede ser considerable. Los interesados sufren una decepción porque tenían la esperanza en cálculos legítimos. Es preciso que la solución nueva sea sensiblemente mejor que la antigua, para que haya ventaja sustituyéndola; si no, el inconveniente del cambio contrapesa esta ventaja". ROLLIN, cit. por REICHEL, op. cit., p. 138, nota 1.

⁶⁷ COSSIO, "Teoría de la verdad jurídica", B. Aires, 1954, p. 132; APTALION, "Crítica del saber de los juristas", cit., p. 139. V. los interesantes casos de mutaciones de la jurisprudencia (francesa en el caso), en BECENA, "Magistratura y justicia", Madrid, 1928, p. 246 y siguientes y en RIFERT, "El régimen democrático y el derecho civil moderno" (trad. Calica), México, s/f, passim.

⁶⁸ Las variantes y los cambios de la jurisprudencia son entidades de distinta comprensión. El problema puede ser traducido en una fórmula algebraica: Dada una situación particular (SP) regida por una norma concreta (NC), se tiene un resultado (A); pero la misma norma concreta (NC), puede también regir una situación particular distinta (SP'), con lo cual el resultado no sería el anterior, sino distinto (B):

$$\begin{aligned} SP + NC &= A \\ SP' + NC &= B \end{aligned}$$

tal es el planteo de la variante de la jurisprudencia; su fundamento se encuentra en la falta de identidad de los casos planteados a la decisión del tribunal.

La hipótesis del cambio de la jurisprudencia es que, dadas dos situaciones particulares idénticas, regidos por idéntica norma concreta el resultado (sentencia o fallo) difiere:

$$\begin{aligned} SP + NC &= A \\ SP + NC &= B \end{aligned}$$

Y aún podría hablarse no de cambio de jurisprudencia sino de distinta jurisprudencia si en la ecuación se incluyen los tribunales diferentes que han dictado la sentencia (Tx y Tx):

$$\begin{aligned} SP + NC \times Tx &= A \\ SP + NC \times Tx &= B \end{aligned}$$

Abundando en el problema podría observarse, asimismo, que la hipótesis del cambio de la jurisprudencia requiere un elemento temporal para excluir su consubstancialidad con el error, mientras que en

Las variantes de la jurisprudencia son de su misma esencia, en tanto, dentro de la multiplicidad de los casos judiciales, la perfecta identidad es rara; en la variante, el aspecto valorativo es contingente, por cuanto la apreciación y estimación de una situación particular adquiere fundamental importancia.¹²

Los cambios de la jurisprudencia (también llamados virajes) tienen gran importancia en el desenvolvimiento y progreso del derecho: dos situaciones particulares análogas, una misma norma concreta y, por hipótesis, un mismo tribunal, son los actores en este drama judicial, que termina, en la distancia del tiempo dando a uno lo que al otro negó. La ley provee el cambio de la jurisprudencia; "sólo podrá modificarse aquella (sentencia plenaria) por medio de una nueva sentencia plenaria" (D. L. 1285/1958, art. 37); la inmutabilidad de la jurisprudencia puede ser más peligrosa que un cambio de la jurisprudencia.¹³

9. c) Los efectos de la jurisprudencia. El problema de los cambios de la jurisprudencia se vincula al de los efectos de la jurisprudencia. Frente a un cambio de la jurisprudencia, ¿qué suerte corren las situaciones jurídicas realizadas conforme una jurisprudencia anterior, pero que aún no han tenido una decisión judicial o no han derivado en el planteamiento judicial?¹⁴

la hipótesis de la distinta jurisprudencia se requiere un elemento especial para lo mismo. Si se dan en un mismo tiempo o en un mismo espacio ambas hipótesis, el principio lógico de no contradicción habría sido violado.

¹² Cám. Civ. 2ª C. Fed., 20-X-1956, La Ley, t. 63, p. 44; Sup. Cta. B. Aires, 18-VIII-1953, Jurisprudencia Argentina, 953-IV, p. 438; id. 3-XI-1957, Jurisprudencia Argentina, 958-III, p. 122; la Sup. Corte Mac. se ha pronunciado en varias ocasiones: 11-VI-1953, Fallos, t. 228, p. 53 (también en La Ley, t. 71, p. 624 y en Jurisprudencia Argentina, 953-II, p. 340); id. 28-IV-1955, La Ley, t. 79, p. 682; id. 23-X-1957, Fallos, t. 229, p. 154, refiriéndose a las "cuestiones distintas a las planteadas".

¹³ Cf. Sup. Corte Nacional, 1-IX-1943, Gaceta del Foro, t. 187, p. 227; id. 8-IV-1959, Fallos, t. 343, p. 159; Cám. Apel. Trabajo, Sala III, 26-I-1946, La Ley, t. 43, p. 869.

¹⁴ Por ejemplo:

a) Se despide al obrero de la industria que no reclama judicialmente el pago de las indemnizaciones, porque la jurisprudencia imperante al momento del despido, le niega aquel derecho; posteriormente, cambia la jurisprudencia admitiendo que el obrero de la industria tiene derecho a la indemnización;

b) Se vende como libre un automóvil prendado durante la vigencia de una jurisprudencia plenaria que establece que ese acto es penalmente irrelevante; posteriormente, otro tribunal plenario de la misma competencia territorial declara que la venta del automóvil prendado constituye delito.

Al ocurrir el despido en un caso y la venta del automóvil en el otro no se consideró conveniente proceder judicialmente frente a la establecido por la jurisprudencia. Producido el cambio, se presenta el obrero reclamando la indemnización y el acreedor prendario exigiendo

Se dice que la jurisprudencia que viene a modificar una situación jurídica imperante con anterioridad tiene carácter *irretroactivo*,¹² de tal manera que las situaciones jurídicas que han quedado fijadas durante el tiempo de vigencia de una jurisprudencia, no podrían ser juzgadas por la nueva jurisprudencia, aunque el proceso se ventile íntegramente durante la vigencia de ésta.¹³

el procesamiento del vendedor. ¿Se aplicará la vieja jurisprudencia que exoneraba al patrono del pago de las indemnizaciones o al vendedor de la responsabilidad penal?, o ¿se aplicará la nueva jurisprudencia que obliga al pago de la indemnización o responsabiliza penalmente?

Sobre este problema, cons. RAYCES, 'La jurisprudencia plenaria: esfera de su obligatoriedad', en *Jurisprudencia Argentina*, 943-IV, p. 501; id. "Efectos en el tiempo de un cambio de jurisprudencia. Función convalidatoria del derecho aparente declarado por los jueces", en *Jurisprudencia Argentina*, 945-II, p. 54; id. "Otra vez sobre los efectos de los cambios de jurisprudencia con relación a los actos cumplidos en el interior", en *Jurisprudencia Argentina*, 932-I, p. 1; DEVEALI, "Sobre la irretroactividad de la jurisprudencia como fuente del derecho", en *Derecho del Trabajo*, Mayo 1949, p. 343; MARTINEZ RUIZ, "Amparo constitucional del efecto liberatorio del pago: función de la jurisprudencia como fuente del derecho positivo", en *La Ley*, t. 55, p. 188; YMAZ, "Accra del efecto liberatorio del pago", en "La esencia de la cosa juzgada", cit., p. 157, etc.

¹² La tesis jurisprudencial al respecto fue claramente enunciada por BARRAQUERO, in re Mc. Clalland: "Todo hecho jurídico queda regido por la jurisprudencia vigente a la época de su nacimiento no teniendo efecto retroactiva la revisión de aquélla, salvo la aplicación de la nueva jurisprudencia al caso controvertido que motivó la convocatoria del tribunal pleno" (Cám. Civ. 1.^a Cap. Fed., 30-IV-1941, *La Ley*, t. 34, p. 382, también en *Jurisprudencia Argentina*, t. 74, p. 600); esta doctrina ha sido admitida por la CSN, 15-XII-1949, Fallos, tomo 215, página 429 (también en *La Ley*, tomo 57, página 377, y en *Jurisprudencia Argentina*, 950-I, p. 283; id. 19-XII-1949, *Jurisprudencia Argentina*, 950-II, p. 87; id. 24-III-1952, Fallos, t. 222, p. 194 (también en *La Ley*, t. 46, p. 356 y *Jurisprudencia Argentina*, 952-II, p. 301); id. 28-V-1952, Fallos, t. 24, p. 753 (también en *La Ley*, t. 43, p. 359); por las Cás. Civil en pleno, 5-XI-1943, *La Ley*, t. 32, p. 497 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 943-IV, p. 501; por la Cám. Nac. Civil, Sala B, 21-VI-1950, *La Ley*, t. 43, p. 329 (también en *Jurisprudencia Argentina*, 951-I, p. 154); id. Sala C, 21-VII-1950, *La Ley*, t. 43, p. 329; por la Cám. Nac. Comercial, Sala B, 25-III-1955, *La Ley*, t. 79, p. 49; por la Cám. Nac. Crim. y Correc., 16-VIII-1948, *La Ley*, t. 43, p. 219; id. 18-V-1949, *La Ley*, t. 119, p. 368; Cám. Apel. Trabajo, Sala III, 28-I-1948, *La Ley*, t. 43, p. 893; Trib. Trabajo La Plata, 14-VI-1948, *La Ley*, t. 36, p. 627, etc.

¹³ Han sostenido la retroactividad de la jurisprudencia, cuando se trata de la interpretación de una norma vigente en el momento de crearse una situación jurídica (Cám. Nac. Crim. y Correc. Sala V, 20-VII-1953, *La Ley*, t. 121, p. 441); o cuando el obrero pudo demandar ante un tribunal distinto; en estos casos, la CSN, in re Correa de Sombra, 24-IX-1951, Fallos, t. 220, p. 1485, declaró que "la circunstancia de que según la jurisprudencia de la Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Bs. Aires, en la época en que ocurrieron los hechos, los cheques industriales no estuvieron comprendidos entre los beneficiarios de la ley 11729, no basta para considerar al patrono como titular

Pero esta tesis, ¿no significa una verdadera contradicción? Si por el carácter irretroactivo de la jurisprudencia se entiende que la nueva jurisprudencia es inaplicable a la situación jurídica nacida, desarrollada o en conflicto durante la vigencia de la jurisprudencia anterior, y si la hipótesis se da durante este lapso, ello significa que el tribunal deberá aplicar la vieja jurisprudencia,¹⁷ de tal manera que el tribunal podría dictar simultáneamente dos fallos absolutamente opuestos y contradictorios, según que las situaciones jurídicas hubieran tenido su perfeccionamiento durante una u otra jurisprudencia.¹⁸

Es cierto que una situación jurídica se perfecciona o formaliza en un ambiente dominado por un plexo de valoraciones colectivas que son interpretadas en un sentido determinado por la jurisprudencia imperante, y que al ajustarse a ella, los individuos se crean su propia norma individual con el convencimiento que su conducta concuerda exactamente con el derecho vigente. El cambio de la jurisprudencia imperante produce el fenómeno de revolucionar aquel derecho vigente: lo que no era debido, ahora es o puede ser debido, lo no punible puede convertirse en punible y en estos casos, la pregunta que surge espontáneamente es: ¿Existe un derecho adquirido a ser juzgado según la situación existente como definitivamente concluida?

No existe un derecho adquirido a ser juzgado según deter-

a un derecho adquirido a la liberación, el pudo ser demandado por el obrero ante los tribunales de la justicia del trabajo de la Capital Federal..." (cf. Cám. Nac. Trabajo, Sala I, 24-IX-1943, La Ley, t. 114, p. 136).

¹⁷ Ver Cám. Crim. Corre. Sala de Cámara, N/VIU/1944, La Ley, tomo 87 1494, con nota de SPOLANSKY.

¹⁸ Cám. Paz Letrada, Sala I, 31-V-1946, La Ley, t. 43, p. 230. En este fallo, el juez disidente (VAZQUEZ) decía: "Si se admitiera que la nueva doctrina del tribunal pleno no es aplicable a los hechos ocurridos cuando regía la anterior, habría que concluir en que el pleito que da lugar al nuevo fallo plenario —ya que los hechos sobre los que el mismo versa ocurrieron indudablemente con anterioridad—, debe ser resuelto conforme a la doctrina que se desecha por equivocada, lo que es absurdo, y además apartaría el resultado de impedir las modificaciones de equidad".

¹⁹ Especial significación ha tenido el cambio de jurisprudencia de la Sup. Corte de B. Aires, relativo a la inclusión del obrero industrial en los beneficios de la ley 11729, habiéndose declarado que "Cuando, en demandas radicadas en la provincia, el caso de actividades tuvo lugar con anterioridad al primero de julio de 1947, fecha en que la SCBA cambió su jurisprudencia, los jueces deben fallar en el sentido de la exclusión de los obreros de la industria como beneficiarios de la ley 11729, aunque se trata de una ley de orden público" (SCBA, 16-VIII-1953, La Ley, t. 72, p. 592; cf. CSN, 23-X-1952, Fallos, t. 324, p. 123, también en La Ley, t. 84, p. 156; Sup. Corte B. Aires, 16-VII-1953, La Ley, t. 81, p. 182, también en Jurisprudencia Argentina, 936-I, p. 139).

minada jurisprudencia;⁵⁵ una tesis de esa índole concluiría en la equiparación de la jurisprudencia y la ley, y no en tanto el problema de la conducta valiosa o disvaliosa del causante,⁵⁶ sino el de la ultraactividad de una jurisprudencia superada.

No es, pues, que se admita la retroactividad de la jurisprudencia; lo que no se permite es la ultraactividad de la jurisprudencia cambiada.⁵⁷

10. d) Peligros de la jurisprudencia. No se puede concluir

⁵⁵ "No existe ninguna disposición legal que garantice la inmutabilidad de la jurisprudencia que debe ser aplicada en todo proceso nuevo, conforme su estado en el instante en que se ejercita la acción". Cám. Apel. del Trabajo, Sala II, 24-V-1948. La Ley, t. 31, p. 456. Los tribunales, sin embargo, han mencionado la teoría del derecho adquirido para justificar el carácter irretroactivo de la jurisprudencia en lo que respecta, v. gr. al efecto liberatorio del pago efectuado de acuerdo a la orientación jurisprudencial vigente (cons. YMAZ, "El efecto liberatorio del pago", cit., loc. cit., p. 157 y sigtes.; C.S.N., fallos cit., sub nota 75).

La generalización de esta teoría es inasostenible, ya que no puede comprender en su concepción situaciones donde no exista una prestación admitida; v. gr.: el despido sin indemnización del obrero de la industria, la venta del automóvil prendado, etc. En tales casos no se puede hablar de un derecho adquirido a ser juzgado por determinada jurisprudencia; el patrono y el vendedor actúan conforme un determinado orden tribunalicio que les confirma que su actuación es valiosa, pero no adquieren ningún derecho; la prueba de esta afirmación está dada por el primer caso en que se aplica la nueva jurisprudencia que se encontrará en franca desigualdad con los actos contemporáneos similares.

⁵⁶ YMAZ, "El efecto liberatorio del pago", cit. loc. cit., p. 173, deduce un argumento fundado en la apreciación de las conductas valiosas o disvaliosas para el fenómeno jurídico "Es así, dice, como respecto del problema que nos ocupa, cabe afirmar que la actitud de los empleados que, después de un lapso cualquiera y a raíz de un cambio de la jurisprudencia, objetan el cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador, es dudosamente valiosa", lo cual es un argumento demasiado casuista y que deja en pie el problema, porque si es más valiosa la conducta del patrono que ajusta su actuar a un estado de conciencia jurídica o del vendedor del automóvil prendado, que lo enajena, que la conducta del obrero despedido o del acreedor prendario que aprovechan un cambio de la jurisprudencia para modificar su anterior actitud pasiva, no es menos cierto que si las valoraciones colectivas son acusadas por los jueces a través de su sensibilidad del fenómeno jurídico después de una lenta recepción de la modificación que el sentido jurídico de la comunidad imprime a la norma, ello solamente significa que el patrono o el vendedor tenían conciencia que estaban realizando un acto que la comunidad repudiaba y solamente aprovechaban un estado de desacuerdo entre la jurisprudencia imperante y la valoración de la comunidad. Es el caso del patrono que despedía impunemente al "obrero de la industria", aprovechando un estado de jurisprudencia que no coincidía con las valoraciones colectivas vigentes pero que todavía no se habían consagrado por una "jurisprudencia local".

⁵⁷ V. en general, APTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, Introducción cit., p. 358 y sigtes.

este esquema, sin advertir los peligros del culto de la jurisprudencia, aspecto negativo que tiene particular importancia para no recaer, después del culto idólatrico de la ley, en la adoración fetichista de la jurisprudencia.²⁸

Esta posición de injustificado corte hedonista, lleva hacia un estado de estancamiento o de involución, negativo del progreso del derecho: la jurisprudencia no da una receta infalible para resolver todos los casos, ni compendia todo el Derecho:²⁹ se ha

²⁸ Quienes han tratado el tema de la jurisprudencia con objetividad y desapasionadamente han advertido este peligro. REICHEL, citando a BURCKHARDT, "La ley y la sentencia", cit., p. 130, nota 3, dice que el culto al precedente es el primer paso para la corrupción; CARDOZO, "La naturaleza de la función judicial", cit., p. 10, refiriéndose a la regla stare decisis el quito non movere del derecho anglosamericano, se pesimista en cuanto a su influjo en el desarrollo del derecho, agregando que "si eso fuera todo lo que hay en nuestra profesión habría muy poco interés intelectual a su respecto; el hombre que tuviera el mejor fichero de casos sería también el juez más sabio"; en el mismo sentido, GORPHE, "Las resoluciones judiciales", cit., p. 103; "Excelentes prácticos alemanes han señalado también el peligro de ese culto excesivo por la jurisprudencia que, facilitado por las abundantes y numerosas colecciones de sentencias se convierte en verdadera caza de los precedentes que desvía el espíritu de los jueces de las fuerzas profundas de la justicia", y en p. 141: "Copiar los precedentes constituye un trabajo servil, indigno de la justicia..."; v. CARNELUTTI, "Jurisprudencia consolidada (o bien de la comodidad del juzgar)", cit. en "Cuestiones", cit., p. 303, en su irónica alusión al massimorá; v. también, BIELSA, "Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia", cit. en Rev. cit., p. 397; id. "La abogacía", cit., p. 319; "Si todo asunto jurídico se plantea de acuerdo con la jurisprudencia, si todo se ve a través del prisma jurisprudencial, por luminoso que sea, se crea una especie de cuerpo jurídico de corte pragmático y se pierde de vista el cuadro general del derecho; se olvida el lineamiento total del sistema. Porque por sabia y nutrida que sea la jurisprudencia en cada rama del derecho, los tribunales no han resuelto, como se comprende, todos los casos posibles"; LAUDER, "Concepto, función y técnica de la jurisprudencia", cit. en La Ley, t. 37, p. 311.

²⁹ Se ha declarado que "los precedentes judiciales solamente tienen un valor relativo y su aplicación automática no puede ser preconizada si con ello se deja de lado la realidad social y económica del momento" (Cám. Civ. 2º, C. Fed., 3-III-1947, La Ley, t. 43, p. 697; también en Jurisprudencia Argentina, 947-I, p. 376); "los precedentes jurisprudenciales, valiosos para juzgar situaciones análogas, pueden y deben ser objeto de debida valoración cuando la aplicación matemática de su doctrina puede conducir a soluciones injustas e impropias de las circunstancias del caso" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 22-V-1964, Jurisprudencia Argentina, 994-V, p. 148); y finalmente, la Sup. Corte de B. Aires ha declarado que: "Los ejemplos jurisprudenciales, por el necesario condicionamiento casuístico que tiene cada sentencia, llevan consigo el peligro de seducir al juzgador y de arrastrarlo, por el camino de la analogía, hacia conclusiones no siempre compatibles con los detalles que en cada caso, disminuyen la identidad y engendran sensibles diferencias entre los litigios exteriormente más parecidos" (Sup. Corte B. Aires, 3-XI-1947, Jurisprudencia Argentina, 328-III, p. 123), cons. CSN., 11-VI-1953, Fallos, tomo 226, página 33 (también en La Ley,

llegado a hablar así, del carácter a-científico de la jurisprudencia, en el sentido de la eliminación del elemento sistemático que determina el carácter científico de una rama del saber humano; otros señalan su carácter contingente y casuístico, a lo cual se agrega su notoria ineficacia para lograr resultados concretos y tangibles, y finalmente se acota que la jurisprudencia es el paellón que encubre toda clase de mercancía, incluso la ilícita.⁸⁴

A pesar de esta crítica severa, la Jurisprudencia continúa siendo insupresible instrumento de investigación como forma de manifestación del derecho procesal.⁸⁵

t. VI, p. 624, y en Jurisprudencia Argentina, 953-III, p. 349); Cám. Cap. Fed., 27-VII-1949, La Ley, t. 57, p. 561 (también en Jurisprudencia Argentina, 949-IV, p. 8); Id. 13-X-1949, La Ley, t. 57, p. 564, etc.

⁸⁴ Un humorista italiano se refiere a la Jurisprudencia como vieja prostituta que cargada de años y de adules reparte su sonrisas dando quiera que haya barbilindos abogados y barbados jueces, mantenida por solemnísimos magistrados.

⁸⁵ Los juristas latino-americanos se han referido repetidamente a "deus monitus de pensar", según se trate del juez latino-americano del derecho escrito o del juez angloamericano del common law (v. AFTALION, GARCIA OLANO y VELANOVA, Introducción cit., p. 287 y siguientes; GÖTHEL y VILANOVA, "Los dos sistemas jurídicos", en La Ley, t. 48, p. 881 y agtes.; MANKIEWICZ, "El papel de la jurisprudencia y la actitud del juez en los países de common law y en los países de derecho escrito" en Les Cahiers du Droit, París, Nº 33, Nov.-Dic., 1954, p. 12, etc.), pero en realidad no existe sino una manera escamética de pensar el derecho. Es indudable que para el jurista de los países del common law, el precedente judicial tiene una gran importancia, una importancia fundamental (CARDOZO, "Naturaleza de la función judicial", cit.; FUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del derecho", cit.; BECERA, "Magistratura y Justicia", cit., p. 108 y agtes.; CUETO RUA, "El common law", B. Aires, 1957; TEDESCHI, "El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo", en La Ley, t. 43, p. 508, etc.), pero numerosos autores angloamericanos han señalado la tendencia a separarse combatiivamente del fetichismo de la jurisprudencia (c. CATLETT, "Desarrollo de la doctrina de las stare decisis y extensión en que ella debe ser aplicada", en Washington Law Review and State Bar Journal, Seattle, Washington, vol. XXI, Nº 3, Julio 1946, p. 138; SUMNER LOBINGER, "Los precedentes en los sistemas legales pasados y presentes", en Michigan Law Review, Ann Arbor, Michigan, vol. 44, Nº 6, Junio 1946, p. 938; DOUGLAS, "Stare decisis", en Columbia Law Review, N. York, vol. 19, Nº 6, Junio 1949, p. 735, etc.), señalándose el positivo aporte que significó para el progreso del derecho las llamadas opiniones de los grandes disidentes. Por otra parte, el reconocimiento pragmático de los jueces angloamericanos, aunque respetan el principio fundamental del stare decisis et quia non nocere como significativo de la adhesión al precedente (binding precedent o precedente obligatorio), han elaborado una técnica jurisprudencial mediante la cual, el juez puede apartarse del binding precedent en casos excepcionales (over-ruling), juzgando directamente como si el precedente no existiera o más sutilmente, introduciendo hábiles distinciones que justifican su separación del precedente (distinguishing). Véase: DA CUNHA, "Jurisprudencia y case law", en La Ley, t. 47, p. 885 y agtes.).