

EL DERECHO COMUN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE BUENOS AIRES EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

ABELARDO LEVAGGI
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCION

La época de la codificación es considerada como aquella en la cual se produjo la ruptura con el derecho tradicional, en crisis desde el tiempo de la Ilustración. Esa ruptura, según los casos, fue solamente formal, o sea limitada a la figura o aspecto externo del derecho, o además sustancial, por haber afectado con mayor o menor intensidad a la materia jurídica misma, a las instituciones. La bibliografía que hay sobre el tema se extiende en consideraciones a ese respecto.¹

También fue estudiada la influencia del derecho romano en la redacción de los principales códigos latinoamericanos. En la Argentina ese estudio fue hecho con relación a Vélez Sarsfield y a su Código Civil,² no así en lo que concierne a los demás códigos, entre ellos el penal y los de procedimientos. Es ésta una tarea que está por realizarse.

El objetivo de la presente investigación es dilucidar cómo el cambio legislativo repercutió en la jurisprudencia de los tribunales superiores en orden a la influencia del derecho común. La codificación, ¿lo desplazó por completo de la jurisprudencia o no fue óbice para que el derecho común mantuviese alguna presencia en el momento en que los jueces debían aplicar el derecho nuevo? Y si así fue, ¿cuál fue esa presencia?

Para dar respuesta a esas incógnitas analicé los fallos de dos de los principales tribunales superiores de Buenos Aires de esa época: la Corte Suprema de Justicia Nacional y la Cámara de Apelaciones de la Capital, desde su instalación hasta 1900. Además de coincidir el período elegido con el proceso codificador, debe tenerse presente que durante su transcurso, desde 1863, la Universidad de Buenos Aires impartió la enseñanza del derecho romano, que desde su fundación en 1821 había estado ausente del plan de estudio de jurisprudencia. En virtud del plan de estudio de 1875 dicha enseñanza pasa a abarcar dos cursos.³

¹ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, I Santiago, 1982; ID., *La codificación del derecho*, en *Revista de Derecho*, VIII, Valparaíso, 1984, 11-30; ID., *Crítica al derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX*, en *Index*, 14, Napoli, 1986, 129-146; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; y TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977.

² DIAZ BIALET, Agustín, *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield*, 3 vols., Córdoba, 1949-1952; ELGUERA B., Eduardo, *Influencia del derecho romano en el Código Civil argentino*, en *Studi in Onore di V. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1952, 405 ss.; GONZALEZ DE CANCINO, Emilissen, *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina*, en *Index*,

14, Napoli, 1986, 147-165; HANISCH ESPINDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, Santiago, 1983; y SCHIPANI, Sandro, *Nota introductiva y Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas*, en *Studi Sassaresi*, V, Milano, 1981, VII-XXXV y 589-607; y *Del derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de A. Bello*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VI, Valparaíso, 1981, 165-185.

³ CUTOLO, Vicente Osvaldo, *Orígenes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires (1821-1873)*, 390. Tesis doctoral inédita presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1969; ELGUERA, Eduardo B., *La enseñanza del derecho romano en la Universidad de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 13, Buenos Aires, 1962, 60-86; y PESTALARDO, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1914, 89.

Puede hablarse, pues, con referencia a la segunda mitad del siglo XIX, de un doble y contrario movimiento: la codificación, acontecimiento fundamental en la historia del derecho, que marcó el tránsito de la jurisprudencia tradicional a la moderna, con su nuevo concepto del derecho y del papel del juez en su aplicación; y el restablecimiento del prestigio del derecho romano como materia de estudio en la universidad, y su probable gravitación, a partir de ese conocimiento, en la mentalidad y la actividad de los juristas.⁴

II. EL DERECHO ROMANO EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Los primeros profesores de derecho romano fueron Ezequiel Pereyra, como titular, y Aurelio Prado y Rojas, como suplente; pero los primeros testimonios escritos de la actividad de la cátedra fueron nueve años posteriores, cuando a su frente estaba Vicente Fidel López, empeñado en la renovación de la enseñanza. Para López el derecho romano, "el más vasto de los monumentos de la ciencia jurídica", seguía siendo útil y admirable para el estudio, si bien lo concebía limitado a la filosofía que lo presidía, autora de "fórmulas prácticas, reglas abstractas y generales, en cuyo sentido civil y moral se contienen todas las grandes verdades que deciden de la justicia y de la razón de todas las leyes".⁵

El maestro Pedro Goyena, su sucesor, no dejó obra escrita sobre la materia, pero sí una huella imborrable en el espíritu de sus discípulos.⁶ A su muerte dictaron ambos cursos Carlos Marengo, y Calixto de la Torre y Enrique S. Quintana, que tampoco publicaron nada. Sí, en cambio, lo hizo el reemplazante de Quintana, Raimundo Wilmart de Glymes.

Wilmart, siendo aún profesor suplente, dio a luz en 1895 sus "Elementos de historia del derecho romano", repitiendo que "el derecho romano es la razón escrita y que sin él no se puede llegar a las cumbres de la ciencia jurídica".⁷ Ya como profesor titular publicó los "Estudios de derecho romano", en cuyo prefacio asentó que "el derecho romano abre al pensador, al estadista, al ciudadano esclarecido vastas perspectivas, y salva a los legistas de una descolorida rutina, en la que tan fácilmente caen abogados, jueces, profesores o comentaristas, cuando se contentan con el estrecho horizonte que media entre la fecha del código que aplican y la del momento en que hablan o escriben".⁸

A su vez, a Marengo lo reemplazó en 1897 Osvaldo Magnasco, cuyas lecciones aparecieron en versión taquigráfica, y según las cuales relacionaba el derecho romano con el Código Civil. Los principios fundamentales en que los jurisconsultos romanos habían sentado la materia de las personas —decía, por ejemplo— "subsisten cada vez más vigorosos" y el Código "nada ha innovado al respecto".⁹

⁴ Si bien es cierto que el derecho romano no se había enseñado en el Departamento de Jurisprudencia desde que abrió sus puertas en 1822, no lo es menos que, sobre todo a partir del momento en que Rafael Casagemas se hizo cargo de la cátedra de derecho civil, en 1832, y adoptó como texto las "Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias" de José María Álvarez, pero también mediante las lecciones de derecho natural y de gentes, impartidas durante muchos años por el mismo Casagemas, los estudiantes de leyes estuvieron en contacto con el derecho romano. Por otra parte, existía la cátedra de derecho canónico. LEVAGGI, A., *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, X, Valparaíso, 1985, 145-158.

⁵ *Curso de derecho romano*, I, Buenos Aires, 1872, 6 y 7.

⁶ ELGUERA, *op. cit.* en la nota 3, 66-69. Dice de él que fue "un gran maestro, cuya enseñanza por su forma y su gravitación sobre los alumnos no ha sido superada y cuyo contenido técnico era el que podía exigirse a hombres que a la vez luchaban en la vida pública, batallaban en la prensa y bregaban en el foro".

⁷ Buenos Aires, 1895, 2.

⁸ Buenos Aires, 1901, 3 y 4.

⁹ MAGNASCO, Osvaldo, *Lecciones de derecho romano*. Tomadas taquigráficamente de las conferencias del catedrático de la materia en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Dr. ... por Alcides V. Calandrelli, I, Buenos Aires, 1898, 3.

Por entonces, y desde 1892, era profesor suplente Ernesto J. Weigel Muñoz. En una conferencia posterior, dictada cuando alcanzó la titularidad, puede estimarse el valor que le asignaba a la enseñanza. “Apreciaréis la utilidad del estudio del derecho romano —les decía a sus alumnos—, en sus reglas fundamentales que veréis más tarde reproducidas en la mayor parte de las disposiciones de nuestro Código Civil; y sobre todo en el origen, objeto y sentido de cada género de preceptos”.¹⁰

Carlos Iburguren, incorporado a la cátedra en 1901, y luego sucesor de Wilmart, insistiría en que “nuestra materia es fundamental para la educación jurídica, porque es fuente eterna de derecho”. De las Institutas y el Digesto “extraeremos los principios sustanciales que han servido de base a las actuales legislaciones”.¹¹

Como puede advertirse, a través de los conceptos expuestos por quienes tuvieron la responsabilidad de dar a conocer el derecho romano a los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires, sus lecciones se orientaron, en términos generales, hacia las reglas o principios fundamentales, y su relación con el Código Civil. Era el mayor valor que se le atribuía, y con ese criterio se lo usaba. Entre los docentes hubo un juez federal y luego ministro de la Corte Suprema, Calixto de la Torre, y un fiscal de cámara, Carlos Marengo, aunque no fueron ellos, precisamente, quienes descollaron en la cátedra, absorbidos como estuvieron por la actividad forense.

III. METODO DE INVESTIGACION

Las fuentes de la investigación fueron los fallos de la Corte Suprema, desde que ésta comenzó a funcionar en 1864 hasta 1899 inclusive, y que ocupan los primeros ochenta y tres tomos de la colección “Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional” (en adelante: CSJN), Buenos Aires, 1864-1902; y los de la Cámara de Apelaciones de la Capital, desde su instalación en 1882 hasta 1899, publicados en los primeros ciento dieciocho tomos de la colección “Jurisprudencia civil. Fallos y disposiciones de la Exma. Cámara de Apelaciones de la Capital” (en adelante: CAC), Buenos Aires, 1888-1901.

El criterio que adopté y seguí para el análisis fue ceñirme a la relación que pude comprobar entre el derecho común y las respectivas decisiones de los tribunales. Así fue como sólo acepté como datos las citas inequívocas de ese derecho, tanto de textos legales como de autores, y en latín o en castellano. Deseché, en cambio, las expresiones ambiguas, atribuibles también a fuentes más recientes (p. ej., los códigos que las receptaron), y los textos o palabras carentes de valor decisorio para la mayoría o la minoría del tribunal.

Por otra parte, descarté como material de estudio a otras piezas forenses publicadas en esas colecciones, pero que no constituían sentencias de los tribunales superiores (sentencias de instancias inferiores, vistas fiscales, dictámenes). Las excepciones fueron las sentencias de tribunales inferiores confirmadas por sus fundamentos, y las vistas del procurador general de la Nación y el fiscal de la cámara, cuando los tribunales superiores fallaban según sus opiniones o argumentos, porque en ambos casos se elevaron a la categoría de decisiones suyas.

¹⁰ *Importancia del estudio del derecho romano. Conferencia inaugural del curso de 1910*, Buenos Aires, 1910, 8.

¹¹ *Conferencia inaugural del curso de derecho romano*, 122 y 125, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año XXII, t. I, Buenos Aires, 1905.

Muchas veces, por lo tanto, las citas del derecho común no fueron hechas directamente por los tribunales superiores sino en forma indirecta. Esa circunstancia quedará debidamente aclarada.

La información la clasifiqué y dividí en dos períodos para afinar el análisis y sacar conclusiones particulares sobre los primeros y últimos años de las respectivas series.

IV. DATOS OBTENIDOS

Cuadro 1
CSJN 1864/1879 (12 tomos)
Número de piezas con citas del
derecho común

fallos de la Corte	34
fallos de los jueces de sección confirmados por sus fundamentos:	
Juan C. Albarracín	1
Ramón Febre	1
Carlos Luna	1
Juan Palma	1
Joaquín Quiroga	2
Calixto S. de la Torre ¹²	1
Agustín Justo de la Vega Villanueva	1
Manuel Zavaleta	3
Fenelón Zuviría	3
José M. Zuviría	1
vistas del procurador Francisco Pico, a cuyos fundamentos se remitió la Corte	2
total	52

Cuadro 2
CSJN 1880/1899 (71 tomos)
Número de piezas con citas de derecho común

fallos de la Corte	9
votos en disidencia de los ministros:	
Abel Bazán	2
Saturnino M. Laspiur	1
Juan E. Torrent	1
fallos de los jueces de sección confirmados por sus fundamentos:	
Mariano S. de Aurrecoechea	1
Nicolás M. Berrotarán	1
Juan del Campillo	1
G. Escalera y Zuviría	1
Rafael García	2
Daniel Goytía	2
Federico Ibarguren	1
Adolfo I. Igarzábal	1
J.V. Lalanne	1
José O. Machado	1
P. Olaechea y Alcorta	1

¹² Profesor de derecho romano.

Virgilio M. Tedín	7
M. de Tezanos Pinto	1
Calixto S. de la Torre ¹³	
José M. Valdez	1
Benigno Vallejo	1
Fenelón Zuviría	1
vista del procurador <i>ad hoc</i> Pedro Goyena, ¹⁴ a cuyos fundamentos se remitió la Corte	1
total	40

Cuadro 3
CAC 1884/1889 (19 tomos)
Número de piezas con citas del derecho común

votos de:	
Abel Bazán	14
Octavio Bunge	1
Jorge Damianoviche	4
Alejo B. González	5
Federico Ibareguren	2
Carlos Molina Arrotea	1
Amancio Pardo	1
Filemón Posse	2
Luis A. Sauze	1
Salustiano J. Zavallía	3
resoluciones sin distinción de votos	5
vista del fiscal Gerónimo Cortés a cuyos fundamentos se remitió la Cámara	1
total	40

Cuadro 4
CAC 1890/1899 (99 tomos)
Número de piezas con citas del derecho común

votos de:	
Martín Bustos	2
Delfín B. Díaz	27
Miguel Esteves	1
Juan A. García	1
Julián Gelly	21
Emilio Giménez	18
Nicanor González del Solar	13
L. López Cabanillas	1
Carlos Molina Arrotea	37
Luis A. Sauze	3
Felipe Yofre	1
resolución sin distinción de votos	1
fallos de los jueces de primera instancia confirmados por sus fundamentos:	
Alberto Centeno	11
Angel Garay	2

¹³ Profesor de derecho romano.

¹⁴ Profesor de derecho romano.

Emilio Giménez	1
Luis Méndez Paz	2
Angel S. Pizarro	1
Luis Ponce y Gómez	1
Luis F. Posse	1
Benjamín Williams.....	2
vistas de los fiscales, a cuyos fundamentos se remitió la Cámara:	
Gerónimo Cortés	1
Carlos L. Marengo ¹⁵	2
Ange S. Pizarro	1
Lisandro Segovia.....	1
total	152

Cuadro 5
CSJN 1864/1899 (83 tomos)
CAC 1884/1899 (118 tomos)
Número de autores del derecho común citados

	CSJN	CAC	total
Gregorio López.....	8 ¹⁶	11 ¹⁷	19
Antonio Gómez	2 ¹⁸	4 ¹⁹	6
Arnoldo Vinnio.....	-	2 ²⁰	2
Baldo.....	1 ²¹	-	1
Juan Castillo Sotomayor	-	1 ²²	1
Jacobo Cujas.....	-	1 ²³	1
Próspero Farinacio.....	1 ²⁴	-	1
Johannes Voet.....	1 ²⁵	-	1

Cuadro 6
CSJN 1864/1899 (83 tomos)
CAC 1884/1899 (118 tomos)
Número de reglas del derecho común citadas

	CSJN	CAC	total
“Reus in excipiendo fit actor”	4 ²⁶	31 ²⁷	35
“Res inter alios acta alteri nec nocet nec prodest”	11 ²⁸	13 ²⁹	24

¹⁵ Profesor de derecho romano.

¹⁶ CSJN, II, 153-4; III, 463; VI, 213-4; XII, 33; XVI, 213 y 214; XXIV, 481; XXX, 456; XXXII, 272 y 275; y XLVIII, 553.

¹⁷ CAC, serie 1ª, I, 160, 417 y 609; 2ª, II, 462 y 464; 3ª, IV, 429; 4ª, XI, 317; XV, 413 y 419; 5ª, III, 34; XVII, 48; y LXXXIX, 235 (22 mayo 1897).

¹⁸ CSJN, VI, 214; y XXXII, 272 y 275.

¹⁹ CAC, 1ª, I, 417 y 583; 2ª, VI, 183; y 6ª, II, 374 y 376.

²⁰ CAC, 1ª, I, 583; y 4ª, II, 278.

²¹ CSJN, III, 463.

²² CAC, 1ª, I, 412.

²³ CAC, 6ª, II, 374-5.

²⁴ CSJN, XVI, 244 y 246.

²⁵ CSJN, XIV, 117.

²⁶ CSJN, IX, 404; XXV, 213 y 215; XXVI, 92; y XXXVII, 157 y 158.

²⁷ CAC, 1ª, IV, 582; 3ª, IV, 88; VI, 385; 4ª, I, 297; III, 289; IV, 38; VIII, 363; X, 24; XII, 34 y 35; XV, 59 y 273; 5ª, I, 331; VII, 268; XVII, 357 y 358; LXIX, 255 (20 dic. 1894); 6ª, IV, 373; V, 121 y 206; IX, 410 y 411; XI, 69; XII, 361; XIII, 427 y 428, y 429 y 430; XV, 59 y 60; XVII, 196; XCI, 14 y 15 (30 jun. 1897); XCVIII, 284 y 285 (14 dic. 1897); CII, 58 (26 mayo 1898), y 130 y 132 (17 mayo 1898); y CIV, 99 y 100.

²⁸ CSJN, I, 220; V, 208; XII, 356 y 357; XXV, 56 y 57, y 341 y 344; XXVII, 89 y 94; LVI, 161 y 162; LXII, 71; LXIV, 29 y 31, y 206 y 207; y LXXVI, 381.

²⁹ CAC, 1ª, VI, 133 y 136, y 317; VIII, 545; IX, 382; 2ª, IX, 361; 5ª, II, 292; 6ª, XV, 276; XC, 189 (12 jun. 1897); XCVIII, 183 (23 dic. 1897), y 355 y 356 (21 dic. 1897); CXIV, 382 y 383; CXVI, 46; y CXVIII, 319.

“Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”	2 ³⁰	12 ³¹	14
“Actore non probante, reus est absolvendo y “onus probandi incumbit actori (o incumbit qui dixit non qui negat)”	6 ³²	6 ³³	12
“Dura lex sed lex”	-	7 ³⁴	7
“Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admittit voluntatis quaestio” y “ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationi”	-	7 ³⁵	7
“Ubi eadem est ratio, eadem debet esse juris dispositio” y “ub ratio, ubi lex”	-	7 ³⁶	7
“Nemo sibi causa possessionis mutare potest” y “tal como la posesión comenzó, tal continúa siempre mientras no se cree un nuevo título de adquisición”	6 ³⁷	-	6
“Alterum non laedere”; “nemo cum alterius damno locupletior fieri debet” y “non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri”	1 ³⁸	4 ³⁹	5
“Damnun non facit, qui jure suo utitur” y “qui jure suo utitur, nemine laedit”	-	5 ⁴⁰	5
“Quod semel placuit, postea displicere nequit”	-	5 ⁴¹	5
“Secundum allegata et probata, iudex judicare debet” y “sententia debet esse conformis libello”	-	5 ⁴²	5
“Sua cuique culpa nocet”	1 ^{42 bis}	4 ^{42 ter}	5
“Confessio dividi non debet”	1 ⁴³	3 ⁴⁴	4
“Confessus pro judicato habetur”	1 ⁴⁵	3 ⁴⁶	4
“Dolus non praesumitur”	2 ⁴⁷	2 ⁴⁸	4
“Odia restringi et favores convenit ampliari”	-	4 ⁴⁹	4
“Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio”	4 ⁵⁰	-	4
“Contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur”	1 ⁵¹	2 ⁵²	3
“In cui cirto loco dare permittit, nullo alio loco, quam in quo promissit, solvere invito stipulatore potest”	3 ⁵³	-	3
“Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus”	3 ⁵⁴	-	3
“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” y “nemo fraus sua vel dolus patrocinari debet”	-	3 ⁵⁵	3

³⁰ CSJN, X, 357; y LXXIX, 239 y 240.

³¹ CAC, 1^a, IX, 303 y 325; 4^a, XIII, 188; 5^a, III, 210; V, 209; XVI, 234; LXIX, 11 (1 dic. 1894); 6^a, I, 235; IV, 202; XVI, 72; XC, 419 (26 jun. 1897); y CIII, 60 (16 jun. 1898).

³² CSJN, VIII, 413 y 414; XII, 264 y 265; XIV, 180 y 181; XXI, 372 y 373; y XXXIV, 106 y 113.

³³ CAC, 2^a, III, 91; 4^a, V, 250; 5^a, VII, 365; XIII, 389; XVII, 414; CV, 22; y CXVII, 266 (31 dic. 1897).

³⁴ CAC, 5^a, XVI, 229; XIX, 354; 6^a, VI, 368; XIV, 366; y CIII, 52 y 59.

³⁵ CAC, 1^a, VII, 116; 3^a, III, 121; 5^a, IX, 112; 6^a, XVI, 67; y CIII, 51.

³⁶ CAC, 1^a, VIII, 514; 2^a, VI, 446; 4^a, VII, 274; X, 289; 5^a, IX, 160; XII, 192; y XCIX, 330 (15 marzo 1898).

³⁷ CSJN, V, 255; XIX, 39; XXX, 252-3 y 257; y LXXIX, 449.

³⁸ CSJN, XII, 283 y 285.

³⁹ CAC, 3^a, VII, 434; 4^a, XIV, 370; 5^a, III, 412; y IX, 428.

⁴⁰ CAC, 2^a, I, 203; 6^a, II, 17; IV, 349; X, 278; y CI, 359 (12 mayo 1898).

⁴¹ CAC, 1^a, I, 9; IV, 427; VI, 601; VII, 270; y 2^a,

III, 56.

⁴² CAC, 4^a, XIII, 427; 5^a, III, 30; 6^a, IX, 174; y CV, 99.

^{42 bis} CSJN, LXIV, 28 y 31.

^{42 ter} CAC, 3^a, II, 11; X, 310; 5^a, VI, 171 y 178; y CX, 188.

⁴³ CSJN, III, 220.

⁴⁴ CAC, 4^a, VI, 369; 5^a, VII, 60; y XCVI, 243 (4 nov. 1897).

⁴⁵ CSJN, III, 391 y 396.

⁴⁶ CAC, 4^a, XIV, 232; y LXXXIX, 139 (20 mayo 1897).

⁴⁷ CSJN, XXX, 609; y LIV, 171.

⁴⁸ CAC, 4^a, XIII, 397; y 6^a, I, 135.

⁴⁹ CAC, 2^a, X, 21; 5^a, XVII, 265; 6^a, XVI, 292; y C, 241 (31 marzo 1898).

⁵⁰ CSJN, VIII, 230 y 439; XXII, 271 y 272; y XXIII, 612 y 617.

⁵¹ CSJN, IX, 302.

⁵² CAC, 2^a, II, 69; y CIX, 426.

⁵³ CSJN, XXIII, 63 y 64, y 129.

⁵⁴ CSJN, IV, 472; X, 179; y XLII, 142.

⁵⁵ CAC, 1^a, VI, 601; 2^a, II, 230; y 6^a, X, 179.

“Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet” ..	-	3 ⁵⁶	3
“Ratihabitio mandato aequiparatur”	-	3 ^{56 bis}	3
“Resolutio juris concedentis resolvitur jus concessum”	-	3 ⁵⁷	3
“Testis unus, testis nullus”	-	3 ⁵⁸	3
“Res judicata pro veritate accipitur”	-	3 ⁵⁹	3
“In re obscura melius est favere repetitione, quam adventicio lucro”	3 ⁶⁰	-	3
“Culpa lata, dolo aequiparatur” y “magna culpa dolus est”	2 ⁶¹	-	2
“Extra territorium jus dicendi impune non paretur”	2 ⁶²	-	2
“Generalia generaliter intelligenda sunt”	-	2 ⁶³	2
“Inclusio unius alterius est exclusio”	2 ⁶⁴	-	2
“Lite pendente nihil innovetur; omnia in suo statu esse debent donec res finiatur”	2 ⁶⁵	-	2
“Locus regit actum”	2 ⁶⁶	-	2
“Non debet aliquis verba considerare sed voluntatem et intentionem, quia non debet intentio verbis deservire”	-	2 ⁶⁷	2
“Non originem iudicii spectandam, sed ipsum iudicati velut obligationem”	1 ⁶⁸	1 ⁶⁹	2
“Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur”	2 ⁷⁰	-	2
“Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem”	1 ⁷¹	1 ⁷²	2
“Utilius autem est absolvi innocentem, quam nocentem causam non dicere” y “si innocentes accusatus sit absolvi potest; nocens, nisi accusit fuerit codemnari non potest”	-	2 ⁷³	2
“Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit, nocere, in quantum fuit potestate legem apertius conscribere”	-	2 ⁷⁴	2
“Actiones quo tempore pereunt semel inclusae iudicio salvae permanent”	1 ⁷⁵	-	1
“Al exigir el cumplimiento de los contratos se debe atender y seguir la mente que guió a los contratantes en el momento de celebrarlos”	1 ⁷⁶	-	1
“El mandatario debe ser penado por los daños que le resultaren al mandante a causa de su incumplimiento”	1 ⁷⁷	-	1
“El uso privado de la fuerza sólo es permitido para resistir un ataque actual y violento, o recuperar la posesión cuando no ha mediado intervalo”	1 ⁷⁸	-	1
“En los casos dudosos la obligación se debe reducir a su menor término”	1 ⁷⁹	-	1
“Exceptio a regula firmat regulam maliis”	1 ⁸⁰	-	1

⁵⁶ CAC, 3^a, IV, 403; y 4^a, I, 25.

^{56 bis} CAC, 4^a, IX, 346; XIV, 215; y CXVII, 123.

⁵⁷ *Ibidem*, nota 56.

⁵⁸ CAC, 1^a, II, 108; 3^a, I, 279; y CXVI, 431.

⁵⁹ CAC, 5^a, I, 28; XLIX, 271 (20 dic. 1894); y

CV, 421.

⁶⁰ CSJN, XXV, 382 y 383; LXIV, 29 y 31; y CIII, 50 (16 jun. 1898).

⁶¹ CSJN, XII, 203 y 205; y XLVIII, 490 y 491.

⁶² CSJN, VII, 268; y VIII, 59.

⁶³ CAC, 6^a, IV, 202; y XIV, 328.

⁶⁴ CSJN, XXII, 115 y 116; y LIV, 597.

⁶⁵ CSJN, XXXVII, 328; y LXXII, 212.

⁶⁶ CSJN, VI, 65 y 66; y LXXVI, 322.

⁶⁷ CAC, 5^a, VIII, 373 y 377.

⁶⁸ CSJN, LIX, 313 y 314.

⁶⁹ CAC, 4^a, VIII, 299.

⁷⁰ CSJN, XVII, 383; y XXXII, 223 y 225.

⁷¹ CSJN, XXIII, 297 y 298.

⁷² CAC, 6^a, XVII, 367.

⁷³ CAC, 1^a, IV, 183; y 6^a, II, 262.

⁷⁴ CAC, 1^a, VII, 275; y 2^a, III, 35.

⁷⁵ CSJN, LIX, 312 y 314.

⁷⁶ CSJN, XV, 213 y 214.

⁷⁷ CSJN, XII, 297 y 298.

⁷⁸ CSJN, IV, 393.

⁷⁹ CSJN, III, 101.

⁸⁰ CSJN, XXII, 115 y 116.

“Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere”	1 ⁸¹	-	1
“Inter alios factam transactionem, absenti non posse facere praejudicium”	1 ⁸²	-	1
“Inter proximos fraus facile praesumitur”	1 ⁸³	-	1
“Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt”	1 ⁸⁴	-	1
“La ejecución de lo líquido no se perjudica por lo ilíquido de la deuda”	1 ⁸⁵	-	1
“La prioridad en el pago de las deudas pertenece a los procedimientos judiciales”	1 ⁸⁶	-	1
“Las acciones personales no están sujetas al forum rei sitae”	1 ⁸⁷	-	1
“Las excepciones no pueden crearse por inducción o extenderse por interpretación”	1 ⁸⁸	-	1
“Las presunciones favorables aprovechan al acusado”	1 ⁸⁹	-	1
“Legem contractus dedit”	1 ⁹⁰	-	1
“Los abogados están exentos de prisión por causa puramente civil”.	1 ⁹¹	-	1
“Los jueces no pueden aplicar retroactivamente una ley cuando de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”	1 ⁹²	-	1
“Los instrumentos públicos hacen plena fe entre las partes, aun de los hechos que sólo se han expresado en términos enumerativos, con tal que la enumeración tenga relación directa con el acto jurídico que forma su objeto principal”	1 ⁹³	-	1
“Melius est non habere titulum quam habere vitiosum”	1 ⁹⁴	-	1
“Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit”	1 ⁹⁵	-	1
“Nemo ex alterius facto praerogari debet”	1 ⁹⁶	-	1
“Nemo regulariter tenetur de casu fortuito”	1 ⁹⁷	-	1
“Nihil volitum nisi qui prius praecognitum”	1 ⁹⁸	-	1
“No deben interpretarse extensivamente las leyes penales en perjuicio del acusado”	1 ⁹⁹	-	1
“Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est	1 ¹⁰⁰	-	1
“Plurium in solidum dominium esse non posse”	1 ¹⁰¹	-	1
“Prohibetur accusare et complicitis qui agere destiterit”	1 ¹⁰²	-	1
“Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum”	1 ¹⁰³	-	1
“Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiat, quae rei gerendae aptior est”	1 ¹⁰⁴	-	1
“Satius est impunitum relinque facinus nocentis quam innocentem damnare”	1 ¹⁰⁵	-	1

⁸¹ CSJN, XII, 166.
⁸² CSJN, XXVII, 53 y 61.
⁸³ CSJN, XXIV, 465 y 466.
⁸⁴ CSJN, XXVI, 76 y 92.
⁸⁵ CSJN, VI, 427.
⁸⁶ CSJN, VI, 64-5 y 66.
⁸⁷ CSJN, XI, 86.
⁸⁸ CSJN, II, 29.
⁸⁹ CSJN, VI, 455.
⁹⁰ CSJN, XXIII, 62 y 64, y 127 y 129.
⁹¹ CSJN, VI, 457.
⁹² CSJN, X, 439.
⁹³ CSJN, X, 480.

⁹⁴ CSJN, V, 255.
⁹⁵ CSJN, XI, 207.
⁹⁶ CSJN, LXIV, 29 y 31.
⁹⁷ CSJN, XIV, 371 y 373.
⁹⁸ CSJN, LXX, 354.
⁹⁹ CSJN, VIII, 316.
¹⁰⁰ CSJN, XXXIV, 401 y 404.
¹⁰¹ CSJN, XXXII, 264.
¹⁰² CSJN, XLIII, 170 y 171.
¹⁰³ CSJN, XXV, 49 y 50.
¹⁰⁴ CSJN, XXIV, 205.
¹⁰⁵ CSJN, XII, 36.

“Se presume la buena fe en el poseedor si recibió la cosa de persona que tuvo el poder de enajenarla”	1 ¹⁰⁶	-	1
“Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur”	1 ¹⁰⁷	-	1
“Solum ex indiciis perspicuis probari convenit”	1 ¹⁰⁸	-	1
“Testibus vide licet quando in scriptas voluntas componitur sub notatione suam accomodantitas”	1 ¹⁰⁹	-	1
“Ubi est bona mens et intentio, ibi non potest esse falsitas”	1 ¹¹⁰	-	1
“Aedificium semper solo cedit”	-	1 ¹¹¹	1
“Beneficium non confortum invito”	-	1 ¹¹²	1
“Contra non valentem agere nulla currit praescriptio”	-	1 ¹¹³	1
“Culpa habent si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset”	-	1 ¹¹⁴	1
“Datio vel factum, certa lege”	-	1 ¹¹⁵	1
“Dicat testator et erit lex”	-	1 ¹¹⁶	1
“En las cosas que se hacen de nuevo se ha de catar el pro, antes que se mude lo antiguamente guardado”	-	1 ¹¹⁷	1
“Et si stipulatio sin interposita de his pro quibus pascisi non licet, servanda nos est, sed omnimodo rescindenda”	-	1 ¹¹⁸	1
“Favorabiliores rei potius, quam actores habentur”	-	1 ¹¹⁹	1
“Grande praejudicium adfert pro filio confessio patris”	-	1 ¹²⁰	1
“Haereditatis petitioni tamquam mixta triginta annis praescribetur”	-	1 ¹²¹	1
“Haeres censetur cum defuncto una eademque persona”	-	1 ¹²²	1
“In dubius, libertas”	-	1 ¹²³	1
“In pari causa melior est conditio possidentis”	-	1 ¹²⁴	1
“In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est”	-	1 ¹²⁵	1
“Invito beneficium non datur”	-	1 ¹²⁶	1
“La responsabilidad del fiador debe ser subsidiaria e indirecta”	-	1 ¹²⁷	1
“Lex interpretatione adjuvanda”	-	1 ¹²⁸	1
“Lex posterior derogat priori”	-	1 ¹²⁹	1
“Licet, ergo aliqua remaneant bona patris, si non sufficiant poteri agi actione reali”	-	1 ¹³⁰	1
“Litigatoris absentia, Dei praesentia repleatur”	-	1 ¹³¹	1
“Maxima spoliatus autem omnia restituendo”	-	1 ¹³²	1
“Neque non interpositis instrumentis, matrimonium irritum est, cum omissa quoque scriptura, caetera naptiarum indicia non sunt irrita”	-	1 ¹³³	1
“Negatio indefinita probari non potest”	-	1 ¹³⁴	1
“Nemine seius dolus prodest”	-	1 ¹³⁵	1

¹⁰⁶ CSJN, IV, 393.

¹⁰⁷ CSJN, XXIII, 297 y 298.

¹⁰⁸ CSJN, V, 138.

¹⁰⁹ CSJN, XV, 213 y 214.

¹¹⁰ CSJN, XII, 33.

¹¹¹ CAC, 1^a, VIII, 34.

¹¹² CAC, 4^a, X, 416.

¹¹³ CAC, 5^a, V, 69-70.

¹¹⁴ CAC, 3^a, VII, 299.

¹¹⁵ CAC, 4^a, X, 23.

¹¹⁶ CAC, CIII, 52.

¹¹⁷ CAC, 1^a, VI, 275.

¹¹⁸ CAC, 2^a, V, 573.

¹¹⁹ CAC, 6^a, VIII, 114.

¹²⁰ CAC, 5^a, XI, 172.

¹²¹ CAC, 2^a, IV, 383.

¹²² CAC, 2^a, III, 128.

¹²³ CAC, 1^a, VII, 275.

¹²⁴ CAC, 4^a, II, 312.

¹²⁵ CAC, 6^a, X, 118 y 124.

¹²⁶ CAC, 1^a, VIII, 20.

¹²⁷ CAC, 3^a, IV, 357.

¹²⁸ CAC, CIII, 59.

¹²⁹ CAC, 6^a, I, 233.

¹³⁰ CAC, 5^a, XII, 404.

¹³¹ CAC, 4^a, XIV, 226.

¹³² CAC, 4^a, XI, 339.

¹³³ CAC, 3^a, VIII, 395.

¹³⁴ CAC, XCVIII, 263-4.

¹³⁵ CAC, 1^a, IV, 427.

"Nemo jus ignorare censetur"	-	1 ¹³⁶	1
"Nocet ignorantia juris"	-	1 ¹³⁷	1
"Non videntur, qui errant, consentire"	-	1 ¹³⁸	1
"Pater vero is est quem nuptiae demonstram"	-	1 ¹³⁹	1
"Quae non est plena veritas est plena falsitas et quod non est plena probatio nulla est probatio"	-	1 ¹⁴⁰	1
"Quod contra legem fit, nullum est atque inutile"	-	1 ¹⁴¹	1
"Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et sucesoribus eorum abstat"	-	1 ¹⁴⁰	1
"Quod nullum est, nullum producit effectum"	-	1 ¹⁴¹	1
"Quod sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonialia intelliguntur"	-	1 ¹⁴²	1
"Quoties quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper, quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur"	-	1 ¹⁴³	1
"Si la filiación natural emana del derecho natural, su prueba debe adaptarse a la fuente de donde surgió el derecho: quod semper aequum ac bonum est"	-	1 ¹⁴⁴	1
"Sine modica creccicione nulla est jurisdictio"	-	1 ¹⁴⁵	1
"Sine pretio, nulla venditio est"	-	1 ¹⁴⁶	1
"Spoliatus ante omnia est restituendus"	-	1 ¹⁴⁷	1
"Summa lex, summa injuria"	-	1 ¹⁴⁸	1
"Traditionibus dominia rerum non nudis pactis transferentur"	-	1 ¹⁴⁹	1

V. CONCLUSIONES

El análisis e interpretación de los datos reunidos me permiten arribar a las siguientes conclusiones:

1) en las primeras décadas del período, es decir bajo la vigencia, todavía, del derecho precodificado (salvo en materia comercial), y en los primeros años de aplicación del Código Civil, el número de citas del derecho común fue proporcionalmente mayor que en las últimas décadas. Esa relación es manifiesta en los fallos de la Corte (cuadros 1 y 2). En los de la Cámara se descubre, asimismo, a poco que se considere que las cuarenta citas del cuadro 3 corresponden a sólo diecinueve tomos de sentencias, mientras que las ciento cincuenta y dos del cuadro 4 lo son a un número cinco veces superior de tomos: noventa y nueve, resultantes del aumento de la actividad del tribunal;

2) comparando los cuadros 1 y 2, se observa que en las primeras décadas la mayoría de las citas está hecha en fallos de la Corte, es decir, que fueron sus ministros quienes consultaron los preceptos del derecho común y los aplicaron, en tanto que en las postreras décadas la situación cambió, correspondiendo la mayoría de las citas a los fallos de los jueces de sección confirmados por sus fundamentos por la Corte, es decir, aplicados sólo indirectamente por ésta. Se infiere, pues, que hubo una retracción del alto tribunal en la utilización del derecho común. Esa retracción no existió, en cambio, por parte de la Cámara;

¹³⁶ CAC, 6^o, XII, 33.

¹³⁷ CAC, 6^o, XVI, 241.

¹³⁸ CAC, 1^o, IX, 290.

¹³⁹ CAC, CII, 320 y 325.

¹⁴⁰ CAC, 5^o, XVII, 414.

¹⁴¹ CAC, 5^o, XVIII, 49.

¹⁴² CAC, 6^o, X, 119 y 124.

¹⁴³ CAC, 4^o, XI, 364.

¹⁴⁴ CAC, 1^o, IV, 183.

¹⁴⁵ CAC, 6^o, IX, 213.

¹⁴⁶ CAC, 5^o, X, 175.

¹⁴⁷ CAC, 5^o, IV, 133.

¹⁴⁸ CAC, XCVI, 145 y 146.

¹⁴⁹ CAC, 3^o, VI, 361-2.

3) de los cuadros 3 y 4 se desprende que fueron algunos de los jueces de la Cámara quienes recurrieron con mayor frecuencia al derecho común. Se destacaron, en ese sentido, Carlos Molina Arrotea, Delfín B. Díaz, Julián Gelly, Emilio Giménez, Abel Bazán y Nicanor González del Solar, sin que se pueda establecer entre ellos un orden exacto desde el punto de vista cuantitativo, porque para eso hubiera sido necesario relacionar el número de citas con el número de votos emitidos por cada uno. Desde el punto de vista cualitativo, sí merecen destacarse las citas de Abel Bazán, quien pasó luego a integrar la Corte, donde contribuyó sin duda a mantener la influencia romanista; de Molina Arrotea, Giménez, González del Solar y Jorge Damianoviche, además de las eruditas vistas fiscales de Gerónimo Cortés. Como la Corte no publicaba sus acuerdos, y sólo hacía distinción de los votos en disidencia, no se pueden sacar a su respecto las mismas conclusiones;

4) el recurso más frecuente al derecho común en las primeras décadas puede explicarse por el hecho de que seguía vigente la jurisprudencia tradicional, sólo desplazada lentamente a medida que entraron en vigor los códigos (de Comercio en 1862, Civil en 1871, Penal en 1887), y además por la formación clásica de los magistrados más antiguos. Los más nuevos, en cambio, poco vinculados en su actividad forense con el derecho común, casi redujeron su contacto con el mismo al estudio del derecho romano en la universidad;

5) a medida que pasó el tiempo, y salvo excepciones, decayó la calidad científica de las sentencias de los tribunales superiores. Hasta fue superada muchas veces por las de los jueces de primera instancia. Para explicar lo sucedido caben a mi juicio dos hipótesis: una, el aumento incesante del número de causas que debían estudiar y resolver, y que los llevó a pronunciar fallos a menudo pobres de considerandos, y lacónicos y sentenciosos en su expresión; y dos, la formación intelectual de sus miembros, que se resintió cada vez más de la tradición, a la vez que se identificó con el positivismo legal entonces en auge;

6) un factor importante de la reducción de las citas del derecho común fue, a mi juicio, la jurisprudencia que generaron esos tribunales,¹⁵⁰ y que les sirvió cada vez más como fundamento de sus decisiones ulteriores. Una vez elaborada una doctrina, y decidido el tribunal a mantenerla, como sucedió casi siempre, le bastó con remitirse al fallo maestro para cumplir con la obligación de dar una sentencia fundada. Los motivos de aquellos primeros fallos, suministrados a veces por el derecho común, puede decirse que se renovaron tácitamente cada vez que el tribunal, y los jueces inferiores, se remitieron a ellos. Se desarrolló, pues, un proceso de recepción del derecho común por la jurisprudencia de los tribunales, semejante al que se había producido muy poco tiempo antes por parte de los códigos. En dichos casos, no puede decirse que hubiera desaparecido la influencia del derecho común, pero sí que dejó de ser directa para convertirse en indirecta, y quizá inconsciente. Determinar con precisión la medida de esa influencia en la jurisprudencia es una operación sutil, que no me propuse realizar;

7) así como hubo un aumento progresivo en la aplicación de la jurisprudencia propia, también lo hubo en la de la doctrina de los autores nacionales, especialmente de los comentaristas del Código Civil, y de los franceses, en derecho civil y comercial, en tanto que la doctrina norteamericana mantuvo su hegemonía en materia constitucional;

8) los cuadros 5 y 6 nos ilustran acerca de los autores y reglas del derecho común que fueron objeto de cita. Se consideraba al derecho romano, como asentó el camarista Julián Gelly, "fuente inagotable de ciencia y sabiduría",¹⁵¹ aunque sin ignorar, como dijo la Corte, que

¹⁵⁰ TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina*, en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires, 1978, 319-352.

¹⁵¹ CAC, 6ª, II, 262.

los textos de ese derecho no podían oponerse a las prescripciones del Código Civil.¹⁵² Entre los pocos autores mencionados sobresale el glosador de las Partidas, Gregorio López. Entre las reglas prevalecen dos clases: una, las reglas de interpretación, que permanentemente consultaron los jueces para aplicar el derecho,¹⁵³ y que pocas veces fueron reemplazadas por normas codificadas; y dos, las reglas procesales, por haber sido esta rama del derecho la más conservadora y, además, porque, a diferencia de los Códigos Civil y Penal, que derogaron expresamente las normas anteriores, los códigos de procedimientos las mantuvieron como derecho supletorio. Fue posible, así, que se siguieran aplicando las leyes castellanas, su doctrina y sus principios romano-canónicos;¹⁵⁴

9) el uso de las reglas del derecho común por los tribunales quedó, además, asegurada —no obstante la crisis que representó para ellas la codificación— porque los mismos códigos mantuvieron en el ordenamiento jurídico a los “principios generales del derecho”, y obligaron a los jueces a aplicarlos en defecto de ley. Con el nombre de “principios generales” se designaron casi siempre las reglas del derecho común, por lo que puede concluirse que la influencia directa de este derecho en la jurisprudencia de los tribunales, y a través de ella en el sistema jurídico, se concentró en dichos principios.¹⁵⁵ Una vigencia directa limitada, mas vigencia al fin;

10) varias veces, la Corte citó las reglas del derecho común en su versión castellana, a diferencia de la mayoría de los tribunales, que siguieron reproduciéndolas en su forma latina.

¹⁵² CSJN, LXXXI, 95.

¹⁵³ LEVAGGI, Abelardo. *La interpretación del derecho en la Argentina en el siglo XIX*, 94-118, en *Revista de Historia del Derecho*, 7, Buenos Aires, 1980.

¹⁵⁴ Otras citas de derecho romano: CAC, 1^a, I 410-1; 5^a, VII, 126 y 365; XIX, 247; LXVII, 253 y 254 (16 oct. 1894); 6^a, IV, 275-9; CIV, 189; y CXVI, 62. Citas discordantes: CAC, 3^a, XIII, 51; 5^a, II, 359; y XCVII, 322.

¹⁵⁵ GONZALEZ, María del Refugio. *Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX*, en *Anuario Jurídico*, XI, México, 1984, 341-356, arriba a la misma conclusión: “el Código derogó toda la legislación antigua en las materias comprendidas en sus cuatro libros, pero como dicho Código no tenía un título especial de reglas del derecho, se comprende que no fueron deroga-

das las de nuestra legislación antigua, ni podían haber quedado derogadas, salvo si se hubiese hecho una refundición minuciosa de ellas en el texto del Código. Por tanto, concede a las reglas del derecho de la legislación antigua española aplicación obligatoria en el foro mexicano, a menos que estuvieran en abierta pugna con algún precepto del propio Código. El origen último de buena parte de esa legislación antigua española, y no sólo de las reglas del título 34 de la partida 7 se encuentra, todos lo sabemos, en el derecho romano codificado por Justiniano”.³⁵⁵ El luminoso trabajo de la jushistoriadora mexicana se detiene en la sanción del Código, pero es probable que, de haber analizado la jurisprudencia de los tribunales, la coincidencia se hubiera extendido a ella.