

ALGUNAS TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO PRIVADO COSTARRICENSE

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS ¹

La vieja imagen del I Ching de “el árbol sobre la montaña” nos enseña que el crecimiento de un árbol requiere sólidas y profundas raíces y que debe ser gradual. Este árbol, una vez que se ha formado, es visible desde lejos y con su presencia influye sobre todo el paisaje de la región. Pronto ustedes saldrán a la vida de la competencia profesional, por cierto bastante saturada, pero no para los mejores, para quienes —como dice el refrán— “siempre hay campo en las cumbres”. La responsabilidad más grande, tanto de estudiantes como de profesores es con el país, con la Universidad financiada con recursos públicos y, sobre todo, con nosotros mismos, sabiendo responder, mediante el estudio constante a los retos del designio profesional que hemos proyectado para nuestra vida.

El abogado que queremos formar no es un mero manoseador de códigos con fines lucrativos. Hace algunos años, ésta era una Escuela de Leyes y los graduados eran licenciados en Leyes. Hoy, el título que ustedes alcanzarán pronto es de “Licenciado en Derecho”. No se trata de un simple cambio de nombre: el Derecho es algo más que la ley; es la vida, son los intereses reales de ésta y es también la jurisprudencia, como respuesta a estos intereses y a los nuevos problemas. La experiencia jurídica es siempre más rica que cualquier sistematización legislativa. Queremos

abogados con una formación más amplia. Queremos que el estudiante comprenda que el Derecho no es solamente las leyes formales; que el Derecho es una manifestación de la cultura caracterizada por ser expresión de valores de una determinada comunidad en un determinado tiempo y lugar, que los valores jurídicos no se expresan solamente en los textos formales, sino también en la vida diaria de los Tribunales de Justicia y en la misma conducta cotidiana de las personas que, mediante la autonomía privada, introducen constantemente nuevos intereses jurídicamente relevantes dentro del Ordenamiento.

Los que inician hoy su carrera pronto oirán hablar de las fuentes del Derecho. Hoy vamos a hablar de ellas: la jurisprudencia. Para los más avanzados talvez no caiga mal un repaso sobre el tema...

Sentidos de la expresión jurisprudencia. Distinciones: Antecedentes y jurisprudencia.

Antes de analizar las orientaciones jurisprudenciales concretas conviene hacer algunas aclaraciones.

Una sentencia aislada puede constituir un importante antecedente para resolver casos posteriores, pero no constituye jurisprudencia. Sin embargo, estos antecedentes, por su propio

¹ Lección inaugural. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 11 de marzo de 1998.

peso, se convierten a menudo en faro solitario pero luminoso para los demás tribunales. También el precedente aislado puede llegar a ser fuente de jurisprudencia en el sentido tradicional.

La palabra jurisprudencia tiene diversos sentidos:

1. Un sentido general es el ya usado por Ulpiano como sinónimo de Ciencia del Derecho (de lo justo y de lo injusto). Muchas facultades de Derecho del mundo se llaman Facultad de Jurisprudencia.
2. Por otro lado, se habla de jurisprudencia en relación con la reiteración de resoluciones en un mismo sentido. Dentro de esta concepción se puede hablar de la jurisprudencia de un órgano administrativo o de cualquier tribunal. Sería en este sentido jurisprudencia la rica colección de resoluciones en materia de defensa del consumidor o el conjunto de importantes resoluciones de la Defensoría de los Habitantes.
3. Hoy, sin embargo, la expresión tiene otro sentido más específico, limitado por el órgano del que emana. Constituye jurisprudencia obligatoria la reiteración de principios en las sentencias de las salas de la Corte. Esto puede enten-

derse como un volver los ojos a la manera de crear Derecho del pretor romano.

“La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”, expresa el nuevo texto del artículo 9 del Código Civil.

“...los principios generales del Derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del Ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de Ley...”, establece actualmente el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con esta nueva dimensión, la jurisprudencia tiene actualmente tal fuerza que su violación puede acarrear una anulación de la resolución correspondiente precisamente “por violación de jurisprudencia”, como se ha aclarado.² En tales casos es posible recurrir en Casación alegando infracción de normas jurisprudenciales, siempre que la jurisprudencia invocada sea reiterada (mínimo dos sentencias concordantes) y procedente de las salas de la Corte Suprema de Justicia.³

El papel de la jurisprudencia en la transformación del Derecho

LA JURISPRUDENCIA. ESTABILIDAD Y CAMBIO

La jurisprudencia no escapa a la doble exigencia de continuidad y discontinuidad, a la necesidad de conjugar equilibradamente la preservación con la metamorfosis, la conservación con la transformación y entenderlas como estados de polaridad complementarios (representa-

dos en la Trinidad India, junto con “**Brahma**”, el creador, por “**Vishnu**”, el Principio Conservador y “**Siva**” el Transformador (sic), con su danza de muchos brazos). Al mismo tiempo, la jurisprudencia, es innovadora, cumpliéndose con ella la máxima china que ve la conservación y la

² Véase ZELEDÓN, Ricardo, en *Revista Iustitia*.

³ Véase ALBACAR, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, BBV, Madrid, 1994, Tomo III, p. 482.

transformación como estados de polaridad complementarios. La jurisprudencia nos revela que el cambio es continuo y que también lo que continúa cambia y que los efectos jurídicos son las respuestas a las cambiantes exigencias, intereses, necesidades y problemas de la vida.

Es interesante observar cómo la jurisprudencia latinoamericana en general evoca a menudo los principios del Derecho Romano, preservando y continuando la tradición de nuestro subsistema latinoamericano de Derecho Comparado.

Encontramos ejemplos como el de la *Iusta causa possidendi* en relación con los antecedentes del concepto de justo título⁴ o la referencia a la Ley Cincia (sic) del año 204 antes de Cristo, en materia de donaciones, para explicar la tendencia restrictiva.⁵

El Derecho Romano, entendido como comunidad terminológica y de valores de muchos ordenamientos jurídicos, sigue vivo, pero transformándose en las sentencias de los tribunales.

La jurisprudencia responde a esta doble exigencia de continuidad y discontinuidad del sistema y ha sabido preservar lo valioso, transformándolo, comprendiendo que nuestro marco axiológico y conceptual es romano, pero entendiendo el Derecho Romano como un Derecho vivo, como un sistema en transformación del cual participan los países latinoamericanos y europeos continentales.

Con la jurisprudencia, el Ordenamiento da respuesta a las nuevas exigencias de la vida, sin necesidad de una continua intervención de los señores diputados..., tanto vivificando el espíritu de la ley, como creando instituciones que vienen a llenar los vacíos del Ordenamiento.

Particularmente interesante ha sido el ejemplo de nuestro Código de Familia de 1974, como

resultado de una maduración jurisprudencial de 25 años de los principios constitucionales del 49. Muchos principios que luego fueron incorporados al Código de Familia, resultaron del trabajo de la jurisprudencia. Esto ocurrió en temas tan importantes como la no discriminación en materia de filiación, tanto en materia de investigación de paternidad, mediante la ampliación del concepto de posesión notoria de estado,⁶ como de reconocimiento de hijos, el interés prioritario de los menores, la modificabilidad de las resoluciones en materia de patria potestad⁷ y la propiedad exclusiva de los bienes adquiridos por cada cónyuge durante la separación de hecho.⁸ Al mismo tiempo la jurisprudencia vino a perfilar temas fundamentales de hoy, como la relevancia jurídica de la unión de hecho, considerada en otro tiempo casi diabólica y no merecedora de tutela.

Como lo afirmaba Paresce: "La más reciente sentencia incide sobre el Ordenamiento obligando al jurista a una constante e interminable reconstrucción del sistema".

Jurisprudencia, interpretación e integración del Derecho.

Es imposible para el legislador imaginar todos los posibles conflictos de la vida social. Las leyes siempre tienen vacíos, que los juristas llamamos lagunas. La ley siempre se quedará corta frente a las nuevas realidades; siempre tendrá lagunas. De ahí la importancia de la jurisprudencia como instrumento de rejuvenecimiento constante del Ordenamiento. También las lagunas pueden presentarse cuando disposiciones contradictorias de igual valor, reglas incompatibles, normas simultáneamente aplicables, se anulan recíprocamente. Se

⁴ Sentencia N° 113 de 1981, p. 26 Jurisprudencia.

⁵ Sentencia Sala I, N° 137-92, p. 134 Jurisprudencia.

⁶ Sentencias N° 86 de 1952, N° 60 de 1951, N° 34 de 1958, N° 133 de 1955, N° 39 de 1959, N° 68 de 1966, N° 36 de 1962, N° 104 de 1965.

⁷ Sentencias N° 72 de 1953, N° 132 de 1953, N° 74 de 1955, N° 85 de 1956, N° 2 de 1964.

⁸ Sentencias N° 54 de 1964, N° 100 de 1959, N° 110 de 1966, N° 126 de 1967.

trata de las llamadas lagunas de colisión (Betti, Nawiaski).

Por otra parte, por más completo que fuera, el proceso de producción legislativo es lento (comisiones, debates, promulgación, publicación) y siempre irá detrás de la realidad.

El comercio internacional nos ofrece muchos ejemplos de contratos legalmente atípicos, pero socialmente típicos, verdaderas lagunas, que son hoy parte de la vida cotidiana, aunque no estén regulados en ninguna ley, como los contratos de transporte mediante contenedores, o los de franquicia comercial (para la producción de las llamadas comidas rápidas, para lavado de carros, para hotelería, envase de bebidas y

para mil cosas más), o como tantos otros contratos que son producto de la actividad creadora de la autonomía privada, que no hace mucho eran desconocidos en nuestro medio (que por cierto todos tienen nombres en inglés, como resultado de la misma globalización; Factoring, Joint Venture, Know How, Leasing, etc.). Ya en cuanto a algunos de ellos la Sala Primera ha debido manifestarse, viniendo a perfilar disposiciones precisas, que ya han tenido eco en sentencias de tribunales superiores, como es claro en materia de responsabilidad contractual del franquiciante derivada de revocación unilateral de franquicias comerciales exclusivas, con plazo y territorio definido. Este es un buen ejemplo de un antecedente aislado que ya ha orientado otras decisiones.

JURISPRUDENCIA Y PLURIDIMENSIONALIDAD DE LO JURÍDICO

La jurisprudencia puede observarse en su triple dimensión de: 1) hecho social, 2) valor y 3) norma.

1. La jurisprudencia como hecho

La jurisprudencia recoge los hechos de la vida social y los enjuicia a la luz del sistema de valores de la comunidad según cada momento histórico.

El legislador es muchas veces insensible frente a los matices y novedades de la experiencia jurídica, que no se recogen en las leyes. El juez, en cambio, está en directo contacto con el problema, con el conflicto de intereses.

Como conducta humana, la jurisprudencia es susceptible de ser medida en cierta forma y su estudio puede permitir una relativa previsibilidad en cuanto a casos nuevos no regulados en las leyes, pero sobre los que la Sala Primera ha manifestado opinión. Esta dimensión sociológica de la jurisprudencia tiene su importancia en el ejercicio profesional.

Algunas tendencias "sociologizantes" reducen el estudio del Derecho a una especie de estadística judicial. Es clara la importancia de

estudiar el Derecho viviente, pero éste tampoco es solamente la jurisprudencia.

2. La jurisprudencia como valor

Cada afirmación jurisprudencial es una toma de posición axiológica. Siempre refleja la proclamación reiterada de un valor prioritario y de un principio dentro de una determinada jerarquía axiológica.

3. La jurisprudencia como norma

La norma jurisprudencial puede formularse como una preposición condicional, compuesta de una parte condicionante y una parte condicionada.

La jurisprudencia no es el antecedente, pero tampoco es la acumulación de fallos; es más bien la reiteración de principios jurídicos de los cuales puede extraerse este juicio condicional. Ella es el resultado de un proceso de producción jurídica de normas que, pueden ser formuladas como juicios hipotéticos, con una premisa condicionante y una consecuencia jurídica condicionada, correspondientes respectivamente a hechos y consecuencias jurídicas:

Por ej.:

Cuando fuere necesario demostrar una simulación contractual, un adulterio, o vicios de la voluntad... (hecho condicionante).

Entonces puede usarse la prueba indiciaria, llamada también de presunciones de hombre (efecto condicionado).

Otro ej.:

Cuando hubiere conflicto de títulos repetidos sobre un mismo inmueble... (hecho).

Entonces debe darse preferencia al propietario que con el ejercicio de su posesión revela la actualidad de su interés jurídico.

Podría formularse todo un Código de Principios Jurisprudenciales...

Tenemos en estos ejemplos verdaderas normas jurídicas, a pesar de que los supuestos y efectos jurídicos enunciados no se encuentran en ninguna ley.

En su triple dimensión (como hecho, como valor y como norma), la jurisprudencia, más dinámica que la ley, ha venido a dar respuesta a los nuevos retos, con diversas valoraciones jurídicas que, por disposición legal, ahora son normas integrantes del Ordenamiento.

LOS APORTES JURISPRUDENCIALES

No es posible, en esta breve charla, mencionar siquiera los diversos campos donde la jurisprudencia nacional ha venido a completar nuestro Ordenamiento Jurídico. Comentaré, para ustedes, sin embargo, algunas líneas evolutivas.

Con una perspectiva que cubre los últimos cincuenta años es posible detectar —entre

otras— las siguientes orientaciones de nuestra jurisprudencia:

En algunos temas se han consolidado tendencias jurisprudenciales anteriores (a la citada reforma del Código Civil), entre ellos:

—La necesidad de concurrencia de identidad de partes, objeto y causa para que se produzca aquella losa sepulcral del proceso de que hablaba Carnelutti, la cosa juzgada.⁹

—El justo título, entendido como negocio traslativo justificante de la posesión.¹⁰

—La distinción entre Acción Pauliana y Acción de Simulación, con base en la diferencia entre invalidez e ineficacia relativa o inoponibilidad.¹¹

—La prueba, ya mencionada, mediante indicios de la simulación.¹²

—La Reivindicación entendida como acción del propietario no poseedor, contra el poseedor no propietario, reclamando la restitución del bien y sus presupuestos¹³ y, en particular, la identidad de objeto.¹⁴

—Recordemos de nuevo que en esta materia que, en el caso de títulos repetidos sobre un mismo inmueble, se ha dado preferencia a quien con el ejercicio de su actividad productiva demuestre la actualidad de su interés, en contra de las pretensiones del propietario no poseedor de título más antiguo,¹⁵ siguiendo así nuestra jurisprudencia, lo mismo que la española,¹⁶ la tesis romana de los sabinianos y no la de los proculyanos, haciendo eco de las palabras de Pugliatti en el sentido de que “la actividad productiva es preferible sobre la simple titularidad formal”.¹⁷

⁹ Sentencias de 10.30 h de 8 de junio de 1949, N° 47 de 1994, N° 22 de 1996.

¹⁰ Sentencias N° 230 de 1990, N° 63 de 1997, N° 45 de 1996.

¹¹ Sentencias N° 172 de 1992, N° 79 de 1993.

¹² Sentencias N° 26 de 1954, N° 123 de 1967, N° 125 de 1973, N° 22 de 1970, N° 106 de 1975, N° 123 de 1967, N° 172 de 1992, N° 79 de 1993.

¹³ Sentencia N° 22 de 1953 y N° 50 de 1993.

¹⁴ Sentencias N° 6 de 1982, N° 169 de 1991, N° 45 de 1996.

¹⁵ A partir de la Sentencia N° 132 de 1974, N° 50 de 1993.

¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo Español desde 27 de noviembre de 1912.

¹⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietà e le Proprietà*. Giuffrè-ed. Milano, 1964, p. 267.

—Ha sido reiterada también la afirmación del criterio “de globalidad o de conjunto” en materia de interpretación contractual y el valor de los propios actos de ejecución, como interpretación auténtica.¹⁸

Hay muchos temas en los que la jurisprudencia ha afirmado principios doctrinarios:

—La distinción entre derechos reales y personales¹⁹ y las implicaciones en materia de títulos sujetos a inscripción que no se inscriban y su inoponibilidad a terceros.

—La delimitación de diversos tipos de situaciones jurídicas como las potestades y su ejercicio discrecional como libertad sin arbitrariedad, con sujeción al control jurisdiccional²⁰ y los intereses legítimos²¹ y las cargas.²²

—La determinación del concepto de orden público como Derecho Privado vinculante, que se impone sobre los contratos, por ejemplo en materia de representación de casas extranjeras,²³ inquilinato,²⁴ leyes procesales²⁵ y leyes agrarias.²⁶

—La definición de los elementos de la prescripción:²⁷ inercia, tiempo y voluntad de hacerla valer, si bien, en mi criterio, la voluntad de hacerla valer no es realmente un elemento del supuesto (lo sería también en la reivindicación, en la simulación, en casi todo lo que no sea de oficio).

—La distinción entre prescripción y caducidad,²⁸ con base en el carácter rígido y aceleratorio del plazo y el carácter infungible de la acción en la segunda.

—La definición de los elementos del contrato de sociedad: aportes, ejercicio en común de una actividad económica y fin de dividir las utilidades.²⁹

—La distinción entre sociedad de hecho y sociedad irregular.³⁰

—La teoría de la empresa.³¹

—Ha sido también mérito jurisprudencial el desarrollo de la doctrina de la accesión invertida por construcción extralimitada, con la cual se permite al edificante invasor de buena fe, obtener la propiedad, pagando la compensación correspondiente en lugar de declarar procedente las tradicionales reivindicaciones o demoliciones. Esta orientación se desarrolla a partir de un célebre voto salvado de don Fernando Coto Albán.³²

—También los conceptos clasificatorios de la teoría del negocio jurídico, impregnada de una orientación romana y napolitana, con citas de Emilio Betti y Cariota Ferrara se han convertido en una realidad jurisprudencial, a pesar de que las leyes ni siquiera mencionan el negocio jurídico.³³

—La afirmación de la indemnización extracontractual como obligación de valor³⁴ para que se reconozca el valor real y verdadero vigente en el mercado, de modo que la reparación sea integral.

¹⁸ Sentencias Nº 14 de 1959, Nº 112 de 1959, Nº 67 de 1993, Nº 3 de 1995 y Nº 7 de 1997.

¹⁹ Sentencias Nº 95 de 1968, Nº 60 de 1991, Nº 84 de 1992, Nº 60 de 1991, Nº 37 de 1996.

²⁰ Sentencia Nº 19 de 1997.

²¹ Sentencia Nº 28 de 1996.

²² Sentencia Nº 33 de 1995.

²³ Sentencia Nº 51 de 1992.

²⁴ Sentencia Nº 13 de 1995.

²⁵ Sentencia Nº 108 de 1992.

²⁶ Sentencia Nº 80 de 1990.

²⁷ Sentencias Nº 120 de 1992, Nº 19 de 1995 y Nº 3 de 1997.

²⁸ Sentencia Nº 43 de 1997.

²⁹ Sentencias Nº 50 de 1983, Nº 351 de 1990, Nº 69 de 1994.

³⁰ Sentencia Nº 364 de 1990.

³¹ Sentencia Nº 7 de 1994, p. 65 Jurisprudencia.

³² Sentencias Nº 104 de 1971, Nº 141 de 1981, Nº 183 de 1991, p. 74 Jurisprudencia.

³³ Sentencia Nº 111 de 1996.

³⁴ Sentencias Nº 108 de 1992 y Nº 106 de 1994.

—Se han producido nuevas ampliaciones de criterio en cuanto al daño moral,³⁵ abriéndose ampliamente el fértil campo de los derechos de la personalidad cuando son conculcados.³⁶

Doctrina y jurisprudencia:

Si bien es cierto que la jurisprudencia se apropia de la doctrina, al igual que el legislador, la convierte en norma, sin importar su origen, la verdad es que abundan en los fallos las citas de doctrina. A menudo aparecen autores como Stolfi, Ferrara, Cámara, Betti, Planiol, Carbonnier, Díez Picazo, Alterini, Albaladejo, Puig Brutau, Hernández Gil, Duque Corredor, Alberto Brenes Córdoba, Francisco Luis Vargas Soto, Rodrigo Barahona y Diego Baudrit Carrillo citados en los fallos. El Magistrado Zeledón ha hablado de las fuentes doctrinales de la jurisprudencia.

Los ejemplos abundan:

—Otro mérito de nuestra jurisprudencia reciente es el énfasis en postulados real objetivos (sic) y el haber dado respuesta a muchas situaciones más con base en valores, que en conceptos. Se encuentra aquí la huella de Ihering y de la jurisprudencia de intereses. Así ocurre en materia de acción reivindicatoria en el supuesto ya comentado.

—La distinción entre norma y artículo (un antecedente). No hay duda que esta distinción refleja conocimientos profundos de eficacia jurídica.³⁷

—Se habla ya de Capacidad Jurídica y Capacidad de actuar,³⁸ a pesar de las deficiencias de nuestro Código.

—Se ha ampliado el campo de la anulabilidad por falta de capacidad cognoscitiva y volitiva.³⁹

—Se perfila cada vez mejor la distinción entre rescisión, resolución e invalidez (tema en el que tradicionalmente hubo siempre gran confusión).

Los aportes frente a la nueva tecnología:

—“el telex es considerado un medio científico de prueba, no obstante el texto legal no le asigna un valor legal específico como sí lo hace con otros elementos probatorios tasados... por lo que su valoración se debe hacer siguiendo las reglas del sano entender”. Lo mismo se afirmó aplicable al fax y al correo electrónico, en correspondencia con el nuevo dinamismo de las prácticas mercantiles.⁴⁰

Los aportes en cuanto a los nuevos contratos:

Contratos de adhesión. Hay resoluciones en materia de cláusulas abusivas.⁴¹

Venta de condominios:

Se ha afirmado el inicio del régimen desde la primera venta⁴² “pues vendido uno solo de los pisos o locales, desde ese momento el régimen de propiedad horizontal comienza a producir plenos efectos”.

³⁵ A partir de la importante sentencia N° 7 de 1970, N° 114 de 1979, N° 49 de 1987, N° 22 de 1989, N° 112 de 1992, N° 99 de 1995, N° 1 de 1996.

³⁶ Sentencia N° 84 de 1993.

³⁷ Sentencia N° 6 de 1993.

³⁸ Sentencia N° 122 de 1991.

³⁹ Sentencias N° 174 de 1990, N° 175 de 1991, N° 122 de 1991, N° 16 de 1993.

⁴⁰ Sentencia N° 28 de 1995.

⁴¹ Sentencia N° 65 de 1996.

⁴² Sentencia N° 245 de 1990.

Hay nuevas luces en el campo del incumplimiento en la venta de propiedad horizontal.⁴³

Otros temas tratados han sido:

Suministro⁴⁴

Leasing⁴⁵

Franchising (o franquicia comercial)

Existe un importante antecedente,⁴⁶ (basado expresamente en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que ya ha sido citado por tribunales superiores civiles.⁴⁷

Otros temas donde se han dado nuevas soluciones —reiteradas—:

—Durante muchos años se discutió si el requerimiento hecho por el acreedor debía ser notificado al deudor para interrumpir la prescripción. Hoy, la jurisprudencia, apartándose del criterio de la antigua Sala de Casación⁴⁸ afirma tal necesidad de notificación al deudor de la interpelación judicial gestada por el acreedor, para los efectos de interrumpir la prescripción. Se ha venido estableciendo, ya en diversos fallos recientes, el carácter *recepticio* de las notificaciones, lo cual significa que adquieren eficacia a partir del momento en que llegan a posibilidad de conocimiento por el destinatario.⁴⁹

En otros casos, las soluciones judiciales han afirmado nuevos valores:

—Por ejemplo: Los recursos naturales y el ambiente sano.⁵⁰ El cuadro constitucional ha sufrido una profunda evolución. “Ahora se consagra expresamente el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado... En tal virtud... constituye un verdadero derecho

humano. Se le ubica dentro de los derechos de solidaridad, o derechos humanos de la tercera generación”.

Muchos otros temas podrían ser mencionados, dentro de las tendencias a la superación del formalismo, hacia un mayor acercamiento con los intereses reales no basado exclusivamente en el conceptualismo y en el mecanicismo silogístico tradicional, en el cual el juez, que conocía las leyes, subsumía los hechos pertinentes, reduciéndose su función a aplicar una regla abstracta a un caso concreto. Frente a esa aplicación mecánica comienza a desarrollarse todo un movimiento, especialmente en los años sesentas, bajo el liderazgo de magistrados como don Fernando Coto Albán, don Ulises Odio Santos, don Édgar Cervantes y don Juan Jacobo Luis, que afirma la necesidad de analizar constantemente los intereses reales y de verlos en su dinámica evolutiva, para no caer en interpretaciones meramente literales, insuficientes frente a los requerimientos de la transformación. La propia Sala Primera ha reafirmado recientemente su función creadora⁵¹ por medio de la llamada analogía iuris, contribuyendo así al desarrollo progresivo de las normas y a su adaptación a las nuevas situaciones.

Las limitaciones de la jurisprudencia:

Es clara la relevancia de la jurisprudencia, su carácter de fuente, su jerarquía y su importancia en el proceso de transformación del Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, su papel debe relativizarse en los siguientes términos:

No es suficiente el estudio de la jurisprudencia para entender el Derecho. Muchas escuelas de Derecho enfatizan excesivamente el método del casuismo probabilístico. Es cierto

⁴³ Sentencia N° 94 de 1996.

⁴⁴ Sentencia N° 365 de 1990.

⁴⁵ Sentencia N° 163 de 1992.

⁴⁶ Sentencia N° 73 de 1996.

⁴⁷ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, N° 294 de 1996.

⁴⁸ Cas. N° 49 de 1978.

⁴⁹ Sentencias N° 120 de 1992, N° 41 de 1994, N° 28 de 1995, N° 119 de 1996.

⁵⁰ Sentencia N° 101 de 1996.

⁵¹ Sentencia N° 52 de 1993.

que este método prepara al estudiante para el ejercicio profesional, pero si es casi exclusivo como método, como lo es en algunas escuelas norteamericanas, más bien deforma al estudiante al mostrarle solamente una de las facetas del ordenamiento, porque la jurisprudencia revela solamente parte de los valores jurídicos que se afirman diariamente.

Toda la zona de normalidad, no de patología, contratos que se cumplen (que evidentemente son muchos más que los que se incumplen), derechos que se respetan, potestades que se ejercitan debidamente... todo esto queda por fuera de la jurisprudencia y, sin embargo, esta conducta social no conflictiva ha sido siempre creadora de instituciones jurídicas, como lo ha demostrado la doctrina del Derecho de los Particulares en Italia y como lo ha demostrado la Lex Mercatoria del Comercio Internacional, que desde la Edad Media ha sido producto de las costumbres de los propios comerciantes, con cortes propias de solución de diferencias y lo sigue siendo.

Por otro lado, no toda la zona patológica pasa a formar parte de los anales jurisprudenciales:

a. Muchos asuntos de cuantía mínima jamás son llevados a los tribunales. El costo sería demasiado.

b. Tampoco los grandes negocios del comercio internacional son confiados a los tribu-

nales. Prácticamente en casi todo contrato importante de fideicomiso, de seguro, de reaseguro, de fletamento, de transporte, de distribución, de agencia comercial, con o sin representación... podemos encontrar una cláusula especial, llamada cláusula compromisoria, por la cual las partes se comprometen a formalizar un contrato de compromiso arbitral en el caso de que surja un conflicto, en lugar de acudir a los tribunales. Si el conflicto es por ejemplo, de seguros marítimos o de transporte marítimo internacional de carga, las partes prefieren poner el asunto en manos de un profesional en esa materia y no en las de un juez de la República que normalmente tampoco tiene formación en Derecho Marítimo y podría hasta confundir la proa con la popa y estribor con babor.

En otras palabras, los grandes negocios no aparecen en los registros jurisprudenciales. Todos ellos tienen un mecanismo arbitral de solución de conflictos.

Esta observación es particularmente importante en esta época de ruptura de paradigmas tradicionales y de aparición de modelos globalizantes que trascienden los ordenamientos jurídicos nacionales. El profesor Bergman de Harvard ha hablado de la transnacionalidad de esta nueva Lex Mercatoria.

Estos pocos ejemplos nos muestran la importancia relativa de la jurisprudencia.

CONCLUSIONES:

No quiero concluir sin realizar algunas observaciones generales:

En relación con el estudio del Derecho:

Los que hayan tenido que engomarse las manos haciendo ficheros de Derecho Privado saben que es imposible tener una visión poco más o menos completa de un tema cualquiera, si no se revisa la jurisprudencia sobre él.

En todos los cursos debe procederse al análisis sistemático de la jurisprudencia relativa a los temas del programa. Sólo así estaríamos

dando a nuestros estudiantes una visión integral, no meramente legalista, de lo jurídico.

Cabe destacar el esfuerzo por recopilar y organizar la jurisprudencia realizado por algunas cátedras, siendo en esto pionera la de Penal. También cabe reconocer el mérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas en esta materia. Sí creo conveniente insistir en profundizar y ampliar estas iniciativas, para que, tal vez algún día, todas las cátedras tengan su propia antología de jurisprudencia, como necesario complemento práctico de la teoría jurídica.

En relación con la práctica del Derecho.

No olvidemos que si estamos frente a un caso cualquiera por debatir o resolver, es necesario acudir al examen de situaciones semejantes ya resueltas.

El precio de no hacerlo es incurrir en malpraxis profesional, por impericia, la cual genera, como ustedes saben, responsabilidad civil para el abogado. Moraleja: "para ser buenos abogados tienen que seguir siendo buenos estudiantes una vez graduados".

El Derecho es algo más que la Ley escrita. La jurisprudencia, como quiera se entienda, es actividad de creación jurídica y su estudio es indispensable en la formación y en la actividad profesional. Con el estudio de la jurisprudencia podremos acercarnos a la verdadera experiencia jurídica, conocer las situaciones conflictivas,

saber cuáles son los hechos jurídicamente problemáticos, detectar los intereses merecedores de tutela y los valores reales en la vida social. Ninguna investigación jurídica es completa si falta en ella la jurisprudencia sobre el tema. Sin embargo, "el Derecho no es solamente lo que los jueces digan que es". No es posible circunscribir el estudio del Derecho, como se hace en otras latitudes, a la estadística judicial, con fines premonitorios.

Hay una amplia zona de lo jurídico que no llega nunca a los tribunales. Su estudio, sin embargo, puede revelar los verdaderos y auténticos valores de la comunidad: los que realmente se practican en la vida, sin conflicto, los que constituyen las pautas efectivas de nuestras vivencias compartidas y de nuestras comunes aspiraciones.
