

EXCURSUS II

LA JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA¹

En el curso del trabajo me he referido a la jurisprudencia sin hacer ninguna consideración sobre el uso de este concepto. Dar una breve explicación de la jurisprudencia es el propósito de este *excursus*. Sin embargo, cabe aclarar que sólo me ocuparé de aquellas cuestiones que son relevantes para el argumento de este libro.

Desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, ésta puede ser abordada desde una perspectiva descriptiva o bien normativa. Aquí me ocupo de la jurisprudencia, esto es de la ciencia jurídica (*i.e.* de la dogmática jurídica) desde un punto de vista histórico, descriptivo.

No pretendo introducir un nuevo modelo de ciencia jurídica, hablaré de la ciencia jurídica que existe *hic et nunc*.

La jurisprudencia (o dogmática jurídica), es una disciplina, *i.e.*, un oficio intelectual, en el cual hay alguien que lo practica *siguiendo ciertos cánones reconocidos*. Esta disciplina, comúnmente denominada ‘doctrina’ *explica* o *interpreta* el material (mandatos, órdenes, prácticas, etcétera) tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas.²

¹ *Vid.*, mis libros: *Elementos para una teoría general en derecho*, *cit.*, caps. XXVIII, XX, XXII, XXIII, XXIV y XXV; y *Razonamiento y argumentación jurídica*, *cit.*, caps. IV y V.

² También se encuentran en las *rationes decidendi* de los tribunales (*e.g.* en el sistema del *Common Law*, gran cuerpo de “doctrina”, se encuentra en las decisiones de los tribunales); en menor grado, en los alegatos de los abogados.

En cierto sentido, la jurisprudencia es un metalenguaje; es el aparato semántico del derecho, *i.e.* constituye el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que permiten una “lectura jurídica” del derecho.

Este último argumento me ha conducido a aceptar la tesis de que el derecho o, mejor, el lenguaje en que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual aquél toma su vocabulario). El lenguaje del derecho se interpreta según un metalenguaje diferente al del lenguaje ordinario. La idea que subyace detrás de esta tesis (la cual permite un claro entendimiento de la jurisprudencia) es que precisamente en la jurisprudencia se encuentran los *principios* de interpretación y aplicación del (lenguaje del) derecho.³ “La lectura jurídica del derecho (*i.e.*, de una legislación, de una sentencia, de un contrato o de un testamento) no puede hacerse más que con las reglas propias del metalenguaje del derecho”.⁴

La aceptación de las doctrinas de la jurisprudencia opera de manera *dogmática*: no se hacen explícitas ni se justifican (o no necesariamente). Considerada como un *corpus* válido de principios, la jurisprudencia posee un alto valor estimativo y autoritativo, “Theodor Julius Geiger (1881-1952) ha usado el término ‘tesoros culturales’ para denotar fenómenos similares, *e.g.*, la obra literaria. Existen aun cuando sus contenidos no estén presentes en la mente de ninguna persona en particular”.⁵

De lo anterior se desprende que el objeto de la jurisprudencia (dogmática) es la lectura (interpretación) del derecho positivo, entendido como conjunto de “normas”, prácticas, convenciones, etcétera, establecido por actos sociales (históricos) aceptados como las instancias creadoras del derecho.⁶

³ Vid.: *Ideologie emd wahrheit*, Munich, 1953 y mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 253-268.

⁴ Thomas, Y., “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, en *L'interpretation dans le droit*, París, Sirey, 1973 (Archives de Philosophie de Droit, XIX), p. 111.

⁵ Illum, K., “Some Reflections on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 12, 1968, p. 52.

⁶ Sobre el concepto de derecho positivo que manejamos Vid., Schmill, Ulises. “positivismo jurídico” en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, en *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, vol. II, Madrid, Editorial Trotta, S.A. pp.

La tesis central es la siguiente: la función específica de la jurisprudencia consiste en “reformular” el derecho positivo. Esta reformulación la lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina.⁷ En suma: la jurisprudencia “reordena” el material jurídico y establece las reglas de su interpretación. Con esta formulación pretendo comprender no sólo la jurisprudencia *civilis* sino, también, el *Common Law*.

Los juristas —señala el profesor Ronald Dworkin— están enseñados para analizar leyes y decisiones judiciales, para *extraer la doctrina jurídica* de estas fuentes... Están educados para analizar situaciones complejas... con objeto de compendiar los hechos relevantes... Y están enseñados a pensar en términos técnicos...⁸

No podemos dar cuenta aquí de cómo opera la jurisprudencia dogmática; sin embargo, me parece que son necesarias ciertas aclaraciones para comprender la labor del jurista.

Procederé a realizar una formulación sinóptica —no exhaustiva— de la jurisprudencia. Para tal efecto vamos a asumir, que ésta, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.⁹ Con independencia de que lo haya logrado o no,

65-76, y en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, tomo LIII, núm. 240, 2003, pp. 133-146; Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 55-73. Sobre el carácter dogmático de la “aceptación” del derecho positivo por parte del jurista, Vid., Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica; con referencia particular a la dogmática penal*, cit.

⁷ Los rendimientos de la jurisprudencia son normalmente denominados ‘doctrina’ aunque frecuentemente se les llama “teorías” (e.g., ‘teoría de las obligaciones’ ‘teoría del delito’, ‘teoría de la doble personalidad del Estado’, etcétera).

⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 2 (las cursivas son mías). En el mismo lugar el profesor Dworkin agrega: “El enfoque profesional ... trata de *reformular* las cuestiones de teoría jurídica ...”. Como más adelante mostraré, la actitud dogmática del jurista presupone su propia *jurisprudencia*.

⁹ Vid., La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana L’arte sistematrice”, en *Bollettino dell’Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, 1934, pp. 336-355; *Id.*, “Il metodo”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol I, 1935, pp. 319-348; *id.*, “Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bollettino dell’Istituto del Diritto Romano*, vol. 44, 1936-1937, pp. 131-159; Biondi, B., “Obbietto e metodi della scienza giuridica romana”, en *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini* (Università di Pavia), Milán, Ulrico Hoepli Editore, 1946, pp. 203-249; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 38-98; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; Vid., mis libros: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 253-268 y 279-286 y *Razonamiento y argumentación jurídicas*, cit., caps. III, IV y V.

esta forma o estructura de la jurisprudencia sigue siendo el paradigma —en el sentido que Thomas Khun da a este término—¹⁰ de la jurisprudencia de Occidente.

La “reordenación” o “reformulación” del derecho positivo que lleva a cabo la jurisprudencia, presupone ciertos principios fundamentales:

*qui vult scire consecuentes, debet primo scire antecedentes... qui vult scire principia debet noscere principia.*¹¹ *Artem perfecta non noscit qui non noscit eius principis.*¹²

Estos principios fundamentales no son sino los postulados, las definiciones y los axiomas del sistema jurídico los cuales no son necesariamente hechos explícitos por el jurista en su actividad dogmática.¹³ Estos principios podemos dividirlos en: (1) creencias o dogmas fundamentales; (2) presupuestos, y (3) *regulæ*. Los primeros postulan ciertos dogmas: virtudes del derecho (*e.g.*, el derecho introduce orden en la comunidad) o de la jurisprudencia, (*e.g.*, “*iusti atque iniusti scientia*” (*Inst. Just.*, 1, 1, 1) “*ars boni et æqui*” (*D.*, 1, 1, 1, 1), “*veram nisi fallor philosophiam non simulatam, affectantes*” (*D.*, 1, 1, 1, 1).¹⁴ “*Potest ius nostrum [jurisprudencia] appellar sapientia, scientia et arts*”.¹⁵ “*Ista scientia [scientia legum] est nobilis quia habet nobile*

¹⁰ *Vid.*, Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

¹¹ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, § *Iuris operam, daturum, ad initio* y núm. 2 (fol. 7).

¹² Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. veteris*, 1, 1, 1, § *Iuris operam, daturum, Add.*, núm. 1 (*index*) (fol. 7rv). El texto a que se refiere esta indicación dice así: “*etiam quia non perfectæ novit artem quia non movit principia artis*” (*ibidem*).

¹³ Si estos principios son encontrados o formulados como requiere el modelo —el modelo clásico o el modelo medieval— es un problema que no podemos tocar aquí. Paulo piensa que son obtenidos del derecho, que son una formulación general del mismo: “*...non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat...*” (*D.*, 50, 17, 1). Es irrelevante si el jurista los considera verdaderos o evidentes, basta con que se presupongan en su labor dogmática aunque no se hagan explícitos. Pueden ser generalizaciones no falseadas por ningún contraejemplo (*cfr.*, Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press, 1979, p. 7).

¹⁴ Sobre *Digesto* 5, 4, 92, 2 y 1, 1, 2, referentes a la naturaleza de la jurisprudencia y a la función del jurista, véase: Ledlie, J. C., “Ulpian”, en MacDonell, J. y Manson, E. (eds). *Great Jurist of the World, cit.*, vol. I, p. 43, notas núms. 2 y 3.

¹⁵ *Cfr.*, Bartolo de Sassoferrato, *Tractatus de testibus (Tractatus testimoniorum)*, § *Prudentia*, núm. 4, fol. 145. La jurisprudencia, a la cual llama Bartolo ‘*civilis sapientia*’, sólo es comparable con la metafísica y la teología: “*Est enim sapientia habitus speculations, considerans causas altissimas, et hæc principaliter ad theologiam et mathaphysicam, quæ Deum*

subiectum".¹⁶ "Et sic ius nostrum applicat sibi totam moralem philosophiam".¹⁷ También postulan ciertos dogmas sobre los "valores" del derecho, e.g., *libertas inaestimabili rest est*",¹⁸ "omnes homines equales sunt".¹⁹

En cuanto a los presupuestos permítaseme mencionar y comentar algunos.²⁰ El jurista en su función dogmática presupone la *normatividad* o *practicidad* del derecho; presupone que el derecho es un conjunto de *normas* (reglas, patrones o estándares sobre lo que se *debe hacer*). En su actividad el jurista presupone también, que el derecho es un *corpus* ordenado (*legal system*, *Rechtsordnung*, *ordre juridique*) que posee, como característica esencial, ser *exhaustivo* y *consistente*. Nada más expresivo para señalar este supuesto que las palabras de Baldo de Ubaldis: *ius civile in se nihil superfluum habet, quod in iure*

et primas causas considerat et de principiis omnium aliarum scientiarum iudicat, et etian de ista ad iuritas; unde meritor dicitur. Est enim res sanctissima ista civilis sapientia ut Ulpianus ait. Ipsa enim causas altissimas considerat. Quia est divinarum atque humanarum rerum notitia et cognitio, iudicat de principiis aliarum scientiarum; ... et hoc consideratione bonus iudex recte sapiens dicitur et cum ad concilium sapientis recurritur vulgo de iurisperito intelligitur" (Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus de testibus* [*Tractatus testimoniorum*], § *Prudentia*, núm. I, fol. 145).

Pero, por otro lado, Bártolo agrega: "*Scientia autem est habitus speculationis demonstrativus ratione vera considerans causas inferiores et hoc at scientias naturales spectat hoc quidem de universalibus et necessario se habentibus hoc nostra scientia et iuri nostrum attribuitur. Non solum enim divinarum, sed etiam humanorum et cognitio, sed etiam, universalibus iudicat*" (*Tractatus de testibus*, § *Prudentia*), núm. 2 (fol. 145).

"*Iura enim non ad singulares personas, sed generaliter constitutum et etiam necessari se habentibus ...*" (Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus de testibus*, § *Prudentia*), núm. 3, (fol. 145).

Pero la *civilis sapientia* es también un arte: "*Ars vero est habitus ratione nature factivus, unde pro talem habitum inspicit opus faciendum quibus transit in materiam exteriorem ut aliquod opus domus, liber et merito cum iura nostra primum*", núm. 4 (fol. 145).

[Consiguientemente], *secundum diversas considerationes* [las que hemos transcrito] *potest ius nostrum appellari sapientia, scientia et ars* (Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus de testibus*, § *Prudentia*), núm. 4, (*in fine*), fol. 145).

Esto sitúa a la jurisprudencia (*civilis sapientia*) en el más alto nivel de las ramas del saber. En el *Tractatus de regimine civitatis*, Bártolo señala: "*haec investigatio necessaria est iuristis: quoniam domini universales, dum de reformatione civitatis tractant vel iuristas consulunt, vel eis committunt; vel cum ipsi assident apud eos, de regimine civitatis querela proponitur*" (§ 16).

¹⁶ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet., Prima constitutio, Add., § Nomen et cognomina*, núm. 13, fol. 3 rv.

¹⁷ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet.*, 1,1,1, *Rubrica*, núm. 21, fol. 7 an.

¹⁸ *D.*, 50, 17, 106.

¹⁹ *D.*, 50, 17, 37.

²⁰ Sobre la persistencia de ciertos valores jurídicos en la teoría jurídica, véase: Shand, J. y Stein, Peter, *Legal Values in Western Society*, Edimburgo, Edimburgo University Press, 1974.

*nostro [ius civile] nihil reperitur superfluum nec vitio contrarietatis suppositum.*²¹ El corolario de este principio es la idea de que siempre hay una forma de “encontrar” el derecho aplicable, *i.e.*, de “decir” el derecho.

Otro principio que es siempre presupuesto por la actividad dogmática del jurista es el de la *legalidad*.²² Sobre este principio haré algunas consideraciones. El principio de legalidad es presupuesto en todo el discurso jurídico, tanto en la “descripción” (textos y tratados) como en la argumentación (alegatos). El principio de legalidad opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: (1) es regla de competencia; *i.e.*, en el derecho de un Estado (*legal system, Rechtsordnung*) todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad, requiere, necesariamente de *fundamentación jurídica*. (2) La legalidad *debe* controlar los actos de los funcionarios (*e.g.*, el exceso o desvío de poder, decisión *ultra vires*, son cuestiones jurídicas). Esto es lo que implica la máxima “*Sed sub lege non sub homine*”.

La significación de este presupuesto se revela cuando comparamos el contenido de los siguientes enunciados: ‘violar una norma o disposición’ y ‘violar o romper la legalidad’. Este presupuesto es central para entender, por ejemplo, la doctrina del constitucionalismo. Es fácil percatarse, que el “principio de constitucionalidad” —reclamo fundamental del constitucionalismo— no es sino un caso especial de legalidad. La idea de “imperio del derecho” (“estado de derecho” o, si se quiere, “gobierno constitucional”), como la exigencia de un auténtico proceso (*due process*) no son sino dos formas de hablar de la legalidad; ambas son reclamos o pretensiones, basadas en este principio.²³

Otro presupuesto de la labor del jurista, que cabe mencionar aquí, es que éste, en su actividad dogmática presupone la existencia de cier-

²¹ *Comm. in Dig. veteris, Prima constitutio, § Omnem*, núm. 7 (fol. 4 an).

²² Sobre el principio de legalidad como presupuesto de la ciencia jurídica, véase: Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, *cit.*, pp. 2 y ss.

²³ Ciertos problemas relativos a la nulidad de los actos jurídicos sólo se entienden presuponiendo el principio de legalidad.

tas instituciones jurídicas, e.g., *iurisdictio*, *actiones*, *res iudicata*, *et sit cetera* (cfr., *D.*, 50, 17, 207).

Contrariamente a los presupuestos y dogmas que son asumidos por los juristas, encontramos las *regulæ iuris*, las cuales no son asumidas, sino obtenidas de la experiencia (*i.e.* del derecho positivo). De conformidad con el modelo griego, toda ciencia (ἐπιστήμη) tiene sus propios principios,²⁴ consecuentemente, para que la jurisprudencia satisficiera el modelo de la ciencia griega, era necesario formular los primeros principios.²⁵ Los juristas romanos llamaron *regulæ* a los primeros principios del derecho (romano).²⁶ Estas *regulæ* (proposiciones generales) muestran la maestría con la que los juristas determinan el material relevante y la habilidad para aislar el elemento universal de la masa de casos y expresarlos en términos precisos, *i.e.* como *causæ coniectiones*.²⁷ Una explicación sobre el origen y significado de *regulæ iuris*, no la podemos hacer aquí. Me limitaré a dar una breve descripción de su funcionamiento.²⁸

Para saber lo que son las *regulæ iuris* es suficiente con leer detenidamente *Digesto*. 50, 17, 1:

*Regula est quæ rem quæ est breviter enarrat. Non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ait Sabinus quasi causæ coniectio est, quæ simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*²⁹

²⁴ Cf.: Aristotle, *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15.

²⁵ Cf.: *Anal. Post.*, 71b, 20-22.

²⁶ En ocasiones son llamados ὄροι, El *Liber ὄρων* de Q. Mucius Scaevola contenía además de ὄροι, *regulæ*.

²⁷ Este es un término procesal que se refiere a los argumentos substanciales de un litigio expresados en forma sucinta. En Gayo 2, 15 *in fine* se lee: *...deinde cum ad iudicem venerat, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere; quæ dicebatur causæ coniectio quasi causæ suæ in breve coactio*. (“... después ante el juez, [las partes] solían hacer una exposición breve y compendiada del litigio.... Esta exposición se llamaba sumario de la causa, porque se exponía sucintamente la propia causa”).

²⁸ Para una detallada explicación del significado y funcionamiento de las *regulæ iuris*, *Vid.*, mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica*, cit. Cap. IV.

²⁹ *Regula* [*i.e.* principio] es la descripción sucinta de lo que una cosa es [*quæ rem quæ est*]. No es por la *regula* que el derecho se crea; es del derecho [positivo] de donde la *regula* es obtenida. La *regula* realiza la descripción resumida de las cosas y, como sostenía Sabinus, esa es su razón de ser, tanto que si en algo está viciada pierde su función [no vale]”. He traducido *causæ coniectio* como ‘su razón de ser’ conservando el sentido de ‘argumento substancial’. Este es el sentido que tiene *causæ coniectio* en el derecho procesal romano.

Una parte muy importante de este pasaje es la siguiente: “...*Non est regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat...*”. Las *regulae* no surgen por generación espontánea, ni llegan a la mente por revelación. Las *regulae* son *construidas*; son resultado de la suma de los casos observados. Las *regulae* son los principios que yacen detrás de los casos individuales que comparten características comunes. Las *regulae* son alcanzadas únicamente mediante el mecanismo de ἐπαγωγή, (el mismo que usaban lógicos y geómetras).

Agregar más comentarios a *Digesto* 50, 17, 1, en cuanto a la forma de obtención de los primeros principios y su función es realmente superfluo. No hay nada que agregar al genio romano. Quizás, como recomienda Fritz Schulz es suficiente comparar *Digesto* 50, 17, 1 con *Anal. Post.*, 92b 26-27,³⁰ sólo para constatar la genealogía de las *regulae iuris*.³¹

Las *regulae* constituyen, propiamente hablando, los *prima iura principia* los cuales equivalen a las máximas de los dialécticos o a los *problemata* de los geómetras.³² Estas *regulae* son obtenidas por el jurista a partir del derecho positivo. Las *regulae iuris* realizan varias funciones. Primeramente, “compendian” el derecho: “*per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*” (*D.*, 50, 17, 1); introducen definiciones; “*nihil aliud es actio quam ius quod sibi debetur iudicio persequendi*” (*D.*, 44, 7, 51), “*obligatio est iuris vinculum*” (*Inst. Just.*, 3, 13, *pr*). Al establecer los conceptos fundamentales, prácticamente determinan las formas de creación jurídica del sistema: “*Lex est quod populus... constituebat*” (*Inst. Just.*, 1, 2, 4) “... *communis res publicae sponsio*” (*D.*, 1, 3, 1), “*Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit*” (*Inst. Just.*, 1, 2, 5). Con ello las *regulae iuris* señalan no sólo las *manner and form rules* —como dice la tradición del *Common Law*—, sino introducen la doctrina política del sistema, *i.e.*, la ideología subyacente del orden jurídico.

³⁰ En este pasaje Aristóteles dice:

Puesto que definir es probar la naturaleza... de una cosa o el significado de su nombre, podemos concluir que esa definición, si en ningún sentido prueba [su] naturaleza... es un conjunto de palabras que significan, precisamente, lo que un nombre significa”.

³¹ Cf.: *History of Roman Legal Science*, *cit.*, pp. 67, n. 2.

³² *Vid.*, Stein, Peter, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.* sobre las *regulae*, *Vid.*, mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica*, *cit.*, caps. IV y V.

Las *regulae* establecen, también, principios generales: “*nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*” (D., 50, 17, 37), “*impossibile nulla obligatio est*” (ibid., 185), “*lata culpa plane dolo comparabitur*” (D., 11, 6, 1, 1).

Asimismo, las *regulae iuris* establecen las reglas de “inferencia” (conjunto de reglas de inferencia *strictu sensu* y reglas de razonamiento analógico)³³ para interpretar e integrar el derecho. Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de *principios* o que simplemente “arreglen” su doctrina en forma deductiva para “reforzar” su validez, es un problema muy importante de la ideología de la jurisprudencia dogmática (y de la ciencia en general), el cual tengo que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio.³⁴ Sin embargo, aquellas doctrinas “bien construidas” han gozado, generalmente, de mayor autoridad (e.g., ‘teoría de la nulidad’, ‘teoría de la responsabilidad’, etcétera).³⁵ La jurisprudencia contiene, además, cantidad de criterios de clasificación que “ordenan” el material jurídico, e.g., *publicum et privatum* (cfr., *Inst. Just.*, 1, 3), “*omnes auter ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones*” (*Inst. Just.*, 3, 12), etcétera.

Esta formulación sinóptica no tiene más pretensión que mostrar la *motivación* central y algunas ideas fundamentales que se encuentran en la base de la jurisprudencia. Estoy consciente que esta formulación deja a un lado multitud de problemas. Sin embargo, es suficiente para mi limitado propósito: aclarar el concepto de ‘jurisprudencia dogmática’.

La *interpretatio prudentium* fue el primer sistema de metalenguaje del derecho del que tengamos noticia (D., 1, 2, 2, 5 y 6),³⁶ el cual ha devenido el paradigma de la jurisprudencia. A este respecto podemos

³³ Sobre el razonamiento analógico, *Vid.*, Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 227-261. Sobre las “inferencias” jurídicas, véase el capítulo: *La lectura jurídica y la construcción de inferencias en derecho* de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 315-337.

³⁴ *Vid.*, mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 253-268.

³⁵ *Vid. ibid.*, pp. 315-337, asimismo, véase: Strömholm, S., “Legal Hermeneutics: Notes on the Early Modern Development”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 22, 1978, pp. 213-241.

³⁶ Sobre la estructura y formación de la jurisprudencia pontificia, véase mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídicas*, caps. IV, V y VI.

decir que los pontífices hicieron con la antigua legislación lo mismo que Ulpiano hizo *ad edictum*, lo que Bártolo hizo con el *Corpus iuris*, lo que Blackstone hizo con las “leyes” de Inglaterra y lo que los civilistas franceses hacen con los artículos 1382 y 1383 *du Cône Civil*.

La jurisprudencia, como hemos visto, presupone ciertos dogmas relativos a valores específicos (validez intrínseca y virtudes del derecho). Pues bien, quien sostenga la tesis del ‘imperio del derecho’, necesariamente hará suyos tales dogmas y principios.

Por otro lado, si la jurisprudencia “reformula” el derecho positivo de un Estado (reino, república, principado), la jurisprudencia es, necesariamente, una teoría sobre las funciones (jurídicas) del Estado. En tanto (única) fuente *autoritativa* (*i.e.*, *dotada de autoridad*) sobre las cuestiones *prácticas* (en el sentido de lo que *debe* o *no debe* ser hecho), la jurisprudencia puede fundamentar (justificar) o proscribir una acción política o gubernamental.

Por último, quien, sin trivializar, hable de derecho, sólo lo puede hacer siguiendo los cánones reconocidos (principios fundamentales) de la jurisprudencia.