

CAPÍTULO 4 LA DOCTRINA

109. La Importancia primordial de la doctrina. La doctrina fue durante mucho tiempo la fuente fundamental del derecho de la familia romano-germánica: es en las universidades durante los siglos XIII al XIX, en donde los principios generales de derecho fueron esencialmente extraídos; es solamente en una época recientemente que la primacía de la ley substituye a la doctrina, con el triunfo de las ideas democráticas y de la codificación.

Lo reciente de este cambio y una consideración realista, no teórica, de lo que representa actualmente la ley ponen resaltar la verdadera importancia de la doctrina. Estos argumentos contrastan con las fórmulas simplistas comunes, conforme a las cuales la doctrina no es una fuente del derecho. Es evidente que esas fórmulas sólo tienen sentido si se admite, de acuerdo a la opinión preponderante en Francia en el siglo XIX, que todo el derecho se encuentra en las reglas de derecho que emanan de las autoridades públicas establecidas. Esta opinión es contraria a toda la tradición romano-germánica y dista mucho de ser mayoritariamente aceptable; actualmente es perfectamente identificable una tendencia consistente en el reconocimiento del carácter autónomo de un proceso de interpretación que ha abandonado la pretensión de descubrir exclusivamente el sentido gramatical o lógico de los términos de la ley o la intención del legislador.

Se ha pretendido conceptualizar solamente a las reglas de derecho, como derecho. Empero, para quien tenga una visión más comprensiva del derecho y, para algunos autores una visión más exacta, la doctrina constituye aun en la actualidad, como antaño, una fuente muy importante y muy viva del derecho.¹ Esta función se manifiesta en el hecho que es la doctrina la que forja el vocabulario y las nociones jurídicas que el legislador emplea; su labor se manifiesta de manera más palpable en el hecho que la doctrina desarrolla los métodos que servirán para descubrir el derecho e interpretar las leyes. A lo anterior habría que agregar la influencia que la doctrina puede tener sobre el legislador y sobre la jurisprudencia. No es poco frecuente que el legislador se limite a dar efecto a tendencias desarrolladas y propuestas por la doctrina. Igualmente los juzgadores modifican con frecuencia su posición e incluso provocan cambios, bajo la influencia de las críticas o las propuestas hechas por la doctrina. Se pueden identificar relaciones reales entre legislación y la doctrina. La doctrina actúa en el legislador y provoca su reacción; se trata de una fuente del derecho que incide de manera mediata. La doctrina ejerce también una función en la aplicación de la ley; es difícil negar su calidad de fuente del derecho en esta actividad, sino se quiere distorsionar la realidad.

110. El derecho francés y el derecho alemán. La doctrina tiene, de hecho, una importancia capital, ya que es ella la que crea en los diversos países los diferentes instrumentos de trabajo de los juristas. La diferencia entre los instrumentos creados y empleados puede en muchos casos ser una fuente de dificultad para el jurista extranjero y dar la impresión que dos derechos, en realidad cercanos uno del otro, están separados por diferencias esenciales. Es en ese aspecto, nos parece, lo que ha sucedido en las relaciones entre el derecho francés y el derecho alemán, y es allí en donde

¹ A.J. Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIX^e siècle à nos jours*, 1975.

se encuentran una de las causas de la oposición, tan frecuentemente hecha, entre derechos “latinos” y derechos “germánicos”.

Más que una diferencia de fondo entre el derecho alemán y el derecho francés, lo que incomoda a un jurista francés cuando estudia el derecho alemán, es la diferencia que en la forma, existe entre los modos de expresión de los juristas franceses y alemanes. Los juristas alemanes, al igual que los juristas suizos, tienen una predilección marcada por la fórmula de Códigos anotados (Kommentare), que existe también en Francia pero que está reservada en ese país a los abogados. El instrumento preferido de los juristas franceses es el tratado o manual, más sistemático; en la actualidad, en ausencia de tratado o de manual se recurre a un repertorio alfabético y no a un código anotado; el derecho penal es la única disciplina en la que Francia observa su fidelidad a la fórmula del código anotado, más por la función preponderante que tiene en la realidad, que como virtud de una simple ficción, que conservó la ley en este ámbito.

111. Países latinos. Existen indicios que los modos de expresión de las doctrinas alemana y francesa se están aproximando, ya que por una parte en Alemania, los Kommentare se están volviendo más doctrinales y críticos y por otra parte, los manuales o tratados (Lehrbücher) se interesan más por la jurisprudencia y al derecho práctico en Alemania. Por el contrario las obras jurídicas escritas en Italia y en los países de lengua española o portuguesa continúan provocando desconcierto para el jurista francés.

Un dogmatismo extremo caracteriza de manera general a esos libros: dogmatismo que no deja de sorprender al jurista francés cuando se sabe que son las mismas personas que escriben esas obras y que ignoran sistemáticamente el estudio de la jurisprudencia, pero que en otro ámbito de sus actividades, son muy frecuentemente en esos países, en otra face de su actividad, los abogados y asesores jurídicos más prácticos. Estos autores poseen extensas bibliotecas cuyo acervo contiene muy especialmente compilaciones de la jurisprudencia nacional. La historia coadyuva a explicar este curioso desdoblamiento de personalidad que se vincula con el dualismo, anterior a la codificación, del derecho de las universidades y del derecho de la práctica. Estos países han resultado más fieles a la tradición pandectista que la misma Francia o Alemania. No se considera que la enseñanza del derecho tenga como principal objetivo exponer a los estudiantes la manera en que se resolverán las controversias en la práctica; lo que es trascendente es que los estudiantes asimilen los conceptos y elementos básicos de los cuales está hecho el derecho. Las soluciones son puntuales y cambiantes; lo esencial es el sistema. El derecho debe en esta concepción ser visto como una ciencia plenamente autónoma que conviene separarlo de la historia: ¿el Corpus juris civilis no tuvo durante siglos valor de ley aun cuando la sociedad había cambiado por completo?