

## EXCURSUS II

### LA JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA \*

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 apartado. Sin embargo, cabe aclarar que sólo me ocuparé de aquellas cuestiones que son relevantes para el argumento de este libro.

La jurisprudencia dogmática (o, simplemente, jurisprudencia), 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.<sup>1</sup> Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas.<sup>2</sup>

En cierto sentido, la jurisprudencia es el metalenguaje del derecho: constituye el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho. La “descripción” que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La “interpretación” que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación literal del material jurídico. La jurisprudencia analiza, pondera argumentos, verifica su

\* Mientras aparecía una segunda edición de la obra que antecede este libro (*vid. supra: Prefacio*), publiqué varios trabajos sobre este tema que enumero a continuación y a los cuales remito al lector: *El derecho y la ciencia del derecho. (Introducción a la ciencia jurídica)*, *cit.*; “El modelo racional de la primera jurisprudencia”, en Faralli, C. y Pattaro, E. *Reason in Law*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, t. II, (*Legal Philosophical Library. An International Series on Philosophical and Theory of Law*, 6.2), pp. 239-256; “La ciencia jurídica y su aspecto empírico. (Notas sobre los enunciados jurídicos y su falsificabilidad)”, *cit.*, “La «lectura» jurídica y la construcción de inferencias en derecho. (Un efoque sobre la interpretación doctrinal)”, *cit.*

<sup>1</sup> *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, R., “Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del *Common Law*”, *cit.*, p. 348.

<sup>2</sup> También se encuentran en las *rationes decidentis* de los tribunales (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.

consistencia con la base del sistema, etcétera, con el propósito de determinar el *derecho aplicable* a una *cuestión jurídica*.

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 justamente la jurisprudencia consiste en “encontrar” y aplicar los *principios* de interpretación del (lenguaje del) derecho.<sup>3</sup> “La lectura jurídica de un enunciado del derecho (*i.e.*, de una legislación) no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho”.<sup>4</sup>

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 Geiger ha usado el término ‘tesoros culturales’ para denotar fenómenos similares, *e.g.*, la obra literaria. Existen aún cuando sus contenidos no estén presentes en la mente de ninguna persona en particular”.<sup>5</sup>

De lo anterior se desprende que el objeto de la jurisprudencia (dogmática) es la “reformulación” del derecho positivo, entendiendo por tal, el conjunto de “normas”, prácticas, convenciones, etcétera, establecido por actos sociales (históricos) aceptados como las instancias institucionales creadoras del derecho.<sup>6</sup>

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

<sup>3</sup> Cfr., Mi libro *El derecho y la ciencia del derecho*, *cit.*, pp. 122-137.

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

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

<sup>6</sup> Sobre el concepto de derecho positivo que manejamos, véase: Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, (Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). México, UNAM, 1985, pp. 55-73. Sobre el carácter dogmático de la “aceptación” del derecho positivo por parte del jurista, véase: Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica; con referencia particular a la dogmática dogmática penal*, *cit.*

doctrina.<sup>7</sup> 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, la dogmática del *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... [E]stán educados para analizar situaciones complejas... con objeto de compendiar los hechos relevantes... Y están enseñados a pensar en términos técnicos...<sup>8</sup>

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, de forma más bien dogmática, que ésta, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.<sup>9</sup> Con independencia de que lo haya logrado o no, esta forma o estructura de la jurisprudencia sigue siendo el *paradigma* —en el sentido que Thomas Khun da a este término—<sup>10</sup> 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 consequentes, debet primo scire antecedentes*.

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

<sup>8</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 2 (las cursivas son nuestras). 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*.

<sup>9</sup> Cfr., La Pira, G., “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’arte sistematica”, en *Bollettino dell’Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, 1934, pp. 336-355; *Id.*, “Il metodo”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 1, 1935, pp. 319-348; *Id.*, “Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bollettino dell’Istituto di 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 Service*, *cit.*, pp. 38-98; *Id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, *cit.*, pp. 122-137 y 143-150.

<sup>10</sup> Cfr., Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

*tes... qui vult scire principiata debet noscere principia.*<sup>11</sup> *Artem perfecta non noscit qui non noscit euis principis.*<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> Estos principios podemos dividirlos en: 1) concepciones fundamentales; 2) presupuestos fundamentales, y 3) *regulae*. 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 aequi* (*D. 1, 1, 1, 1*), *veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes* (*D. 1, 1, 1, 1*).<sup>24</sup> *Potest ius nostrum* [jurisprudencia] *appellar sapientia, scientia et arts* (cfr. Bártolo de Sassoferrato), *Tractus de testibus* [*Tractatus testimoniorum*], § *Prudentia*, núm. 4, fol. 145).<sup>15</sup> *Ista scientia [scientia legum] est nobilis quia habet no-*

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

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

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> La jurisprudencia, a la cual llama Bártolo '*civilis sapientia*', sólo es comparable con la metafísica y a la teología: "*Est enim sapientia habitus speculationis, considerans causas altissimas, et haec principaliter ad theologiam et methaphysicam, quae Deum et primas causas considerat et de principiis omnium aliarum scientiarum iudicat, et etiam de ista ad iuritas; unde meretur 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 hac consideratione bonus iudex recte sapiens dicitur et cum ad consilium sapientis recurritur vulgo de iurisperito intelligitur*" (Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus de testibus* [*Tractatus testimoniorum*], § *Prudentia*, núm. 1, fol. 145).

Pero, por otro lado, Bártolo agrega: *Scientia autem est habitus speculationis de-mostraturus 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 humanarum est*

*bile subiectum* (Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet., Prima constitutio, Add.*, § *Nomen et cognomina*, núm. 13, fol. 3 rv.). *Et sic ius nostrum applicat sibi totam moralem philosophiam* (Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. Vet., 1, 1, 1, Rubrica*, núm. 21, fol. 7 an.). También postulan ciertos dogmas sobre los “valores” del derecho, e.g. *libertas inaestimabili rest est (D. 50, 17, 106), omnes homines equales sunt (D. 50, 17, 37)*.<sup>16</sup>

En cuanto a los presupuestos permítaseme mencionar y comentar algunos. 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 nostro [ius civile] nihil reperitur superfluum nec vitio contrarietatis suppositum*.<sup>17</sup> Existe, así, una solución jurídica “apropiada” para toda “cuestión jurídica”.

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 supuesto por la actividad dogmática del jurista, es el de la *legalidad*;<sup>18</sup> sobre este principio

*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 naturae 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).

[Consignientemente], *secundum diversas considerationes* [las que hemos transcrito] *potestat 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).

<sup>16</sup> Sobre la persistencia de ciertos valores jurídicos en la teoría jurídica, véase: Shand, J. y Stein, Peter, *Legal Values in Western Society*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1974.

<sup>17</sup> *Comm. in Dig. veteris, Prima constitutio, § Omnem*, núm. 7 (fol. 4 an.).

<sup>18</sup> Sobre el principio de legalidad como supuesto de la ciencia jurídica, véase:

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 anunciados: ‘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 de “legalidad del procedimiento” (*due process*) no son sino dos formas de hablar de la legalidad; ambas son reclamos o pretensiones, basadas en este principio.<sup>19</sup>

Otro presupuesto de la labor del jurista, que cabe mencionar aquí, es que éste, en su actividad dogmática presupone la existencia de ciertas instituciones jurídicas, *e.g.*, *iurisdictio, actiones, res iudicata* (*cfr.*, *D. 50, 17, 207*).

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.<sup>20</sup> Estas *regulae* son aceptadas por el jurista dogmático sin cuestionar su validez. Más que presupuestos, son sus herramientas de trabajo. Las *regulae* 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.

Harris, J.W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concept Legal Rule and Legal System*, *cit.*, pp. 2 y ss.

<sup>19</sup> Ciertos problemas relativos a la nulidad de los actos jurídicos sólo se entienden presuponiendo el principio de legalidad.

<sup>20</sup> *Cfr.*, Stein, Peter, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*

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* 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.

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

Asimismo las *regulae* establecen las reglas de “inferencia” (conjunto de reglas de inferencia *strictu sensu* y reglas de razonamiento analógico)<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Sin embargo, aquellas doctrinas “bien construidas” han gozado, generalmente, de mayor autoridad (*e.g.*, ‘teoría de la nulidad’, ‘teoría de la responsabilidad’, etcétera).<sup>23</sup> La jurisprudencia contiene, además, cantidad de criterios de clasificación que “ordenan” el material jurídico, *e.g.*, *publicum et privatum (Inst. Just., 1, 3), omnes auter ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad acciones (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’.

<sup>21</sup> Sobre el razonamiento analógico, véase: Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, cit.*, pp. 227-261. Sobre las “inferencias” jurídicas, véase mi trabajo: “La «lectura» jurídica y la creación de inferencias en derecho”, *cit.*

<sup>22</sup> Véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho, cit.*, pp. 132-133.

<sup>23</sup> Sobre el particular véase mi trabajo: La «lectura» jurídica y la construcción de inferencias en derecho”, *cit.*; asimismo, véase: Strömholm, S., “Legal Hermeneutics: Notes on the Modern Development”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 22, 1978, pp. 213-241.

La *interpretatio prudentium* fue el primer sistema de metalenguaje del derecho del que tengamos noticia (*D. 1, 2, 2, 5 y 6*),<sup>24</sup> el cual ha devenido el paradigma de la jurisprudencia. A este respecto podemos 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 Code 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.

<sup>24</sup> Sobre la estructura y formación de la jurisprudencia pontificia, véase el material señalado arriba con el asterisco.