

<b>CAPÍTULO IX. FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA . . . . .</b>	<b>139</b>
<i>1 Filosofía del derecho . . . . .</i>	<i>139</i>
<i>2 Metodología jurídica. . . . .</i>	<i>141</i>
<i>3 La jurisprudencia . . . . .</i>	<i>143</i>
a) <i>Objeto. . . . .</i>	<i>143</i>
b) <i>La “descripción” del derecho . . . . .</i>	<i>145</i>
<i>4 Carácter dogmático de la jurisprudencia .. . . .</i>	<i>148</i>

FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA JURÍDICA  
Y JURISPRUDENCIA

SUMARIO: 1. *Filosofía del derecho*. 2. *Metodología jurídica*. 3. *La jurisprudencia*. a) *Objeto*. b) *La "descripción" del derecho*. c) *Sus funciones*. 4. *Carácter dogmático de la jurisprudencia*.

1. *Filosofía del derecho*

Un pronunciamiento sobre la filosofía del derecho es una condición para poder hablar tanto de su historia como de sus fundamentos. Desafortunadamente los iusfilósofos (y los juristas) no se han puesto de acuerdo sobre los alcances de esta disciplina. No obstante, existen ciertos rasgos ampliamente compartidos, de forma que es posible hacer una caracterización de su naturaleza como de su objeto de estudio.

La expresión 'filosofía del derecho' algunas veces es usada, en el discurso jurídico, como sinónimo de 'jurisprudencia' (en el sentido de ciencia del derecho). En un sentido más restringido se usa como sinónimo de la expresión: 'filosofía jurídica'. Por 'filosofía del derecho', o más correctamente: 'filosofía jurídica', normalmente se entiende una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. Dentro de este orden de ideas puede ser descrita como rama de la filosofía general, interesada en el examen de los problemas jurídicos más fundamentales, distinta de las disciplinas que describen el derecho histórico, nacional o internacional. La filosofía jurídica aborda cuestiones tales como: la 'naturaleza' y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia al derecho, etcétera. En este sentido, la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como con la filosofía política.

Existe la concepción (más bien desacreditada) de que la filosofía es (y, con ella, la filosofía jurídica) la formulación de principios universales y últimos de todas las cosas (*inter alia*: del derecho). Dentro de esta concepción, la labor del filósofo y la del iusfilósofo toma la forma

de una especulación ontológica sobre sustancias primeras o sobre entidades inmutables y absolutas.

Existe un concepto más técnico y más riguroso de filosofía jurídica. Para esta concepción, mayormente imperante (y más fructífera), el objeto específico de la filosofía jurídica lo constituye la ciencia del derecho, *i.e.*, la jurisprudencia. En este sentido, la filosofía jurídica es a la jurisprudencia lo que la filosofía de la ciencia es para las disciplinas científicas. Desde este punto de vista, la filosofía jurídica, primeramente, se ocupa de exponer los principios y dogmas generales de la jurisprudencia. Los juristas, al describir el derecho, parten de ciertos presupuestos y dogmas que normalmente no son explicitados (*e.g.* el carácter sistemático del derecho —el derecho, para los juristas es un orden consistente—, la racionalidad del derecho, etcétera). Descubrir y esclarecer los dogmas y principios presupuestos por los juristas en su función dogmática, es tarea de la filosofía jurídica.

De esta manera, la filosofía jurídica se ocupa de describir la labor de los juristas. ¿Qué hace el jurista? Q. Mucius Scaevola expone, en su *Ius civile*, el derecho romano del siglo I; Aubry y Rau, en su *Cours du droit civile*, describen el derecho civil francés del siglo XIX; E.C.S. Wade y G. Godfrey Phillips, por su parte, en su *Constitutional and Administrative Law*, abordan el derecho constitucional inglés de nuestros días. Describir la labor de los juristas (*i.e.* conocer y explicar el derecho), denominada desde antiguo: *iurisprudentia* (*cf.* *D. 1, 1, 10*) es, pues, el objeto específico de la filosofía jurídica.

La descripción de la labor de los juristas parece asimilar la filosofía jurídica a la sociología. Sin embargo, la filosofía jurídica se refiere a la labor de los juristas de una manera particular: se ocupa de esclarecer y analizar las "teorías" y conceptos jurídicos (así como los presupuestos y dogmas) que usan los juristas, es decir, esclarece y analiza el uso que los juristas hacen de conceptos como 'validez', 'norma', 'deber', 'personas', 'jurisdicción', etcétera (formulando las implicaciones necesarias de dichos conceptos). En este sentido, la filosofía jurídica explica el *significado* de los conceptos jurídicos que usan los juristas. Cierta análisis conceptual constituye el objeto de la filosofía jurídica.

De lo anterior, se sigue que la filosofía jurídica es una reflexión de *segundo orden*: aborda cuestiones del tipo siguiente: ¿qué características distinguen a la jurisprudencia de cualquier otro tipo de disciplina?, ¿qué procedimientos sigue el jurista para describir el derecho?, ¿cuál es el *status* de los enunciados y principios jurídicos?

Es indispensable distinguir entre hacer jurisprudencia y el análisis sobre la jurisprudencia, es decir, sobre cómo es hecha (o debe ser hecha) la jurisprudencia. La filosofía jurídica es, consecuentemente, una disciplina *metajurídica*, cuyo objeto de estudio lo constituye el análisis de los conceptos, métodos y estructura de la ciencia jurídica:

<i>Nivel</i>	<i>Disciplina</i>	<i>Objeto</i>
2	Filosofía jurídica	Análisis de los conceptos y procedimientos de la jurisprudencia.
1	Jurisprudencia o ciencia del derecho	Descripción o explicación del derecho.
0	-----	Derecho.

La determinación de la línea divisoria entre la filosofía jurídica y la jurisprudencia puede ser difícil en la práctica (aunque esto no oscurece en nada el criterio de la distinción). La exposición de la filosofía jurídica de Bártolo, Rudolf von Ihering, Hans Kelsen, por ejemplo, requiere de un deslinde entre lo que estos autores hicieron de filosofía jurídica de lo que hicieron de ciencia del derecho (*i.e.* de jurisprudencia). Muchas ocasiones sus análisis o fundamentos filosóficos (metateóricos) se encuentran implícitos en las "teorías" que formulan al describir el derecho.

Aunque este deslinde es imprescindible, no puede negarse que ambas disciplinas se interpenetran. No se puede, por ejemplo, hacer filosofía jurídica sin formular —o reformular— enunciados de la jurisprudencia —*i.e.* de la ciencia del derecho—. El jurista que ignora la filosofía jurídica no sabrá el alcance de sus conceptos y sus caracterizaciones. De la misma forma, el iusfilósofo que ignora la ciencia jurídica no está en posibilidad de pronunciarse acertadamente sobre los conceptos o métodos de la jurisprudencia. Sobre el particular resulta muy oportuna la afirmación de Rudolf Carnap de que es imposible realizar una labor importante en la filosofía de la ciencia sin conocer muy bien los resultados de la ciencia.<sup>1</sup>

## 2. Metodología jurídica

La metodología es modernamente concebida como una parte de la

<sup>1</sup> Carnap, Rudolf, *Fundamentación lógica de la física*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969, p. 250.

lógica (y, como tal, parte de la filosofía). Su objeto de estudio lo constituye el análisis de los métodos, en el sentido de *μεθoδος*, *i.e.* de los métodos de la "ciencia": de aquellas *estrategias* relacionadas con la "explicación científica".

En un sentido más amplio puede entenderse a la metodología como una "gramática" de la ciencia (en este sentido es parte de lo que se entiende por *filosofía de la ciencia*). Consecuentemente, la metodología es una reflexión de *segundo orden* que se interesa por describir cómo se construye la ciencia.

La metodología se ocupa del estudio *a posteriori* de los procedimientos científicos; se preocupa particularmente, por saber cómo se ha construido aquello que se llama 'ciencia'. La metodología es predominantemente *descriptiva* y se interesa por explicar los *métodos canónicos* (aceptados) del proceder científico.

Así como no podemos confundir a la filosofía de la ciencia con las disciplinas científicas, no podemos confundir a la metodología (como lógica de los enunciados científicos, parte de la filosofía de la ciencia) con la misma ciencia. La metodología es un análisis *metateórico* del quehacer científico.

La metodología se ocupa de la estructura, de los procedimientos, de la estrategia, de la faena científica, no del análisis conceptual, ni de la crítica o evaluación de sus rendimientos.

Esta diferencia la podemos observar en la siguiente explicación. Pensemos en un procedimiento simple de generalización.

$$\begin{array}{l} a_1 \text{ tiene la propiedad } P \\ a_2 \text{ tiene la propiedad } P \\ a_3 \text{ tiene la propiedad } P \\ \hline (a)a \text{ tiene la propiedad } P \end{array}$$

A la metodología no le interesa saber qué denota ' $a_1$ ' ni qué alcances tiene  $P$ , le interesa describir cómo se hace la *generalización empírica*. (Un conocimiento claro de estos procedimientos puede servir para evaluar la fuerza de un argumento, para determinar su alcance, etcétera; pero no es el propósito de la metodología.)

La metodología jurídica es para la jurisprudencia, *i.e.* ciencia del derecho, lo que la metodología general es para las disciplinas científicas. La metodología jurídica es una reflexión de segundo orden, parte de la

filosofía jurídica (en el sentido riguroso anteriormente señalado), que se ocupa por describir los métodos canónicos (aceptados) de la jurisprudencia.

En un sentido anómalo y trivial (aunque ampliamente divulgado o asociado con la expresión 'metodología') se entiende por metodología jurídica el estudio de diversas técnicas jurídicas (técnicas legislativas, técnicas de enseñanza del derecho; etcétera). La metodología jurídica, realiza la misma *reducción* que lleva a cabo la metodología general: se ocupa sólo de los métodos que han usado los juristas en la construcción de la jurisprudencia. La metodología jurídica no es un recetario de técnicas para legislar, incorporar, o enseñar derecho; es, si se quiere, una técnica de cómo se hace (o mejor) de cómo se ha hecho la ciencia del derecho. Al igual que la metodología general, la metodología jurídica es una disciplina preponderantemente descriptiva, la cual no se ocupa de evaluar o criticar los rendimientos de la jurisprudencia.

### 3. La jurisprudencia<sup>2</sup>

#### a) Objeto

El término 'jurisprudencia' designa la actividad que realizan los juristas cuando "describen" el derecho. Actividad que normalmente se denomina 'ciencia del derecho', 'doctrina', 'dogmática jurídica', etcétera. Literalmente la palabra significa 'conocimiento del derecho' ("*divinorum atque humanorum rerum notitia iusti et iniusti scientia*").<sup>3</sup> Este es su significado ordinario. (Ciertamente, los romanos tenían una muy alta concepción de lo que entendían por 'conocimiento del derecho'.<sup>4</sup>)

Teniendo en cuenta lo expuesto en el curso del trabajo puedo caracterizar a la jurisprudencia como la disciplina<sup>5</sup> conocida comúnmente como 'doctrina' que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Más sobre jurisprudencia *vide*: Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político. (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, cit., pp. 113-120.

<sup>3</sup> *Inst. Just.*, I, 1; *D. I.*, 1, 10. *Cfr.* Jolowicz, H.F., *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 1.

<sup>4</sup> *Cfr.* Holland, T.E., *The Elements of Jurisprudence*, Londres, 1924, p. 2; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica*, cit., pp. 861-869.

<sup>5</sup> Oficio intelectual que alguien practica siguiendo cánones reconocidos.

<sup>6</sup> En mi ensayo: "Comentarios sobre la justicia constitucional y la tradición ju-

Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas.<sup>7</sup> Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho. Para tal objeto proceden, primeramente, a *identificar* su objeto; posteriormente lo “describen”. El primer paso, la identificación de los *materiales jurídicos*, es un procedimiento bastante simple. El jurista tiene como derecho aquel material y sólo aquel que ha sido *establecido* por las *instancias sociales reconocidas* como las instancias creadoras del derecho (sin cuestionar su legitimidad).

El jurista al hacer jurisprudencia (civil, penal, mercantil, etcétera) describe un derecho *puesto* (no supuesto), establecido. La jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho histórico. En este sentido se puede considerar a la jurisprudencia (*i.e.* ciencia del derecho) como la *ciencia*<sup>8</sup> del derecho positivo.<sup>9</sup>

Caracterizar de “positivo” al objeto de la jurisprudencia presupone que los juristas trabajan con un objeto ‘derecho’ (haciendo a un lado el problema del uso de esta expresión) que posee características *empíricamente verificables*. La “reducción” del objeto de la jurisprudencia al derecho positivo es un requerimiento persistente en gran número de autores. Pero es importante subrayar que esta idea, este carácter o rasgo de la jurisprudencia no obedece a la adopción de una de las tesis del positivismo jurídico; tal carácter deriva del hecho de que la jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho *dado* (el derecho suizo, el derecho constitucional francés, derecho mercantil italiano, etcétera). De ahí que los juristas, independientemente del credo, ideología o concepción jurídica que sostengan, cuando *hacen jurisprudencia*, *i.e.* cuando describen un determinado derecho, trabajan de forma similar y usan como materia prima *materiales jurídicos* que han sido “establecidos”, materiales jurídicos empíricamente verificables. Cuando un jurista describe o interpreta el derecho, tiene que usar materiales jurídicos que, siendo empíricamente verificables, caracterizan al derecho que manejan como ‘positivo’. Se hace jurisprudencia de un derecho histórico

dicial del Common Law” (*Anuario Jurídico*, año V, núm. 5, 1979, México, UNAM, p. 348), formulé una noción semejante, de la cual elimino “ni su pertenencia a un cierto orden jurídico”, por considerarla errónea (*cf.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, *cit.*, p. 113).

<sup>7</sup> En el sistema del *Common Law* gran cuerpo de doctrina se encuentra en los *rationes decidendi* de las resoluciones judiciales.

<sup>8</sup> ‘Ciencia’ en el sentido señalado en el capítulo VII.

<sup>9</sup> T.E. Holland define la jurisprudencia como “la ciencia formal del derecho positivo” (*The Elements of Jurisprudence*, *cit.*, p. 13).

(de todo el orden jurídico o de una de sus partes, e.g. derecho civil, administrativo).

Esta concepción será combatida apasionadamente por muchas personas en virtud de que la palabra 'derecho' así como 'jurisprudencia' tienen un marcado significado emotivo. Diferentes corrientes del iusnaturalismo rechazarán enérgicamente esa concepción. Sin embargo, creo que lo anterior no es parte del debate 'positivismo vs. iusnaturalismo'. Manteniendo cada una de las posiciones del debate (si eso fuera posible) me atrevo a afirmar que el derecho natural (sea lo que sea) no es objeto de la jurisprudencia dogmática. La reflexión iusnaturalista es una crítica del derecho (positivo) o la formulación de patrones que regulan o deberían regular la creación o aplicación del derecho positivo.

### b) La "descripción" del derecho

La descripción que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La jurisprudencia "ordena" (o reordena) el material jurídico para construir un todo "sistemático" y "consistente". La jurisprudencia asigna, así, cierto significado a los materiales que describe. Determina su sentido "auténtico", así como su alcance; en suma: los interpreta.

La interpretación que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación literal del material jurídico. La manera en que la jurisprudencia adscribe significados al material jurídico es peculiar a la jurisprudencia. Sólo por ella sabemos qué son, qué alcance tienen y cómo funcionan los materiales jurídicos.

Este último argumento me condujo 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. "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>10</sup>

La jurisprudencia realiza, por decirlo así, una selección del material jurídico, lo ordena en función de ciertos presupuestos fundamentales: hace la *summa* del material jurídico.

<sup>10</sup> Cfr. *supra*, pp. 127 y 128.

Del material jurídico dado la jurisprudencia obtiene los principios generales del sistema (las *regulae* de la jurisprudencia romana o los *maximae propositiones* de la jurisprudencia medieval).<sup>11</sup> De los principios generales (sean definiciones, axiomas, máximas) los juristas obtienen nuevos enunciados jurídicos que se tienen por consecuencias “lógicas”, (prácticas o deónticas) de los materiales jurídicos que constituyen la base (dada) del sistema.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia, al identificar, interpretar y ordenar el material jurídico (así como al establecer principios generales y reglas de interferencia, eliminar inconsistencias e integrar lagunas), “reformula” el derecho positivo. Esta “reformulación” la lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina. Es justamente en este *corpus* de doctrina donde encontramos los lineamientos que nos indican cómo identificar (fuentes, vigencia, eficacia), ordenar, interpretar e integrar el derecho positivo.

La aceptación de las doctrinas de la jurisprudencia no se hace explícita ni se justifica (o no necesariamente). Considerada como un *corpus* válido de principios, la jurisprudencia posee un alto valor estimativo y autoritativo.

Haciendo una formulación sinóptica —no exhaustiva— de la jurisprudencia, cabe decir que ésta, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.<sup>12</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>13</sup> de la jurisprudencia de occidente.

La labor del jurista presupone ciertas concepciones (dogmas) fundamentales sobre el derecho y la jurisprudencia: e.g. “*ius est ars boni et aequi*”;<sup>14</sup> “[*P*]otest *ius nostrum appellari sapientia et ars*”,<sup>15</sup> etcétera. El jurista, en su función dogmática presupone no sólo virtudes sino características más complejas del derecho las cuales determinan decisivamente la actividad jurisprudente. Los juristas, por ejemplo, asumen la normatividad o practicidad del derecho: presumen que el derecho es un

<sup>11</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, pp. 56-62 y 68.

<sup>12</sup> Cfr. *supra*: *La ciencia clásica*, pp. 110-117. Con las modificaciones producidas en el medioevo. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, cit., pp. 56-62 y 68.

<sup>13</sup> Cfr. Khun Thomas, S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

<sup>14</sup> *D. I, I, I, I.*

<sup>15</sup> Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus testimoniorum, Prudentia, 4, fol. 145.*

conjunto de *normas* (reglas, patrones o *instrucciones*) sobre lo que se *debe hacer*. En su actividad el jurista presupone, también, que el derecho es un *corpus* ordenado (*legal system*, *Rechtsornung*, *ordre juridique*) que posee, como característica esencial, ser exhaustivo y consistente. Nada más expresivo para señalar este presupuesto 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>16</sup> Así, el jurista presupone que existe 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 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*,<sup>17</sup> etcétera.

Las *regulae* constituyen, propiamente hablando, los *prima iura principia* (los cuales, como ya indiqué,<sup>18</sup> equivalen a las *maximae* de los dialécticos o a los *problemata* de los geómetras). Estas *regulae* son aceptadas por el jurista dogmático sin cuestionar su validez. Las *regulae* realizan varias funciones. Primeramente, *compendian* el derecho: "*per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*";<sup>19</sup> introducen definiciones: "*nihil aliud es actio quam ius quod sibi debetur iudicio persequendi*";<sup>20</sup> "*obligatio est iuris vinculum...*"<sup>21</sup> Al establecer los conceptos fundamentales, prácticamente determinan las formas de creación jurídica del sistema: "*Lex est quod populus... constituebat*";<sup>22</sup> "*...communis republicae sponsio*".<sup>23</sup> "*Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit*".<sup>24</sup> Con ello las *regulae* no sólo determinan qué tener como derecho (las *maner 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 reglas establecen, también, principios generales de la interpreta-

<sup>16</sup> Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. vetu.*, *Prima Constitutio*, *Ommen*, 7, fol. 4 *anv.*

<sup>17</sup> *Cfr. D. 50, 17, 207.*

<sup>18</sup> *Cfr. supra: Geometría y jurisprudencia*, pp. 129-134.

<sup>19</sup> *D. 50, 17, 1.*

<sup>20</sup> *D. 44, 7, 51.*

<sup>21</sup> *Cfr. Inst. Just.*, 3, 13, *pr.*

<sup>22</sup> *Cfr. Inst. Just.*, 1, 2, 4.

<sup>23</sup> *D. 1, 3, 1.*

<sup>24</sup> *Inst. Just.*, 1, 2, 5.

ción y aplicación del derecho: “*nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*”;<sup>25</sup> “*impossibile nulla obligatio est*”;<sup>26</sup>

Asimismo, las *regulae* establecen las reglas de “inferencia” (conjunto de reglas de inferencia *stricto sensu* y reglas de razonamiento analógico para encontrar el derecho aplicable. 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. Sin embargo, aquellas doctrinas “bien construidas” han gozado, generalmente, de mayor autoridad (e.g., “teoría de la nulidad”, “teoría de la responsabilidad”, etcétera).

La jurisprudencia contiene, además, cantidad de criterios de clasificación que “organizan” el material jurídico de acuerdo a su “naturaleza” (e.g., *publicum et privatum*;<sup>27</sup> *omnes auter ius quo utimur, vel ad actiones*.<sup>28</sup>

#### 4. Carácter dogmático de la jurisprudencia

Uno de los rasgos más característicos de la jurisprudencia es su naturaleza dogmática. La “aceptación” dogmática se presenta en dos momentos. El primero se da en la adhesión —no explicitada— de los juristas a los cánones, tradiciones, convenciones de la jurisprudencia (a los que me referí como “presupuestos fundamentales”) adquiridos durante la formación y la práctica profesionales. El segundo momento se da en la identificación de la *base fáctica* del sistema. Esta adhesión dogmática (particularmente la del primer momento) revela una situación harto paradójica. Por un lado, tenemos que desde antiguo han habido varias, diferentes e, incluso, opuestas ‘escuelas jurídicas’, por denominar así a las distintas corrientes del pensamiento jurídico, a las cuales los juristas hacen profesión de fe adhiriéndose a sus concepciones, rechazando las demás. Por otro lado, tenemos que, no obstante tal diversidad de concepciones, la labor de los juristas ha sido, desde siempre extraordinariamente similar. Si las concepciones de una escuela u otra pueden ser tan disímiles ¿por qué entonces la labor de los juristas ha sido prácticamente idéntica? No obstante, las profesiones de fe de los juristas a

<sup>25</sup> *D. 50, 17, 37.*

<sup>26</sup> *D. 50, 17, 185.*

<sup>27</sup> *Cfr. Inst. Just., I, 3.*

<sup>28</sup> *Inst. Just., 3, 12.*

diferentes escuelas jurídicas, cuando éstos realizan su labor *quae* juristas las esperadas diferencias no aparecen; en su lugar aparece un trabajo, por decir así, “estándar de juristas”. Sobre este particular me atrevo a decir que los pontífices hicieron con la arcaica legislación romana, lo mismo que Q. Mucio Scaevola hizo con el *ius civile* de su tiempo; lo mismo que Ulpiano hizo *Ad adicto*, lo que Bártolo hizo con el *Corpus iuris civilis*, lo que Blackstone hizo con las “leyes” de Inglaterra y lo que los civilistas franceses hacen con los artículos 1382 y 1383 del *Code Civil*. ¿Cómo se explica esto? ¿Existen, acaso, presupuestos propios a la jurisprudencia que anulan las adhesiones?

La caracterización del objeto de la jurisprudencia es hecha mediante el uso de conceptos (no explicitados) sacados del arsenal conceptual de los juristas (*e.g.* ‘vigencia’, ‘promulgación’, ‘eficacia’, ‘desuso’, ‘fuente’, etcétera). Los juristas hacen uso de estos conceptos de manera extraordinariamente parecida, con independencia de la definición que pueden dar del derecho o de estos mismos conceptos, de acuerdo con los postulados de la escuela jurídica que se acojan.

De hecho, abogados e, incluso, juristas pueden usar estos conceptos y, sin embargo, no poder explicarlos satisfactoriamente. Sobre el particular dice H. L. A. Hart que “todos nosotros nos vemos, algunas veces en este predicamento que es fundamentalmente el del hombre que dice ‘puedo reconocer un elefante cuando veo uno, pero no puedo definirlo’”.<sup>29</sup>

La “estandarización” de la actividad de los juristas se debe también, y quizás en mayor medida, al hecho de que los *materiales jurídicos* que manejan son seleccionados (identificados) sólo por características fácticas, tales como vigencia, o eficacia.<sup>30</sup> Una vez seleccionados, éstos devienen los componentes de los órdenes jurídicos (históricos). Estos componentes son disposiciones legislativas, decisiones judiciales, contratos, costumbres, etcétera, los cuales la jurisprudencia llama sucintamente: ‘normas jurídicas’ (para indicar sólo que son parte del orden jurídico —no importa que no se explique el concepto de norma—). Con respecto a la identificación de las “normas” que componen el orden jurídico, es cuando la jurisprudencia revela, de manera más clara, un carácter dogmá-

<sup>29</sup> *The Concept of Law, cit.*, p. 13. En el mismo lugar Hart ilustra este predicamento con las palabras de San Agustín cuando dice: “¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, sé; si quiero explicarlo a alguien que pregunta, no sé” (*Confesiones*, 16, 17).

<sup>30</sup> *Cfr.* Nino, Carlos C., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, cit.*, pp. 29-30.

tico (éste es el segundo momento, al que antes me referí). El criterio de identidad que utilizan es un criterio preponderantemente empírico. De aquí que la labor del jurista sea, como ya expliqué, necesariamente positivista. Los componentes de los órdenes jurídicos que los juristas “describen” son *prima facie*, creados, modificados y excluidos por *actos sociales empíricamente verificables, aceptados* —y aquí radica la adhesión dogmática— *como las instancias creadoras del derecho*.

Si observamos cuidadosamente la labor de los juristas (cuando identifican, interpretan, etcétera, el derecho) parece que, para que esta labor sea posible, es necesario que los juristas *asuman* (dogmáticamente) la existencia de ciertas normas jurídicas pertenecientes a un específico orden jurídico. ¿Cómo podría darse la actividad de los juristas, y con ella la de los jueces y abogados, si no pudieran contar, al menos, con ciertas normas básicas?

Las normas jurídicas que identifican han sido emitidas por ciertas *instancias* institucionalizadas:<sup>31</sup> sus “fuentes” (*i.e.* órganos legislativos, tribunales, etcétera). En este sentido, cabe decir que el jurista *acepta* como derecho las “normas” establecidas por la instancia *reconocida* como “creadora del derecho”. La jurisprudencia, insisto, trata del derecho *contenido en los órdenes jurídicos históricos*.

De esta forma la jurisprudencia y los juristas, tienen que resolver, entre otros, los siguientes problemas de gran importancia práctica: a) la identificación de las normas (particularmente la base fáctica del sistema); b) “inducción” de principios —*regulae*— c) el manejo de las normas y d) sistematización y organización del material.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 3 y 191.

<sup>32</sup> Cfr. Alchourrón, C.E., y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 111-144. Cfr. *supra*, pp. 130 y 133.