

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**TRADUCCIÓN DE LA OBRA “LA DOCTRINE”
De Philippe Jestaz y Christophe Jamin.**

Memoria para optar al Grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales.

AUTORES:

PASCALE DUFEU ABELIUK
DANIELA EJSMENTEWICZ CÁCERES

PROFESOR GUÍA:

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

Santiago, Chile
2008

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	11
La Doctrina: La palabra.	11
La Doctrina: La cosa.	
Primera realidad: un derecho de los sabios.	14
Segunda realidad: un fuente del derecho.	15
Tercera realidad: una colectividad de autores.	16
Comparaciones.	19
Terminología.	21
Epistemología.	22
PRIMERA PARTE	
Los orígenes históricos del concepto francés de la doctrina. (De Roma al siglo XX incluido).	
Prólogo: los doctores, de la pluralidad a la unidad.	23
CAPÍTULO 1: Los orígenes lejanos (Desde Roma hasta el código civil).	26
Sección 1: Los doctores de Roma.	27
□ 1 LA REPUBLICA O LA CREACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO (de 509 a 27 a.C).	27
Generalidades: un derecho de origen procesal	27
A. Los pontífices y la ampliación de las acciones de la ley (del siglo V al siglo II a.C.).	28
1º El poder original de los pontífices (hasta el año 300 a.C).	29
2º El nuevo poder de los pontífices (a partir del año 300 a.C).	29
B. Los Jurisconsultos y la creación de nuevas acciones (a partir del siglo II a.C).	31
1º El jurisconsulto seguido por el pretor.	31
2º El jurisconsulto precedido por el pretor.	32
□ 2 EL IMPERIO O LAS VICISITUDES DEL DERECHO DE LOS SABIOS (desde el año 27 a.C. al año 476 d.C.).	34
Generalidades las nuevas fuentes del derecho.	34

A. La apoteosis tramposa bajo el alto imperio (del año 27 a.C. al 284 d.C.).	35
1º) El Jurisconsulto oficializado por el poder imperial.	35
2º) El Jurisconsulto consagrado como autor.	36
B. La decadencia en el Bajo Imperio (a partir del año 284 d.C.)	37
1º) Muerte del derecho de los sabios.	37
2º) Transfiguración del derecho de los sabios.	39
Conclusión: la compilación de Justiniano (528-533).	40
Sección 2: Los doctores del antiguo derecho francés.	40
Generalidades: un derecho pluralista.	40
□ 1 LOS DOCTORES DE LA BAJA EDAD MEDIA (desde el siglo XII al siglo XV).	42
Prólogo: El "primer renacimiento" del siglo XII.	42
A. El regreso al derecho de los sabios.	44
1º) Los romanistas.	44
a) Los glosadores (1100-1250).	45
b) Los post-glosadores o comentadores (a partir de 1250).	46
2º) Los canonistas.	48
B. La influencia de los doctores en la evolución del derecho.	49
1º) Una influencia difusa.	49
2º) Una influencia desigual.	50
C. Los sectores del derecho ignorados por los doctores.	52
1º) Las costumbres.	53
2º) Las sentencias.	54
Conclusiones sobre la edad media.	55
□ 2 LOS DOCTORES DE LOS TIEMPOS MODERNOS (del siglo XVI al siglo XVIII).	56
A. La ciencia del derecho en el punto cúlmine del siglo XVI.	56
1º) La ciencia romanista separada de la práctica (de Budé a Cujas).	57
2º) La edad de oro de los juristas consuetudinarios (Dumoulin, Guy Coquille, Loysel y D' Argenté).	58
B. Los doctores bajo la monarquía absoluta.	60
1º) Los nuevos elementos.	60

a) El refuerzo el poder real.	60
b) El ascenso del racionalismo.	61
2º) Un periodo difícil para los doctores.	63
a) Una imagen desastrosa.	63
b) Una decadencia relativa.	65
3º) Dos grandes precursores del código civil.	67
a) Jean Domat (1625-1696).	67
b) Robert-Joseph Pothier (1699-1772).	70
Conclusiones: la herencia en la víspera del código civil.	72
CAPÍTULO 2: Los orígenes próximos (después del código civil).	73
Introducción: los doctores frente al nuevo derecho positivo.	73
Sección 1: La exploración del espacio jurídico en el siglo XIX (o la renovación de los doctores).	75
Generalidades: dos continentes a explorar.	75
□ 1 LA EXPLORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.	76
Prólogo: la exégesis del código.	76
A. La diversidad de los autores.	78
1º) Los profesores.	78
a) La primera generación.	78
1. Dos maestros provincianos: Toullier y Proudhon.	79
2. Delvincourt y la Escuela de derecho de París.	80
b) La segunda generación.	81
1. Los maestros parisinos. Durantón, Demante y Valette.	81
2. Demolombe: el comentario exegético.	83
3. Aubry y Rau: el comentario exegético.	84
2º) Los prácticos.	86
a) Merlin de Douai.	86
b) Los repetidores: Murlon y Delsol.	87
c) Los grandes comentaristas: Duvergier, Marcadé, Pont y Troplong.	88
B. La unidad de espíritu de los autores.	91
1º) Rasgos comunes, parte de la leyenda.	91
2º) Referencias realmente comunes.	93
a) La ausencia de espíritu especulativo.	93
b) El gusto de la controversia.	94
c) La relegación de la jurisprudencia.	95
d) La búsqueda de principios.	96

□ 2 LA EXPLORACION DE LA JURISPRUDENCIA.	99
Prólogo: los nuevos comentaristas de sentencias.	99
A. El análisis en derecho privado.	99
1º) El desarrollo de una escuela histórica francesa.	100
a) Los fundadores: alrededor de la Thémis.	100
b) Los continuadores: Foelix, Woloswki y Laboulaye.	103
2º) El mejoramiento de los soportes.	105
3º) "El examen doctrinal de las sentencias"	107
a) Los clásicos: el modelo de la Revista crítica de legislación y de jurisprudencia.	108
b) Los modernos: de la Recopilación Sirey a la Revista trimestral de derecho civil.	109
B. La exploración del derecho público.	112
1º) El poder tradicional del Consejo de Estado.	113
a) Los descifradores.	113
b) Édouard Laferrière	116
2º) La autoridad creciente de las facultades de derecho	118
a) Los precursores	118
b) Duguit y Hauriou	121
Sección 2: La domesticación del espacio jurídico en el siglo XX (o el triunfo de la escuela francesa).	123
Generalidades: una conquista discreta y colectiva.	123
□ 1 LA TEORIZACIÓN EXPLÍCITA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.	125
A. Retorno al periodo anterior a la teorización de las fuentes.	126
1º) El monopolio oficial de la ley.	126
a) El monopolio en las obras de introducción al derecho.	126
b) El monopolio en las introducciones incorporadas en estas obras.	129
2º) La evolución extraoficial de las otras fuentes.	130
a) Los factores de cambio.	130
b) La entrada en escena de la jurisprudencia.	131
c) La entrada en escena de la doctrina.	132
B. La eclosión de la teoría pluralista de las fuentes.	134
1º) El término de la omnipotencia de la ley.	134
a) La crítica al exclusivismo de la ley.	134
b) La crítica al método exegético.	136
2º) La nueva presentación de las fuentes.	137

a) Una presentación que renueva las introducciones al derecho.	138
b) Una presentación que le otorga un estatus oficial a la doctrina.	141
□ 2 LA CONSTRUCCION IMPLICITA DE LA IDENTIDAD DOCTRINAL.	142
Prólogo: la doctrina frente a las ciencias sociales.	142
A. Una identidad fundada sobre la primacía de la dogmática.	144
1º) La búsqueda de la objetividad científica.	144
a) Una reflexión abundante.	145
b) Una reflexión inacabada	147
2º) La vuelta a la ortodoxia jurídica.	149
a) La respuesta teórica al desafío de Demogue	150
b) La respuesta implícita de los fundadores de "teorías generales".	152
c) La ausencia de respuesta de los desafíos ulteriores.	157
B. Una identidad fundada sobre el magisterio de los profesores.	160
Prólogo: magisterio científico y magisterio moral	160
1º) La detención de la ciencia.	161
a) Una ciencia incomparable.	161
b) Una ciencia encarnada en los manuales.	163
2º) El prestigio universitario.	164
Conclusion de la primera parte.	166
SEGUNDA PARTE	
El status de la doctrina en Francia.	
Prólogo.	170
CAPÍTULO 1: Los elementos de la doctrina	172
Sección 1: El pensamiento de los autores.	172
□ 1 ¿QUÉ AUTORES?	172
A. Los juristas de profesión	172
1º) El divorcio entre el derecho y las ciencias humanas.	172
2º) La homogeneidad de la doctrina jurídica	174
B. Los juristas independientes	177
1º) La independencia respecto al poder.	177

2º) La independencia respecto del dinero.	179
a) La noción de la independencia de espíritu	179
b) La eventual influencia de las remuneraciones percibidas	180
□ 2 ¿QUÉ CIMIENTOS?	184
A. La doctrina publicada.	184
1º) Los géneros doctrinarios.	184
2º) La calidad doctrinaria.	187
B. La doctrina no publicada.	189
1º) La doctrina oral.	189
2º) Los documentos de difusión restringida.	191
Sección 2: El conjunto de autores.	192
□ 1 UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE UNIVERSITARIA.	192
A. La posición dominante de los universitarios.	193
1º) El rol de los modos de admisión.	193
a) La tesis.	193
b) El concurso.	194
2º) El rol de las tradiciones.	196
a) Los ritos de escritura.	196
b) Los ritos institucionales.	197
B. La dependencia de los otros autores.	199
1º) La diversidad de los autores.	199
2º) La imposición del modelo universitario.	200
C. El caso particular del derecho administrativo.	201
□ 2 UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE NACIONAL.	204
A. El carácter territorial de la doctrina.	204
1º) Una fuerte cohesión social.	205
2º) Subdivisiones por temas.	207
B. Las incursiones transnacionales.	208
1º) Los internacionalistas.	208
2º) Los comparativistas.	210
3º) Los teóricos del derecho.	212
CAPÍTULO 2: Las funciones de la doctrina.	213
Sección 1: La función de opinión.	214

□ 1 LA OPINIÓN DISCRETA:	
LA PRESENTACIÓN ERUDITA DEL DERECHO POSITIVO.	214
A. La identificación de las materias.	215
1º) La búsqueda de un objeto común.	215
a) El objeto moldeado por el legislador.	215
b) El objeto moldeado por la doctrina.	217
2º) La separación entre las materias.	219
a) La necesidad de la separación.	219
b) Artificios de la separación.	221
B. La puesta en orden de las materias.	222
1º) La técnica del plan.	222
2º) La búsqueda de principios.	224
3º) La confección de las teorías generales.	226
□ 2 LA OPINIÓN REIVINDICADA:	
EL EXAMEN CRÍTICO DEL DERECHO POSITIVO.	228
A. Los modos de expresión individual.	228
1º) La sugerencia del autor.	229
2º) El trabajo de experto institucional.	232
3º) Para la memoria: el informe en derecho.	234
B. Los modos de expresión colectivos.	234
1º) Los trabajos en los laboratorios de investigación.	234
2º) Los manifiestos o las peticiones.	236
a) En el 2000: el manifiesto Perruche.	237
b) En el 2001: la petición Catala.	238
c) En el 2002: la "respuesta" a la comisión europea	239
d) Ensayo de síntesis.	240
Sección 2: La función de legitimación.	240
□ 1 LA LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.	241
A. La legitimación por el análisis del derecho positivo.	241
1º) Los casos ordinarios.	241
2º) Un caso extremo.	243
B. La legitimación por la reconstrucción de las materias.	246
1º) La modificación de los planes.	247
2º) La renovación de las teorías.	248

□ 2 LA LEGITIMACIÓN DEL PODER DOCTRINARIO.	250
A. Un magisterio a los ojos de terceros.	250
B. Un poder intelectual interno.	253
1º) El hecho social del poder.	253
2º) Las manifestaciones del poder.	256

TERCERA PARTE.
El antimodelo americano.

Introducción ¿Porqué los Estados Unidos?	258
a) Algunas anotaciones sobre Inglaterra.	258
b) El interés del viaje americano.	260
Sección 1: La crítica del formalismo.	261
□ 1 EL MODELO DE LANGDELL	261
A. La elaboración del modelo.	261
B. La recepción del modelo por los juristas americanos.	264
□ 2 La crítica de los realistas.	266
A. Los orígenes del realismo.	266
1º) Olivier Wendell Holmes, Jr (1841-1935).	266
2º) Roscoe Pound (1870-1964).	268
B. La evolución del realismo.	269
1º) Columbia (al comienzo de los años 1920).	270
2º) Yale (en los finales de los años 1920)	272
3º) Las voces discordantes (a partir de los años 1930)	273
Conclusiones del realismo.	275
Sección 2: El retroceso de la dogmática.	276
□ 1 LA VICTORIA POSTUMA DE LOS REALISTAS.	276

A. El regreso a la razón en los años 1950.	276
B. La nueva corriente (1960-1980).	278
1º) Los factores de cambio.	278
2º) El movimiento Law and Economics	280
3º) El movimiento de los Critical Legal Studies	281
C. La "nueva facultad" (desde 1980)	282
1º) La "feria de las ideas"	283
2º) La relegación del método doctrinario.	284
3º) Una multitud de interrogantes.	286
□ 2 LA EDIFICACIÓN DEL ANTI-MODELO.	287
A. Una incomprensión mutua.	288
B. Una comparación útil.	291
Conclusión.	293

Introducción

Hace algunos años, uno de los autores de este libro tuvo con un rector de universidad, lingüista de formación, una conversación respecto del futuro de las facultades de derecho. “Tenemos, le dijo el autor, una doctrina de gran calidad que merece ser conservada y fomentada”. La respuesta que obtuvo no dejó de sorprenderlo: “¿una doctrina? No entiendo lo que quiere decir con eso”. En efecto, en el espíritu del rector la palabra era sinónimo de opinión o de teoría, por lo que la frase resultaba incomprensible. Y fue así como tomamos conciencia de que los juristas, al menos los juristas franceses, utilizan sin más un concepto rigurosamente incomprensible para otro universitario francés, ¡aunque éste fuera lingüista! “Me refería, señor Rector, a nuestras publicaciones, a nuestros autores...”.

LA DOCTRINA: LA PALABRA

Altamente significativa, la anécdota deja al descubierto una discordancia entre el sentido corriente y el sentido jurídico del término. El sentido corriente es el que encontramos en *Le Robert*¹: “Conjunto de nociones que se afirman ser verdaderas y por las cuales se pretende entregar una interpretación de los hechos, orientar o dirigir la acción del hombre en materia religiosa, filosófica, científica, etc. V. *Dogma, opinión, sistema, teoría, tesis*”. En esta acepción de la palabra, nadie habla de la doctrina sin más (cosa que no tendría sentido alguno), sino de cierta doctrina sobre alguna cuestión: por ejemplo la doctrina de la Iglesia católica, la doctrina (o la teoría) marxista de la lucha de clases, etc. En resumen, cualquier opinión, en cuanto contenga cierta estructura, puede ser considerada como *una* doctrina que calificaremos, según el caso, de “buena, sana, ortodoxa, falsa, corruptiva, perniciosa, subversiva” (la lista ha sido sacada del *diccionario*).

El mismo diccionario indica también el sentido especial de la palabra en el derecho: “conjunto de trabajos jurídicos destinados a exponer o a interpretar el derecho (por oposición a *Legislación* y a *Jurisprudencia*)”. Pero esta definición resulta insuficiente y el jurista acudirá más bien a los cuatro sentidos retenidos por el *Vocabulaire juridique* de la asociación Henri Capitant²:

“1- Opinión comúnmente profesada por quienes enseñan el Derecho (*communis opinio doctorum*), o por quienes que, sin enseñar, escriben sobre el Derecho.

2- Conjunto de obras jurídicas.

¹ Robert, P: *Le Petit Robert: Dictionnaire de la Langue Française*. (Nota del traductor).

² La Asociación Henri Capitant es una sociedad creada en 1935 y declarada de utilidad pública por decreto del Consejo de Estado Francés. Dentro de sus objetivos destacan el de asegurar el desarrollo de la cultura jurídica romanista y el de organizar periódicos congresos consagrados al estudio de cuestiones de derecho. (Nota del traductor).

3- Conjunto de autores de obras jurídicas.

4-En sentido restringido: opinión expresada sobre una cuestión de Derecho particular...; concepción desarrollada en relación a una institución o un problema jurídico...”

Dejemos de lado el sentido nº 4, que no es más que el sentido corriente del término (el del *diccionario*) aplicado al ámbito del derecho pero relegado al último lugar por los juristas. Por el contrario, los otros tres significados merecen un comentario. Por una parte, el sentido nº 1 (“opinión *comúnmente profesada...*”) parece aludir, aunque sea de manera implícita, a un fenómeno social: la definición insinúa que existiría quizás una comunidad de sabios juristas, la que sería la rama jurídica de lo que comúnmente llamamos *comunidad científica*. Por otra parte, los sentidos nº 2 y 3 acentúan esta idea, toda vez que hacen aparecer respectivamente al *conjunto* de obras jurídicas y de manera ahora explícita, al *conjunto* de quienes las han escrito. Tocamos acá el punto que nos parece de la esencia misma de esta *entidad* que los juristas franceses llaman la doctrina.

Y es precisamente yendo a lo esencial que el *Léxico de términos jurídicos* define la doctrina, bajo la pluma de los señores Guinchard el Montagnier, de una manera particularmente condensada: “Pensamiento de los autores. Por extensión, el conjunto de autores”. Pero esta fórmula – sumamente concisa -, peca de un exceso de modestia porque a lo más deja adivinar que se trata de un conjunto activo e influyente.

La doctrina hace referencia entonces tanto al pensamiento como al conjunto de autores. Ahora bien, como lo confirmaría incluso la anécdota de la conversación con el rector, han sido los autores jurídicos y únicamente ellos quienes han inventado el sentido derivado del término: son ellos los que bajo este nombre cifrado, se designan a si mismos como un conjunto. Podemos entonces decir – y esta constatación no tiene connotación peyorativa alguna - que la doctrina se ha *auto-proclamado*. Habrá lugar entonces para interrogarse sobre los orígenes, cercanos o lejanos, y el significado, ostensible o más escondido, de esta denominación en definitiva, bastante pomposa.

Al menos la denominación misma es bastante reciente: ella aparece sólo en la segunda mitad del siglo XIX. Hasta entonces, los juristas hablaban solamente de “la doctrina de los autores”, es decir, de la opinión comúnmente profesada por ellos: éste es históricamente el sentido original del término (lo que explica que los autores del *Vocabulaire Capitant* lo hayan puesto en el nº1). El empleo de una nueva expresión, cuyo origen se encuentra en el desarrollo de las revistas jurídicas y en la consiguiente masificación de opiniones, refleja tanto la conciencia que los autores toman de su fuerza colectiva, como su voluntad – no necesariamente conciente - de reafirmarse. Pero es necesario señalar que esta expresión surgida más tardíamente no tuvo una expansión universal.

Ciertamente esta expresión no es una especificidad francesa. Así tiene también uso en dos países francófonos, a decir verdad muy comparables a Francia: Bélgica (dotada en sus orígenes del mismo código civil) y Québec (donde el nuevo código civil

es todavía cercano al nuestro). También Suiza, país trilingüe, utiliza la misma palabra, con sus equivalentes en alemán e italiano, en un sentido idéntico al nuestro. En este caso, la doctrina es también proclamada externamente por el legislador, ya que el artículo 1º del código civil helvético prescribe la remisión a la doctrina en caso de silencio de la ley y en defecto de la costumbre o la jurisprudencia. Con todo, deberá observarse que el autor del código, Eugen Huber, había redactado éste artículo bajo la influencia de sus amigos franceses, Gény y Saleilles.

Del mismo modo, es posible encontrar un equivalente de “la doctrina” en los diferentes países de Europa occidental y continental: Alemania, Italia, España, etc. Pero basta con atravesar *el canal* para que ya no sea posible encontrar el equivalente o a lo más sólo sea posible encontrarlo en una forma atenuada, observación que resulta igualmente válida para otros países del *common law*, comenzando por los Estados Unidos.

La explicación es simple: en cuanto designa un conjunto de obras y *de autores*, el concepto de doctrina aparece ahí donde los doctores – la etimología ya lo indica - juegan un rol importante en la sistematización, e incluso en la elaboración del derecho. Es decir, en los países de tradición romanista. ¡Pensemos en la creación del derecho romano por los jurisconsultos, en los profundos orígenes doctrinales del código civil francés y por supuesto en el *professorenrecht* del otro lado del Rin! No resulta entonces nada sorprendente que nuestra noción de doctrina no genere eco en Inglaterra, en donde son los jueces quienes han hecho el derecho, al margen de las universidades y del derecho romano.

Queda por saber ahora qué realidad se perfila – o se esconde - detrás de esta noción neo-romanista de la doctrina.

LA DOCTRINA: LA COSA

Cuando se comenzó, de una manera espontánea, a hablar de *la doctrina*, los juristas crearon, en los hechos, una *categoría jurídica*, pero más bien sin darse cuenta y con mayor razón sin saber de que contenido dotarla. Este contenido – fenómeno inhabitual - se manifestó más tardíamente, de manera más o menos implícita y producto de los debates que tenían en juego un objeto más amplio. A decir verdad, la noción no fue jamás teorizada *por si misma*, salvo parcialmente y bajo el ángulo de la teoría de las fuentes. De esta manera, queda todo un trabajo por hacer.

La principal dificultad radica en que con la palabra doctrina los juristas de los países romanistas no designan una, sino tres realidades distintas. Ahora bien, de esas tres realidades, sólo una es propiamente romanista, al tener las otras dos un campo de aplicación mucho más amplio. De ahí viene, por amalgama, la ilusión de que existiría una noción única de la doctrina *en si misma* y de que esta noción tendría una consistencia casi universal.

Las tres realidades etiquetadas bajo el nombre de doctrina son las siguientes. *Primo* el fenómeno fuertemente difundido del derecho de los sabios, que evidentemente no es propio de los países romanistas. *Secundo* el fenómeno igualmente difundido de la influencia ejercida por quienes saben por sobre quienes deciden. Dicho de otra manera, el rol que el derecho de los sabios, donde exista, juega casi necesariamente como fuente de derecho. *Tercio*, finalmente y sólo en los países romanistas, la doctrina sirve para hacer referencia a la colectividad de autores, que bien entendido presenta importantes variaciones de un país a otro.

PRIMERA REALIDAD: UN DERECHO DE LOS SABIOS

El derecho de los sabios tiene orígenes lejanos y casi tan universales como el derecho mismo. Incluso en las sociedades tradicionales, no es raro que las autoridades hagan un llamado a los “sabios” o a los que “dicen el derecho” para que den sus opiniones sobre un punto oscuro o controvertido. Ahora bien, suponemos generalmente que el que “dice el derecho” y que tiene a la vez un rol de sabio y de oráculo, sólo pudo existir en las sociedades prehistóricas desde que éstas pusieron en marcha un principio de orden jurídico. Este personaje, a decir verdad, no es un sabio propiamente tal, en el sentido que no existe una ciencia construida, pero consagra, al menos en apariencia, una parte de su tiempo a reflexionar sobre las cuestiones de derecho sin ser el mismo quien finalmente tome la decisión. Desde este punto de vista, es el ancestro de los actuales doctores.

El ancestro más próximo y esta vez muy conocido, es el jurisconsulto romano. Con él, y desde la República, se puede hablar de derecho de los sabios, gracias a la conjugación de dos elementos primordiales: una ciencia construida (e incluso floreciente, porque la ciencia de hoy sigue siendo tributaria de ella) y un efecto de número y por consiguiente, de búsqueda colectiva. A estos elementos los jurisconsultos agregan rápidamente otros dos, los que con el tiempo, se volverán igualmente primordiales: la redacción de obras (por cierto manuscritos, pero copiados una y otra vez) y la enseñanza del derecho. Sin embargo, esta enseñanza, totalmente privada y propia de una época que ignora los cursos públicos, está dirigida a un número restringido de discípulos y se asemeja más bien a una formación por sobre el montón. Los jurisconsultos son por definición prácticos y actúan en un medio en donde los juristas no disponen para su formación, de ningún otro crisol que la práctica del derecho.

Más cerca nuestro, dos innovaciones capitales van a darle al derecho de los sabios la configuración que es en general la suya, al menos en los países desarrollados. Es decir, una configuración a base de cursos y publicaciones. En primer lugar, la creación de las universidades a partir del siglo XII y luego, la invención de la imprenta en el siglo XV. El desarrollo de las universidades traslada los polos de las ciencias jurídicas hacia el saber universitario, por lo demás de una manera más o menos acentuada dependiendo de las épocas y los países, resistiendo los tribunales mucho mejor en los países del *common law*. A largo plazo, este desarrollo implica

además una disociación – también variable - entre el trabajo del sabio y las actividades de la práctica.

En nuestros días, cuando un jurista de formación romanista quiere evocar el derecho de los sabios, en si mismo o en un país determinado, utiliza habitualmente el término de doctrina (o su equivalente alemán, italiano, etc.). Pero la expresión no es apropiada sino para los países romanistas. Hablar de la doctrina británica o norteamericana, ahí donde no hay sino *legal scholars* (es decir sabios o eruditos), constituye, a decir lo menos, un latinismo, porque dichos países, repitámoslo, no tienen un equivalente de nuestra expresión – el de *legal scholars* no puede sustituirla - y su derecho de los sabios presenta múltiples diferencias con el nuestro, siendo la más espectacular el considerable rol que juegan jueces y abogados. Hay de todas formas un punto en común: dedicados a la práctica o universitarios, los juristas del *common law* son a lo menos de una igual calidad que los juristas llamados por ellos “de derecho civil”.

SEGUNDA REALIDAD: UNA FUENTE DEL DERECHO

Si la eventual disociación entre el derecho de los sabios y la práctica delata contingencias diversas, la separación entre la reflexión sabia y la decisión creadora reviste más bien un carácter estructural: en principio, la especulación intelectual se conjuga mal con la toma de responsabilidad. El doctor no puede ser al mismo tiempo quien decida (ministro, legislador o juez), salvo el caso del juez que diserta largamente (comisario del gobierno, juez del *common law*). Pero fuera de este caso, las cualidades del intelectual y de quien decide pertenecen a dos universos distintos, de manera que cuando quien se dedica a la práctica redacta por ejemplo un manual (¡y es difícil imaginar a un ministro en el ejercicio de este rol!), las dos actividades siguen siendo dos partes distintas de su trabajo y de su personalidad.

Sin embargo todo el mundo considera implícitamente a la doctrina como un poder, ya que forma parte de las fuentes del derecho, junto con la ley, la jurisprudencia, la costumbre, etc. Fuente indirecta, informal, o como se dice incluso, simple autoridad, pero fuente al fin y al cabo. Y es que en derecho la ciencia pura no existe. El estudio del derecho lleva lógicamente a interpretar reglas y en consecuencia a proponer soluciones. Ahora bien, es igualmente lógico que quien decida retome por su cuenta algunas de las proposiciones del doctor y concrete de esta manera el poder que éste tenía en un estado virtual. La doctrina ha incluso reportado, a lo largo de la historia, victorias con grandes repercusiones: sin hablar de los jurisconsultos, que hicieron el derecho romano, los glosadores de la edad media romanizaron en parte el sistema del derecho, el cual sin ellos, seguiría siendo meramente autóctono; los redactores de nuestro código civil sacaron mucho de los autores del Derecho Antiguo³, al punto de copiar a veces a Domat o Pothier; y la doctrina del siglo XIX permitió la aplicación en la práctica cotidiana de ese código conciso y abstracto. En nuestros días, los trabajos jurídicos son ciertamente ignorados por el gran público, porque sus autores se

³ Cf. En particular, Arnaud, A. J: *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969.

abstienen de cualquier vulgarización, pero son leídos y explotados por los magistrados, los funcionarios que preparan los textos legales o reglamentarios, etc.

Bajo estas condiciones, no podemos sino constatar la existencia de un poder doctrinal, un poder de hecho, puramente persuasivo pero innegable. La influencia de la doctrina varía según las condiciones propias de cada sociedad, la fuerza respectiva de las otras fuentes, las ramas del derecho y bien entendido según la calidad de los escritos doctrinales, pero en cualquiera de las hipótesis, dicha influencia jamás es nula. En cualquier parte en donde exista un derecho de los sabios, el doctor participa en la producción del derecho por el sólo hecho de comentarlo. Y más todavía en su reproducción: la obra doctrinal asegura en el sistema del derecho una continuidad que sobrevive a las reformas más superficiales.

Actuando sólo por vía de la persuasión, la doctrina es *a priori* la más débil de todas las fuentes. Pero en algún sentido es también la más fuerte, esto por dos razones. Por un lado la doctrina tiene el privilegio de auto-constituirse, ya que a diferencia de la ley o del juez, su poder y su existencia no dependen de una norma externa a ella sino que de su sola calidad. Por otro lado, la doctrina aclara a las otras fuentes sobre ellas mismas y les sirve de revelador, cuando las relaciona con el conjunto del derecho positivo. Y las deforma también. “¡Mi código está perdido!” exclama Napoleón al enterarse que Maleville, jurista muy respetado, se apresta a publicar un primer comentario. Aunque pesimista en exceso así como también un poco militarizada, esta visión de la obra doctrinal revela al menos una intuición de su rol creador: ¡la ley y la jurisprudencia son en cierta medida lo que la doctrina pretende que sean! La doctrina es entonces la fuente que de cierta forma, envuelve a todas las otras.

Pero los doctores, por un exceso de modestia científica o bien por otras razones, tienden a minimizar esta influencia. En los términos de un discurso fuertemente conocido, la doctrina reduce su propio rol de fuente a una colección heterogénea de prestigios individuales consistentes, por ejemplo, en inspirar una nueva jurisprudencia o en redactar un proyecto de ley. Pero estas pocas destellos, que por lo demás le deben mucho a la gran obra de reflexión común no sabrían esconder dicha influencia. La idea –colectivamente modesta pero individualmente orgullosa - que el poder doctrinal se reduciría a un agregado de prestigios personales no resiste un examen en profundidad. En el fondo, los autores difícilmente pueden pasar por una simple yuxtaposición de individualidades al mismo tiempo que por una fuente de derecho colectivamente designada y *que por lo demás, es designada por ellos mismos.*

TERCERA REALIDAD: UNA COLECTIVIDAD DE AUTORES

Todas las definiciones comúnmente admitidas giran en torno a la idea de que la doctrina es un conjunto de autores o mejor dicho, *el conjunto de* autores. Es decir, en definitiva, una colectividad. Y esta idea, que ningún jurista contradice, encuentra su origen en los autores *que forman parte de la doctrina!* Dicho de otra forma, la doctrina afirma ella misma su existencia y se define como una colectividad, porque es ella y exclusivamente ella la que ha tomado la iniciativa de designarse bajo ese concepto

global. Hoy en día, esta costumbre está firmemente anclada, ya que los juristas personifican constantemente la doctrina en su discurso cotidiano, en donde cada uno podrá leer que la doctrina estima, critica, propone, etc. Y bien entendido que es una fuente del derecho⁴: estas expresiones sugieren que cada autor habla, no sólo en nombre propio, sino que también, en cierta medida, en nombre de una bastante vaga y un poco misteriosa entidad: es al menos lo que han sostenido no hace mucho, sin mayor innovación⁵, los dos autores de una crónica publicada en la recopilación Dalloz⁶, agregando la idea que detrás de esta entidad, se perfilaba el cuerpo de profesores de derecho, con su poder interno y sus ritos relativos a las instituciones y a la redacción, los cuales estructuran ampliamente el campo doctrinal.

En efecto, y salvo que desviemos el propósito en el caso particular del derecho administrativo, la mayoría aplastante de los autores pertenecen al profesorado. Y cada uno puede constatar una evidente osmosis entre las tradiciones universitarias, constantemente invocadas en las facultades de derecho, y los ritos de la escritura jurídica: éstos, tanto en la forma como en el fondo, reflejan a tal punto el modelo universitario que la unidad en la manera de redactar los trabajos eruditos prevalece, y de lejos, por sobre la diversidad, no obstante muy clara, de opiniones. En resumen, resulta que la doctrina tiene costumbres de lenguaje y de comportamientos que caracterizan un cuerpo: tenemos acá una prueba adicional de que la doctrina, en cuanto fuente del derecho no podría reducirse a algunas personalidades de primer plano en el seno de una multiplicidad de individualidades. O bien tendríamos que negar entonces la existencia de este hecho social después de haber constatado las manifestaciones más evidentes.

Pero este primer esbozo de explicaciones fundado en la noción de entidad parece no ser suficiente, porque queda por saber – y es precisamente la principal dificultad - porqué el derecho de los sabios se volvió un hecho social en una época determinada, a grandes rasgos, hace un siglo y un hecho social incorporado además al cuerpo de profesores (con excepción nuevamente, del derecho administrativo en donde la doctrina de consejeros de Estado juega un rol importante y rival). En otros términos, porqué los profesores-autores comenzaron a designarse como “la doctrina”, probablemente con intenciones precisas, incluso si éstas no fueron nunca el objeto de una divulgación sistemática. ¡Esclarecer este punto suponía entonces leer entre las líneas de su discurso luego de haber meditado tanto el discurso mismo como su contexto! Esta búsqueda que demoró varios años no pudo ser emprendida, y con razón, a propósito de Francia. Pero todo lleva a pensar (y esta es también la opinión de

⁴ Los autores que parecen negar a la doctrina la calidad de fuente (para tratarla de *simple autoridad*) no la excluyen, en realidad, sino de la categoría de Fuentes formales. Y todos concuerdan en ver en ella una fuente, según los casos material o real o de inspiración, en resumen, en reconocerle alguna influencia en el derecho positivo

⁵ Ver anteriormente Brèthe de la Gressaye, J. y Laborde-Lacoste, M: *Introduction générale a l'étude du droit*, Sirey, 1947, n° 317: “La doctrina puede ser definida en dos sentidos complementarios: es primeramente el *conjunto de opiniones* emitidas sobre el derecho por personas que tienen por función estudiarlo, juriconsultos o juristas. Es también el *cuerpo de juristas* (profesores, consultores, doctores en derecho, autores de tesis o de monografías, abogados, magistrados, hombres de trabajo), que exponen el derecho positivo y dan su opinión sobre la interpretación de una ley o sobre el calor de una decisión de justicia, bajo la forma de apuntes.

⁶ Jestaz, Ph. y Jamin, Ch: “L'entité doctrinale française”, D. 1997, Crón., p 167 s.s.

los juristas extranjeros que interrogamos) que razones comparables, sino idénticas, debieron de haber jugado en los otros países romanistas, salvo los necesarios particularismos, porque evidentemente nadie imaginará que la doctrina francesa tenga exactamente la misma fisionomía que sus homólogos alemana e italiana.

La explicación es la siguiente. La doctrina francesa se constituyó en la transición del siglo XIX al siglo XX y esto no es fruto del azar. La doctrina construyó su identidad, que es fuerte, fijando los cánones de una ciencia jurídica identificada con la *dogmática*. En sí misma, la dogmática no tenía nada novedoso: existía desde siempre y puede incluso decirse que los juristas no habían practicado jamás otro método desde los orígenes romanos de su ciencia. La innovación radica en que en lo sucesivo, es teorizada por la Escuela que se autodenomina *científica*. Y así como lo demostraremos, este proceso teorizador interviene en *contra* de las ciencias sociales que se desarrollan en esa época y que amenazan la autonomía del ámbito jurídico.

Hay que notar que, hasta entonces, los juristas reinaban sin restricciones sobre lo que llamaremos brevemente el ámbito de *lo social*: en éste habían sido siempre los únicos especialistas, por lo que ningún otro sabio estaba en condiciones de discutir la manera en como lo abordaban. Poco importaba entonces que su ciencia hubiese sido dirigida hacia la acción, hacía el *sollen* (el deber ser) y no hacia el *sein* (el ser), para retomar las dos expresiones clásicas sacadas del pensamiento jurídico alemán. Pero la súbita arremetida de las ciencias sociales consagradas, en lo sucesivo, al *ser* – aunque muchas veces con finalidades precisas sobre el *deber ser!* – iba a plantearle a los sabios del derecho una pregunta crucial: ¿debían integrar a su ciencia tradicional ciertos métodos propios de otras ciencias de la sociedad que se decían cognitivas? Luego de unas cortas tentativas, el temor de que el derecho se diluyera en la sociología termina por prevalecer. Símbolo de esta evolución, la *revista Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique* pone fin a sus actividades en 1940, y luego retoma su publicación en 1952, pero bajo un título que conocemos todavía, de donde la sociología es expulsada. La ciencia del derecho se reafirma como una dogmática, de manera tan categórica como explícita.

Así los juristas franceses sellaron su separación con respecto a las ciencias sociales y preservaron su identidad. De esta forma, la doctrina se construyó como una colectividad, que se identifica cada vez más con el cuerpo de profesores, único en practicar una dogmática, en adelante elevado a un alto nivel: salvo en el derecho administrativo, quienes se dedican al ejercicio práctico de la profesión van quedando excluidos de esta colectividad. Volviéndose cada vez más homogénea, la doctrina aparece pronto como una suerte de entidad, aunque todavía informal.

Y esta situación ha perdurado hasta nuestros días. Se habla siempre de la Escuela Científica en pasado, pero a decir verdad, sus enseñanzas nunca han sido refutadas ni abandonadas. Es al contrario en su estela que se cristalizó una *manera francesa* de presentar el derecho, fácilmente reconocible, y que salta a la vista de todo jurista extranjero en lo coloquios internacionales. Visto de más cerca, la singularidad de los juristas franceses no data de ayer: desde el siglo XVI, los otros países de Europa hablaban ya del *mos gallicus*. Pero es en el siglo XX que adquiere sus contornos aparentemente definitivos.

Esta manera es más o menos única: en nuestro conocimiento, sólo los juristas belgas (a quienes agregaremos, pero sólo en parte, los Libaneses y los de Québec) han querido inspirarse en ella. Esta manera descansa bien entendido en la dogmática, pero, -acá comienza su singularidad- sobre una dogmática *bien temperada*, para retomar la expresión, muy poco jurídica por lo demás, de un célebre alemán... El espíritu del sistema se conjuga acá con un rechazo de las abstracciones inútiles, una preocupación primordial por la claridad, un gusto por los ejemplos clarificadores, una consideración de lo justo y de lo útil, una sensibilidad hacia las corrientes filosóficas, etc. El todo armoniosamente combinado y expresado en un estilo fluido. Porque el jurista francés busca seducir por su elegancia y a partir de la confesión de sus homólogos extranjeros, es posible señalar que lo logra: lo logra quizás es extremo, dirán a veces las malas lenguas...

Desde entonces y aunque no sea la usanza, no habría ninguna exageración en hablar de una *escuela francesa*, la cual simplemente prolongaría la *Escuela científica*. Pero nuestros juristas no lo entienden de esta forma ya que ven en su método la expresión de una ciencia universal y prefieren hablar más sobriamente de "la doctrina". Estimamos sin embargo, que estas dos denominaciones no estarían tan alejadas la una de la otra: *¡lo que cimienta la doctrina, es en una palabra, el estilo francés!* Y evidentemente, la doctrina tiene en cada país su estilo, más o menos original según el caso.

La noción francesa de doctrina parece así englobar a la vez el poder, constituido de manera autónoma, de un cuerpo de juristas y las seducciones de una dogmática bien temperada, pero todo esto queda implícito y la visión doctrinal de la doctrina (no existe otra) mezcla imperturbablemente lo verdadero, lo inverosímil y lo no dicho. Lo verdadero es el poder extremo, el de una fuente. Lo inverosímil, es la reducción de ese poder a fenómenos individuales y también la atribución de un carácter "científico" a un método en realidad muy francés. Y finalmente está lo no dicho: la versión oficial oculta el poder interno del cuerpo, ya sea porque los miembros de la doctrina no tienen conciencia, porque la idea de tener que ejercerlo o soportarlo resulta repugnante para su libertad de espíritu, o bien porque los más importantes entre quienes detentan dicho poder prefieren negar incluso su existencia. Un rápido viaje en el tiempo y en el espacio podría sin embargo, desestabilizar algunas ideas concebidas.

COMPARACIONES

La doctrina es entonces dicha entidad que en Francia y en los países romanizados, designa a la vez un derecho de los sabios, una fuente del derecho y un cuerpo de doctores cimentado por un cierto estilo doctrinal. Ya lo hemos subrayado, no hay derecho de los sabios sin participación de doctores, aunque sea indirecta, en la producción del derecho. De manera que las dos primeras nociones van necesariamente de la mano. Pero no ocurre lo mismo en el caso de la tercera noción: el derecho de los sabios, en cuanto se caracteriza en general por una manera comúnmente admitida en el país considerado, no implica necesariamente la existencia

de un cuerpo, así como tampoco la de una comunidad más difusa. A decir verdad, las *costumbres* doctrinales varían de una sociedad en otra.

En los primeros tiempos de la historia romana, el colegio de pontífices era seguramente un cuerpo organizado. Pero los jurisconsultos, que vinieron luego de los pontífices, parecen haber sido más bien una comunidad de espíritu o quizás una casta, al menos hasta el siglo primero d. de C., cuando se constituyeron en dos escuelas rivales (los Sabinianos y los Proculianos). Otras escuelas aparecieron en la edad media, pero el término es equívoco, toda vez que según el caso, designa un establecimiento de enseñanza (por lo tanto *a priori* un cuerpo de profesores) o una escuela de pensamiento difuso: así los glosadores y los pos-glosadores forman, si queremos, escuelas, pero que se han extendido más allá de las Escuelas de Derecho de Bolonia y de Orleans. De la misma forma, el humanismo del siglo XVI desborda lo que llamamos la Escuela Humanista de Bourges (dicho de otra forma Cujas y los otros grandes profesores de dicha universidad). Luego, en los siglos XVII y XVIII, las escuelas de derecho caen en decadencia, de manera que, profesores o no, los doctores de ese tiempo parecen haber trabajado en un gran aislamiento. De todas maneras, el Derecho Antiguo es una época de pluralismo que ve coexistir varias categorías de juristas con métodos bien diferenciados (romanistas, canonistas, juristas dedicados al derecho consuetudinario). En cuanto a la pretendida *Escuela de la Exégesis*, que habría dominado el siglo XIX francés, ella no existió sino después, en el espíritu de quienes quisieron denigrar a los exégetas. Al menos podríamos remarcar, aunque de ellos se haya hablado menos, que las facultades de derecho comenzaban significativamente a organizarse en esta época... Finalmente, la Escuela científica reinó realmente y continuó haciéndolo discretamente en el pensamiento francés. Este rápido sobrevuelo muestra a la vez la contingencia del cuerpo doctrinal y la necesidad de buscar en la historia las raíces de “la doctrina” francesa.

La comparación de los derechos es también un gran revelador. La dogmática bien temperada de la escuela francesa (si aceptamos esta denominación) se opone no sólo al método casuístico de los *common law lawyers*, lo que es obvio, sino que también al estilo alemán. Este último, que se extendió ampliamente en Europa continental, es ciertamente dogmático, pero mucho más abstracto que el nuestro. Los Alemanes sufrieron la influencia duradera de los pandectistas y de la “jurisprudencia de conceptos” (*Begriffsjurisprudenz*), lo que los hace desarrollar una de las ciencias del derecho más sistemáticas, particularmente sabia y marcada por un interés de absoluta coherencia, de modo que la adaptación de los principios viene al caso concreto sólo *después* de la construcción de la estructura. Además, no tiene ninguna preocupación por la elegancia y sacrifican a veces la claridad. Al menos cultivan ellos también la noción de doctrina aunque en un sentido inevitablemente distinto del nuestro, porque tanto los profesores como quienes se dedican a la práctica del derecho reciben allá la misma formación y forman parte de una misma comunidad...

Pero la doctrina francesa tampoco tiene un homólogo en los países del *common law*. La afirmación es evidente en el derecho inglés en donde el profesor desaparece detrás del juez. En una óptica comparativa es sin embargo el estudio del derecho de los sabios de los Estados Unidos el más interesante porque en cierta forma, este país se asemeja en mayor medida a Francia. Por un lado y aunque la enseñanza del

derecho sea sólo desde fines del siglo XIX el hecho de universitarios de pleno ejercicio, éstos adquirieron rápidamente un prestigio comparable al de sus homólogos de Europa continental, y tratan ellos también, de “racionalizar” el derecho, lo que los aleja del *common law* tradicional. Por otro lado, la historia del pensamiento norteamericano fue durante años extrañamente cercana a la nuestra, antes de alejarse decididamente: durante los últimos años del siglo XIX, los juristas norteamericanos tuvieron, si puede decirse, su propia escuela de la exégesis que pretendía deducir principios abstractos, ciertamente no de un código inexistente, sino que del estudio de algunas decisiones de jurisdicción superior cuidadosamente elegidas. Sin embargo, durante los años veinte se alejaron de esta manera de proceder, recurriendo masivamente y *al exacto opuesto de los franceses*, a las otras ciencias humanas y sociales. Desde entonces, es más bien mirando habitualmente por este lado que los universitarios norteamericanos pretenden explicar y, si es el caso, guiar el funcionamiento de su sistema jurídico. En estas condiciones, su ciencia del derecho se acerca a las ciencias humanas y tiende incluso, en cierta medida, a convertirse en una ciencia humana entre las otras, incluso una ciencia humana *impregnada* de todas las otras, siendo la dogmática sólo un método de análisis del derecho, en el cual compiten métodos sacados de la antropología, la filosofía, la psicología, la literatura, la economía...

De ahí surgen diferencias importantes. No sólo nuestra palabra “doctrina” no tiene su equivalente en los Estados Unidos, en donde “*doctrinalism*” y “*doctrinal analysis*” designan más bien un método y ciertamente no una entidad, sino que la cosa (el derecho de los sabios) se encuentra modificada. Si los profesores de derecho norteamericanos afirman con fuerza su especificidad profesional, se perciben antes que todo como universitarios entre muchos otros y quienes no se reivindican como un conjunto pensante, *en cuanto tal*, sobre la evolución del derecho, - lo que no les impide ejercer una influencia individual. Son intelectuales que reflexionan sobre el derecho, como otros toman por objeto de estudio la economía o la sociología. Para rendir cuenta de esta situación – tan distinta de la nuestra - sería necesario quizás inventar el concepto de doctrina fragmentada o antidoctrina, de tan inadecuada que resulta la palabra “doctrina”.

TERMINOLOGÍA

En rigor, sólo deberíamos utilizar el concepto de “la doctrina” en relación a los países romanizados y sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX. En todas partes por lo demás, habría que hablar sólo de derecho de los sabios o de doctores, autores, juristas, sabios, jurisconsultos, etc. Pero la empresa sería un desafío y no estaría exenta de costos. Más vale continuar diciendo que la doctrina es en general una fuente del derecho (incluso si la expresión no existe en todas partes) o que ella ha creado el derecho romano clásico (aunque la palabra no exista en Roma). Convencionalmente, utilizaremos entonces el concepto de doctrina para designar el derecho de los sabios cualquiera sea el país en que haya elegido (ver pues, en este sentido, el título de esta obra). Pero en la medida de lo posible, evitaremos hablar de la doctrina norteamericana, porque este galicismo o latinismo sería incongruente; en toda hipótesis, debería quedar sólo en forma verbal. Por lo demás, más que en cualquier

otra parte, el peligro de etnocentrismo amenaza aquí a quien quiera salir de las fronteras francesas.

EPISTEMOLOGÍA

Hemos ya revelado que la noción de doctrina en sí misma no existe, designando la palabra tres realidades cada una de las cuales es de intensidad variable según los sistemas de derecho. Y ningún país puede tener la pretensión de detentar el arquetipo doctrinal ideal o puro. ¿La doctrina ideal es discreta o adulada? ¿Influente o relegada a un rol de oposición? ¿Redactores de grandes tratados o de monografías? ¿Organizada o dispersa? Las respuestas dependen finalmente de las preferencias, individuales o colectivas, de diferentes juristas. Por otro lado, falta tiempo y espacio para estudiar todos los modelos existentes. Debemos entonces centrarnos en tratar la doctrina en Francia a principios del siglo XXI, salvo para buscar sus orígenes históricos y para esgrimir una comparación con su anti modelo.

El modelo francés, del cual los otros modelos romanistas son parientes próximos, se basa ampliamente en una construcción intelectual de nuestros juristas quienes de una manera voluntaria o instintiva, dibujaron los trazos de lo que llaman brevemente la doctrina. Ahora bien, bajo la mirada de su propia lógica, este modelo es discutible. Por ejemplo, reserva un rol dominante a la producción escrita descuidando lo que podría llamarse la doctrina oral, expresión que en efecto no ha tenido lugar: y esto puede ser arbitrario. Y si nos detenemos en los escritos, constatamos – otro ejemplo - que algunos de ellos no son considerados como verdaderamente doctrinales: pero no se trata acá de una verdad objetiva (ni tampoco puramente subjetiva, porque el acuerdo es más o menos unánime para excluir dichas obras), sino que más bien de una verdad relativa al grupo de autores franceses. Estas dificultades de carácter epistemológico serán señaladas en su momento. Pero desde un punto de vista científico, la doctrina francesa debe ser estudiada por lo que es, considerándola como una construcción intelectual y no por lo que – quizás - debería ser...

En cuanto a las incursiones en el tiempo y el espacio, ellas serán limitadas, pero de gran importancia. El modelo francés, en efecto, ha sufrido profundamente la influencia de la historia y de una historia que no se resume en la época posterior al código civil: ella encuentra sus raíces en el corazón de la sabia edad media y del derecho romano más antiguo. Además este modelo que la fuerza de costumbre nos hace tomar por evidente y banal, revela su singularidad en comparación con otros: sólo lo conoceremos realmente gracias a una presentación en paralelo con el anti modelo que tiene lugar en los Estados Unidos.

PLAN

Estudiaremos sucesivamente los orígenes históricos del concepto de doctrina (1ª parte), luego el estatus actual de la doctrina en Francia (2ª parte) y finalmente el anti modelo norteamericano (3ª parte).

PRIMERA PARTE

Los orígenes históricos
del concepto francés
de *la doctrina*
(de Roma al siglo XX incluido)

Prólogo: Los doctores, de la pluralidad a la unidad.

El concepto francés de *la doctrina* tiene orígenes múltiples y lejanos. Pero se cristalizó entre 1880 y 1920, gracias al movimiento de juristas que se autodenominó Escuela científica. Esta denominación da a entender que el derecho se ubica en la línea de las ciencias cognitivas y que a la vez rompe con un pasado precientífico. Ahora bien, ¿esto no es así! Porque *primero*, la ciencia del derecho se constituye bajo la forma de una ciencia dogmática, en clara oposición con las ciencias sociales que se desarrollan en la misma época. Y *segundo* la Escuela científica no fue realmente una innovación: no hizo más que dotar de una fuerte armadura teórica a una dogmática edificada hace ya largo tiempo.

Esto es tan cierto que los juristas actuales, todos hijos de dicha Escuela, tienen tendencia atribuirle algunos de esos rasgos a la mayoría de los grandes doctores de la historia. No es raro leer, en especial bajo la pluma de ciertos historiadores, que los juristas de Roma o del Derecho Antiguo han “sistemizado” el derecho extrayendo los “principios”, que ellos han edificado “teorías generales” y “construcciones jurídicas”, etc. En resumen y caricaturizando un poco, se tiene a veces la impresión de que, *mutatis mutandis*, ¿estos juristas habrían cumplido aproximadamente con el mismo trabajo que los grandes autores de los tratados del siglo XX!

Esta idea, tan arraigada entre algunos, debe ser relativizada: los doctores antiguos tuvieron en general, un espíritu netamente menos científico y abstracto que los de hoy en día, tiñendo su proceder muchas veces de empirismo. Sin embargo, es cierto que todos contribuyeron, en menor o mayor medida, a poner a punto lo que se transformó en la manera francesa de *hacer derecho*. Y es a la diversidad de sus sucesivas contribuciones a lo que la doctrina actual, tal como es fijada por la Escuela científica, debe su riqueza.

¿Que hay de común, *a priori*, entre el jurisconsulto romano que crea el derecho a partir de la nada o casi nada y el exegeta del siglo XIX que comenta un código de 2280 artículos a la luz de una tradición milenaria? ¿Entre el romanista de la edad media que glosa sobre el Digesto y el jurista dedicado al derecho consuetudinario que desenmaraña el embrollo de las costumbres? ¿Entre el canonista ocupado en combinar la legislación pontificia con el derecho romano y el jurista de la monarquía absoluta, que trabaja por la unificación del derecho francés? ¿Entre el jurista jurisprudencial, que a partir del final del siglo XIX comenta incansablemente la jurisprudencia y sus predecesores que muchas veces lo ignoraron? El punto en común es que todos ellos practican una ciencia dirigida a la acción, a la vez racional y empírica, aportando cada uno su piedra a la edificación de la dogmática. Ellos son

entonces los predecesores, por no decir los dobles, por su innegable parecido, de los autores del siglo XX.

Diversa a lo largo de la historia, la figura del doctor depende evidentemente de la configuración del derecho en la sociedad en la cual ejerza sus talentos. Entre el punto de partida y el de llegada, entre el jurisconsulto romano y el profesor actual, hay ciertamente un aire familiar, pero también fuertes diferencias.

En el origen de nuestra civilización jurídica el jurisconsulto era, como su nombre lo indica, un consultor, es decir, un práctico. Pero había sabido elevar su práctica al nivel de una ciencia, lo que gracias también a las circunstancias, le valió ser el verdadero creador del derecho romano clásico. Una pendiente natural lo condujo entonces hacia un actividad complementaria de autor y de profesor, aún cuando su enseñanza, reservada a un círculo muy restringido de discípulos, dijera relación más bien con una enseñanza privada.

Más cerca nuestro, incluso muy cerca, el profesor francés del siglo XX sigue el camino inverso. Dotado en un principio de una sólida formación teórica, tiene por labor dispensar una enseñanza pública al mismo tiempo en que redacta obras jurídicas que le permiten obtener notoriedad y consecuentemente, le valen ser llamado para emitir consultas. El doctor contemporáneo es entonces un jurista que, a la letra, remonta a sus orígenes, de los cuales guarda una cierta nostalgia, porque lamenta que en lo sucesivo el derecho se cree fuera de él...

Al menos el profesor contemporáneo y el jurisconsulto romano constituyen, cada uno a su manera, una categoría homogénea. Pero no ocurre lo mismo en la mayor parte del intervalo que los separa: en la edad media e incluso hasta fines del siglo XVIII, el derecho de los sabios se divide en varias categorías de doctores que trabajaban simultáneamente, porque el sistema de derecho es él mismo pluralista. Durante este periodo, los doctores ofrecen una notable diversidad: además de no tener los mismos objetos de estudio ni los mismos métodos, los unos se interesan de cerca en la práctica, mientras que los otros se vuelcan a lo teórico. Pero la tendencia común es a separarse inexorablemente de quienes se dedican a la práctica del derecho. El jurisconsulto, ligado a un sistema de derecho en donde teoría y práctica no se distinguen, queda como una referencia inigualable, pero cuyo modelo se debilita cuando la creación de las universidades, a partir del siglo XII, lleva a la ciencia del derecho fuera del pretorio. Su descendencia, es decir la categoría intermediaria de prácticos eruditos que redactan obras fuertemente construidas, tendrá a pesar de todo, su hora de gloria entre el siglo XVII y el siglo XIX, pero terminará por extinguirse o casi.

Esto no significa sin embargo que los profesores no influyan en la realidad. Lo propio del jurista sabio es a la vez acomodarse al derecho positivo, en donde el estado le dicta un poco su misión y trabajar para transformarlo, lo que por rebote repercutirá en la misión de sus sucesores... En Francia, los doctores y en particular los doctores universitarios han jugado este juego de una manera espectacular: en efecto ellos prepararon ampliamente la ascensión de la ley, cuyo triunfo, adquirido en 1804 con la promulgación del código civil revolucionó el paisaje jurídico así como también su propia

labor: ¡porque el código pone fin al pluralismo del derecho y al mismo tiempo unifica la categoría de los doctores!

En entonces en función de este giro decisivo – antes y después del código civil - que estudiaremos sucesivamente los orígenes lejanos (Capítulo 1) y los más cercanos (Capítulo 2) de la doctrina francesa.

CAPÍTULO 1
Los orígenes lejanos
(Desde roma hasta el código civil)⁷

Los doctores de esta vasta época ofrecen una gran diversidad y hasta el final, porque su uniformidad, intervenida *después* del código civil, se deja sentir (e incluso desde un punto de vista retrospectivo) sólo bajo la monarquía absoluta. Pero a pesar de esta diversidad, encontramos en la mayoría de ellos, en algún lugar de sus obras, algunos trazos de la doctrina actual: ¡Todos ellos son nuestros ancestros! A decir verdad, cada generación de doctores ha dejado huellas en todas las generaciones siguientes o casi, lo que autoriza a encontrar una cierta continuidad en el derecho de los sabios.

Los jurisconsultos romanos crearon a la vez el derecho de su país y la ciencia del derecho, cuya herencia cultivamos incluso hoy en día. Los romanistas de la edad media hicieron revivir, con fines prácticos, lo que conocían de sus obras, esencialmente el *Digesto*, mientras que los canonistas aportaban al derecho una nueva fuente de inspiración que dejará huellas profundas. Según el caso, estos juristas trabajaban sobre la práctica, sobre textos o sobre la doctrina anterior. Sobre las costumbres también, porque a partir del siglo XVI, los grandes juristas consuetudinarios van a interesarse en extraer los lineamientos de una futura legislación unificada, preparando de esta manera el avènement del doctor actual que trabaja sobre el material legislativo o sobre la jurisprudencia complementaria de la ley.

Así, todas las variedades de doctores desfilaron durante este periodo. Pero esta vez, el plan no necesita justificación: sucesivamente los doctores en Roma (Sección 1) y los doctores del derecho antiguo francés (Sección 2).

⁷ Además de los grandes tratados o manuales de derecho romano y de historia del derecho, conviene consultar los obras siguientes: Carbasse, J.M: *Introduction historique au droit*, PUF, 1998; Gaudemet, J: *Les naissances du droit*, Domat-Montchrestien, 1997; Rouland, N: *Introduction historique du droit*, PUF, 1998; Thireau, J.L: mismo título, Flammarion, 2001; Zenati, F: *La jurisprudencia*, Dalloz, 1992. En esta parte histórica, que llega hasta la Revolución y que es segunda mano, el lector encontrará sobretodo referencias generosas y temas de reflexión, pero no tendrá respuestas para los puntos históricos controvertidos.

SECCIÓN 1: LOS DOCTORES EN ROMA.

La historia de Roma, o al menos su historia conocida, se divide en una forma muy simple: En sustancia, ¡cinco siglos de República antes de Cristo y cinco siglos de Imperio después de él! Más precisamente la República va desde el 509 al 27 a.C.; fecha en la cual Octavio le pone discretamente fin, concediéndose el título de Augusto. El Imperio, en todo caso el Imperio de Occidente, llega a su propio fin en el año 476 d.C.

La República romana tiene el mérito, y un poco la suerte, de engendrar una configuración única en la cual los sabios produjeron lo esencial del derecho (§ 1). Pero el Imperio hace entrar al derecho en una era de vicisitudes (§ 2).

□ 1 LA REPÚBLICA O LA CREACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO (de 509 a 27 a.C.)

Generalidades⁸: un derecho de origen procesal.

La idea, hoy en día evidente, de que todo ciudadano tiene el derecho de acudir a los tribunales cuando un interés lo justifica, es totalmente ajena al espíritu de los romanos. En Roma, el demandante sólo puede ver juzgar su asunto si una decisión de la *Administración* lo ha previamente autorizado. Ahora bien, todo el derecho romano se construyó sobre esta premisa, lo que implica la división del proceso en dos fases, admisibilidad y juzgamiento.

La fase de admisibilidad, de hecho la más importante, tiene lugar delante de un magistrado *en el sentido romano* del término, es decir un funcionario (elegido, porque en Roma las funciones públicas son de elección popular). A este funcionario – el cónsul en un primer momento -, el justiciable expone su caso en presencia de su adversario y demanda que una acción le sea concedida. Cuando la ha obtenido ha hecho, en algún sentido, lo más difícil porque se ha abierto las puertas a la Justicia. El resto, es decir la fase de juzgamiento, seguirá normalmente su curso delante del juez designado por el cónsul y encargado de decidir acerca de la acción después de un estudio profundizado de los hechos. Pero este juez es un simple particular elegido entre los notables, por lo tanto está más cerca de un árbitro que de una jurisdicción en el sentido moderno del término.

En el primer tiempo de la República, el cónsul a quien el justiciable demandaba una acción, apreciaba el camino a seguir con un cierto margen de oportunidad. Para poner fin a este arbitraje, los plebeyos obtienen tras una larga lucha la redacción de la famosa ley de las XII tablas que, en el año 450 a.C., da el puntapié inicial a lo que designamos hoy en día bajo el nombre de derecho romano.

⁸ Zenati, *op. Cit.*, p. 12 a 19; Carbasse, *op. cit.*, nº 15 y 17; Thireau, *op.cit.*, p. 55 a 75.

Esta ley cuyo texto no nos es directamente conocido, parece haber codificado, en parte al menos, una práctica consuetudinaria (sin duda bastante rudimentaria y arcaica), pero sobre todo marca el comienzo de un cierto Estado de derecho, porque le da a los ciudadanos la garantía de disponer de una acción en justicia cada vez que cumplan con las condiciones exigidas. A este efecto, la ley de las XII tablas hace un breve inventario de cierto número de situaciones concretas a propósito de las cuales prevé las acciones correspondientes, es decir, las *acciones de la ley*. A partir de entonces, el cónsul deberá otorgar una acción y designar un juez, a aquel cuyo caso cabe en las previsiones de la ley.

Luego, en 367 a.C., la misión de otorgar las acciones le será retirada al cónsul y confiada a un funcionario especializado, el pretor. Pero el pretor en sus comienzos – y sus comienzos durarán casi dos siglos - no es un jurista propiamente hablando (no más de lo que lo era el cónsul). Con mayor razón ocurre lo mismo con el juez, que es un juez ocasional. En consecuencia y por más sorprendente que parezca, la totalidad del aparato judicial está en manos de profanos del derecho de los cuales uno está amarrado por las acciones de la ley y el otro desprovisto de todo carácter institucional: el puesto está entonces libre para que los juristas sabios puedan llegado el caso ejercer su influencia, más todavía si consideramos que durante toda la República, las leyes escritas (votadas por los comicios) no intervendrán casi nunca en el sector del derecho privado.

Ahora bien, ocurre que el derecho de los sabios existe desde los tiempo más remotos de la historia romana. La posteridad ha retenido sobretodo el nombre de jurisconsultos, con los cuales el derecho romano conoció su mayor periodo creativo. Pero éstos habían tomado el lugar de los pontífices, de quienes constituían la versión laicizada. Hay que estudiar entonces sucesivamente la era de los pontífices (que va a grandes rasgos desde el siglo V al siglo III a.C.) y la de los jurisconsultos (a partir del siglo II). La distinción se impone con mayor razón al coincidir con otra, relativa a la manera en cómo se desarrolla el derecho romano. Durante el primer periodo, el cónsul y luego el pretor se dejan guiar por los pontífices que siguen fieles a la ley de las XII tablas y que frente a las nuevas necesidades, se limitan a alargar discretamente el dominio de las acciones de la ley (A). Luego los jurisconsultos enseñarán a los pretores el arte de crear *ex nihilo* nuevas acciones (B).

A. LOS PONTÍFICES Y EL AMPLIACIÓN DE LAS ACCIONES DE LA LEY (DEL SIGLO V AL SIGLO II a.C.)⁹

El poder de los pontífices conocerá él mismo dos formas sucesivas: ¡ellos reinarán primero por el secreto y luego, paradójicamente, por la divulgación!

Su poder original (1º) dura hasta los alrededores del año 300 a.C., luego este poder reviste nuevas formas (2º) que anuncian desde ya el avenimiento de los jurisconsultos.

⁹ Carbasse, *op cit.*, nº 14 y 18; Gaudemet, *op cit.*, p.256 y 257.

1º) El poder original de los pontífices (hasta el año 300 a.C.)

Los pontífices son un colegio de sacerdotes cuyo establecimiento no data de la República sino que remonta a la monarquía, de hecho una época muy remota. Encargados en su origen (y de ahí su nombre) de velar por la solidez de los puentes, labor sin lugar a dudas útil y honorable, accederán enseguida a funciones más prestigiosas, de orden a la vez religiosas y jurídicas. Luego y todavía bajo monarquía, terminarán, si osamos decirlo, por velar por la solidez de la sociedad entera, ¡cuando hayan adquirido el dominio del calendario judicial, de las acciones de justicia y de la ciencia jurídica!¹⁰ Pero las circunstancias de este asenso permanecen desconocidas. “De estos arcaicos, no puede decirse nada que sea seguro, escribe Jean Gaudamet¹¹. Sólo es casi seguro el “monopolio del derecho” dejado a los pontífices. Ellos solos beneficiaban de una cultura intelectual suficiente para ponerlo en marcha, así como también de la autoridad y el prestigio necesario para imponer el respeto”.

Con la entrada en vigencia de la ley de las XII tablas, los pontífices, que en los hechos son todos personajes dedicados a la práctica del derecho, perdieron parte de su poder, pero logran de todas maneras conservar lo esencial durante un siglo y medio. Este poder está ligado al formalismo de la acción en justicia. En la Roma de la época, el litigante sólo puede obtener la acción pronunciando o haciendo pronunciar, con las palabras casi exactas, la fórmula ritual: a falta de esto, su demanda será rechazada. De la misma manera, los actos jurídicos quedan válidamente concluidos por el uso de las fórmulas apropiadas y complejas. Ahora bien, sólo los pontífices conocen estas fórmulas y se abstienen cuidadosamente de revelarlas, con el fin de conservar el monopolio sobre la práctica del derecho. Ésta conserva entonces un aspecto religioso, se envuelve de misterio y permanece bastante inmóvil, al menos así ocurre durante ciento cincuenta años, a pesar de las constantes reivindicaciones de la plebe. Pero ésta termina por obtener la divulgación de las fórmulas (en el año 304 a.C.). La plebe logra también, en la misma época, que el dominio del calendario judicial sea elevado al colegio de pontífices y atribuido al pretor¹². Desde entonces, es posible litigar sin recurrir a los pontífices y estos últimos no tendrán otra solución que asentar su poder, no ya sobre el secreto, sino que sobre la divulgación bien comprendida de su ciencia jurídica.

2º) El nuevo poder de los pontífices (a partir del año 300 a.C.)

Este poder constituye una etapa decisiva, aunque haya aparecido lentamente a lo largo del siglo III. En esa época la potencia, la riqueza y los territorios de Roma conocían un crecimiento perceptible, lo que es fuente de necesidades jurídicas nuevas. Los pontífices van a explotar esta necesidad poniendo poco a poco su ciencia al servicio de los litigantes, del pretor y del juez. Es que de hecho la sociedad romana comienza a laicizarse, lo que los obliga a seguir el movimiento. De ahora en adelante,

¹⁰ En la época, el *ius* (es decir la costumbre de los antepasados) es dependiente del *fas* (calendario judicial), ¡de manera que los pontífices son los únicos en poder decir el derecho! (cf. Thireau, *op. Cit.*, p. 60).

¹¹ *Op cit.*, p.256

¹² Cneius Flavius es el autor de esta divulgación. Secretario del Gran pontífice, habría actuado con el consentimiento de éste (Thireau, *op. cit.*, p.61).

los pontífices acumulan su carga religiosa (cada día más honorífica) con diversas funciones de elección popular y por consiguiente con una vida de hombre público. Y se atreven a emitir consultas (*las responsa*), en las cuales velan por asegurarse el monopolio.

Estas consultas tienen primero un carácter puramente oficioso y privado: son pronunciadas a solicitud de las partes, para guiarlas en la conducción de sus procesos o en la redacción de sus contratos. Se agregan enseguida las consultas públicas y oficiales pronunciadas a pedido del pretor o del juez, porque el proceso romano, a diferencia del nuestro, no le prohíbe a las instancias judiciales solicitar una consulta de puro derecho a uno o incluso varios especialistas. Y hacia el año 250, el primer pontífice plebeyo va a dar consultas públicas con el sólo fin de iniciar al pueblo en el derecho: ¡es el ancestro del profesor! Bajo toda hipótesis estas consultas permanecen gratuitas. Los pontífices, que tienen otras fuentes de ingresos, sólo anhelan el poder y el prestigio; ellos desean también constituir de paso una clientela para las magistraturas de elección popular a las que aspiran.

Esta práctica de realizar consultas revela sin tardar su eficacia y se convierte en el motor de una importante evolución. La ciencia del derecho toma un giro dinámico y se enriquece. Se aleja de un formalismo que respondía a imperativos esencialmente religiosos. Pierde lo que tenía de misterioso y un poco de mágico para convertirse en la disciplina razonante y razonadora que ya nunca dejará de ser. Y se difunde por los canales institucionales. Sin embargo los orígenes religiosos de los pontífices se dejan ver en el hecho que sus consultas conservan un cierto carácter de oráculo, - aunque sin la oscuridad: el pontífice habla sobre un tono de autoridad, aunque en una lengua de ahora en adelante accesible y convincente. Este carácter ha sobrevivido a los pontífices y en alguna medida hasta nuestros días.

Pero la palabra autoridad es ambigua. El pontífice no es una autoridad en el sentido sabio del término. Su poder, que es un poder de hecho, descansa en el solo prestigio científico. Bajo su influencia, el derecho romano va a construirse como un *derecho de autoridad*, es decir un derecho de doctores, por oposición, al *derecho autoritario*, el que impone el poder político recurriendo al proceso ordinario de la legislación¹³.

Es gracias a las sugerencias de los pontífices que el derecho romano se expandió al caso a caso. El pretor se deja convencer voluntariamente por un razonamiento sabiamente argumentado y auge del derecho romano comienza en esta época, con la flexibilización y la ampliación progresivas de las viejas acciones de la ley¹⁴. Dicho de otra forma, el derecho se evade de su carácter estrictamente legal: de ahora en adelante se hace día a día bajo el sólo impulso de la práctica, porque los pontífices, ancestros de todos los doctores futuros, son primero auténticos prácticos,

¹³ En este sentido, cuando Zenati se dedica al estudio histórico de la jurisprudencia (*op.cit.*, p.9 s.s.), distingue entre el tiempo de la *autoridad* y el de, a no confundir con el precedente de lo *autoritario*.

¹⁴ A las acciones *directas* (basadas exclusivamente en la Ley de las XII Tablas) se agregan en adelante, las acciones *ficticias* o *útiles* que no reposan más sino que indirectamente sobre ellas (Thireau, *op. cit.* p. 69).

cuya imaginación creadora extrae las fuentes del contenciosos más cotidiano. Pero los tiempos están luego maduros para cambios aún más importantes.

B. LOS JURISCONSULTOS Y LA CREACIÓN DE NUEVAS ACCIONES (A PARTIR DEL SIGLO II a.C.)¹⁵

El principio del siglo II ve la aparición de los primeros jurisconsultos laicos: los pontífices han perdido el monopolio de las consultas y su saber se ha propagado, aunque en el círculo reducido de las familias patricias. Más tarde aparecerán jurisconsultos plebeyos. En todo caso el asenso de los jurisconsultos conlleva luego el del pretor, hasta el día en que la creación escapa a su creador. Veremos, en dos fases, el jurisconsultos seguido por el pretor (1º), luego precedido por éste (2º). Entre las dos fases, no existe una fecha exacta de separación, sino más bien una transición imprecisa.

1º) El jurisconsulto seguido por el pretor

No obstante ser herederos de los pontífices, los jurisconsultos no constituyen un colegio: son personalidades de primer plano, notables o funcionarios, que emiten consultas a título gratuito y en calidad de prácticos. Con frecuencia redactan recapitulaciones de sus consultas o comentarios del derecho en vigor. Enseñan también, pero a título privado y de manera confidencial, con el fin de formar sus sucesores y al mismo tiempo reafirmar su prestigio. El número de jurisconsultos y su influencia no termina de acrecentarse durante los siglos II y I. En esta época y bajo su impulso, el derecho romano progresa a pasos agigantados, mucho más allá de la ahora arcaica ley de las XII tablas. Pero es por la intercesión del pretor que los jurisconsultos crean el derecho romano clásico, porque ellos mismos no detienen ningún poder oficial.

La misión del pretor consiste no sólo en designar un juez, sino que también en fijar el marco jurídico que deberá guiarlo para la solución concreta del caso. En su origen, este marco estaba preestablecido por las XII tablas, en el cual el pretor puede limitarse a copiar, si no es a desarrollar, las disposiciones en cuestión. Bien entendido, el ejercicio de redacción se complica un poco con la ampliación de las acciones de la ley.

Pero llega un momento en que las acciones de la ley, incluso interpretadas en forma amplia, son insuficientes frente a las necesidades de los litigantes. El pretor se encuentra entonces llevado a franquear un paso decisivo, todavía bajo el impulso de los jurisconsultos, y a conceder acciones completamente nuevas, llamadas acciones *pretorianas* o también acciones *in factum*, que no reposan ya en texto alguno. A decir verdad, esta tendencia había ya comenzado en el siglo III, pero es en el siglo II que se generaliza. El pretor, a falta de poder referirse a las acciones de la ley, redacta con el acuerdo de las partes lo que llamamos una fórmula, es decir un texto breve pero denso, por el cual le indica al juez la manera de zanjar el litigio en derecho, una vez

¹⁵ Zenati, *op. cit.*, p. 11 a 20.

que las pruebas hayan sido producidas delante de él y los hechos resulten debidamente establecidos. Esta fórmula, que ayuda al progreso del derecho, no debe evidentemente ser confundida con las fórmulas sacramentales que debía pronunciar el litigante en el proceso antiguo y que eran, por el contrario, un factor de inmovilismo.

No obstante, el pretor no habría tenido la audacia de expedir fórmulas nuevas si no hubiese podido apoyarse en el prestigio y la autoridad de quienes eran los verdaderos autores, es decir, los jurisconsultos. Los contemporáneos no se equivocaban al saludarlos como lo creadores del nuevo derecho romano y al comprender que con ellos, el derecho había devenido una verdadera ciencia.

Aprovechando esta experiencia, los jurisconsultos son ahora designados con el elogioso nombre de *prudentes*, el cual requiere de una explicación, porque la noción encuentra sus raíces en la filosofía griega aclimatada luego por los Romanos. En este sentido, la prudencia es una virtud, la que permite distinguir lo justo y lo injusto: ella se realiza en el ejercicio de un arte jurídico eminentemente práctico, hecho de saber y de sabiduría, de humanidad y de intuición. Así, la acepción latina de la palabra no tiene mucho que ver con la que nosotros conocemos, incluso si las dos tienen en común la idea de una conducta empírica y en la que se excluye toda precipitación.

Aparece también por primera vez, la palabra *jurisprudencia*, que en su tenor literal significa la virtud de prudencia aplicada al derecho. ¿Pero que significa realmente? Las interpretaciones son divergentes. Según las opiniones, este término designaría lo que llamamos hoy en día la doctrina, la actividad de jurisconsultos, la ciencia del derecho, o incluso el derecho de los prudentes. Es decir en suma, el derecho. En cuanto se pudiera tener una opinión, ¿no sería más bien una mezcla de todo eso? En efecto, la jurisprudencia romana se aplicaba a una realidad global que ya no existe y que resulta en vano querer traducir a un lenguaje actual: un derecho en continua fusión por la constante interacción de una reflexión sabia fuera del pretorio y de la práctica judicial. Es entonces, y a pesar de los puntos comunes, una noción más rica y todavía más aduladora que nuestra actual “doctrina” (nacida, al contrario, en un contexto de separación entre los componentes del derecho, - e inconcebible en Roma).

Sin embargo, los jurisconsultos no podían conservar eternamente el prestigio de encarnar ellos sólo la jurisprudencia. Y a fuerza de emancipar al pretor, ellos se volvieron un competidor en la obra de producción del derecho.

2º) El jurisconsulto precedido por el pretor¹⁶

Es innegable que la audacia y la imaginación del pretor crecen a lo largo del siglo II. En los alrededores del año 150 a.C., la ley *aebutia* oficializa la práctica, hasta ese momento extralegal, consistente en expedir fórmulas de acciones nuevas, y podemos decir que ella constituye el punto de partida del derecho romano clásico¹⁷. De ahora en adelante, el pretor basa su poder creador en la ley misma, lo que acrecienta

¹⁶ Carbasse, *op. cit.* en n. 17 y Rouland, *op. cit.*, nº 30 y 33.

¹⁷ En su momento, la ley *Aebutia* flexibiliza considerablemente el procedimiento, permitiéndole en particular a las partes exponer sus pretensiones en términos libres (Thireau, *op. cit.*, p. 67).

su autoridad y en los hechos, le da alas. El derecho romano se convierte en *pretoriano*¹⁸. Por vía de consecuencia, el rol de los jurisconsultos deja de ser tan determinante y experimenta una ligera decadencia. Al menos ellos van a compensar esto librándose a la memorización de las nuevas soluciones inventadas por el pretor.

Pero luego el pretor se encarga él mismo de esta memorización. Como todos los funcionarios romanos, tiene el derecho de emitir lo que llamamos los *edictos*, es decir, declaraciones públicas oficiales. Siendo el cargo de pretor anual, se arraiga en los titulares la costumbre de publicar, luego de su entrada en funciones, un edicto por el cual anuncian las acciones que se comprometen a expedir. El edicto del pretor tendrá entonces una periodicidad anual. Parecido en esto a nuestra actual ley de finanzas, reconduce las acciones anteriores, bajo el beneficio de sus propios innovaciones de las cuales da el detalle. Así, el derecho romano se enriquece visiblemente un año tras otro.

Los jurisconsultos reaccionan entonces diversificando sus actividades. Emiten consultas públicas con fines pedagógicos, a partir de las cuales redactan por lo demás recapitulaciones. Pero sobretodo se dedican en cierta medida a sistematizar las creaciones pretorianas - es decir, a *organizar* un derecho que permanece esencialmente casuístico¹⁹ – y su oficio de autor adquiere una importancia creciente, lo que no perjudica su prestigio, sino todo lo contrario. Así, Quinto Mucio Scevola (140-82) redacta por primera vez un gran tratado (al parecer, ya que sólo quedan fragmentos) de derecho civil, probablemente el primero en donde las operaciones jurídicas son clasificadas por género y especie. Tendrá célebres sucesores como Servio Sulpicio Rufo (muerto en el año 43), Trebacio y Labeón (discípulo de Trebacio y contemporáneo de Augusto), quienes comentan los edictos y escriben también obras más vastas

El pretor es desde ese momento considerado, según la fórmula de Marciano, como la “voz viviente del derecho”. ¿Quiere esto decir que el derecho romano deja de ser doctrinal para convertirse en pretoriano? En realidad su estructura permanece profundamente doctrinal. Es cierto que, para continuar la metáfora, el pretor ya no es simple vocero del jurisconsulto. Pero no obra tampoco *ex nihilo*, apoyándose por el contrario sobre las bases anteriormente concebidas por los prudentes. Por su lado, los litigantes e incluso los jueces tienen todavía necesidad de las consultas sabias, las que jugarán un rol al menos indirecto en la creación del derecho. Así la República que toca a su fin permanece como la edad de oro de los jurisconsultos y lo será igualmente el inicio del Imperio. Sin embargo, el jurisconsulto de la época imperial conocerá, por decir lo menos, una era de vicisitudes.

¹⁸ Más exactamente, el derecho pretoriano (llamado todavía honorario) relega a un Segundo plano al *jus civile*, en lo sucesivo más prestigioso que eficaz, y el cual está fundado en la ley de las XII Tablas (Thireau, *op. cit.*, p.71).

¹⁹ De manera general, cf. Gaudemet, J: “Tentatives de systematization du droit à Rome”, APD, t. 31, p.11 s.s.

□ 2 EL IMPERIO O LAS VICISITUDES DEL DERECHO DE LOS SABIOS
(desde el año 27 a.C. al año 476 d.C.)

Generalidades²⁰: las nuevas fuentes del derecho

Con el Imperio, las fuentes del derecho conocen una conmoción total. El auge de la ley y el declive correlativo de las otras fuentes se inicia fuertemente bajo el Alto Imperio o *principado* (que va desde el surgimiento de Augusto al de Diocleciano, en el año 284 d.C.), precisando que esta ley ya no es, como sucedía anteriormente, votada por el pueblo: desde ahora en adelante proviene del emperador, primero indirectamente por los senadoconsultos de carácter legislativo que suscitó y luego directamente por las *constituciones* imperiales. Estas constituciones comprenden en particular los edictos y los *rescripta* (respuestas oficiales). Luego, bajo el Bajo Imperio o dominado, la legislación se convierte en la única fuente del derecho: esta monarquía, que es a la vez autoritaria y convulsiva, llega a su fin en el año 476, al menos en lo que concierne al mundo occidental.

Durante toda la República, las leyes habían sido un poco numerosas y ellas intervenían sobre todo en el ámbito del derecho público, de manera que el derecho privado había podido desarrollarse por la práctica y por la base. Pero Roma se convirtió a la vez en una potencia mundial (para la época) y en una monarquía absoluta, en donde la lógica centralizada acrece desmesuradamente la función legislativa (y no solamente en derecho público) así como también la función administrativa. Todo esto en detrimento del aparato judicial clásico y para terminar, del *jurisconsulto*.

Signo de los tiempos: desde el primer siglo d.C., el edicto del pretor se paraliza, limitándose cada titular a retomar el texto de su predecesor. En los alrededores del año 130, Adriano sufre la consecuencia de esta situación haciendo redactar por un gran jurista, Juliano, un edicto perpetuo destinado a poner en orden el derecho pretoriano. Luego el pretor desaparece en el siglo III, y con él la división del proceso en dos fases: un proceso *extraordinario* es instaurado, el cual de hecho se generaliza y se desarrolla delante de todos los funcionarios imperiales encargados de rendir justicia²¹. Después de esta reforma, los *jurisconsultos* pierden en gran medida su importancia y terminan por desaparecer, o más bien sólo siguen siéndolo de nombre.

Al menos habrán sobrevivido a la República durante aproximadamente dos siglos y medio. Y si uno confía en el número y en la calidad de sus trabajos, el derecho de los sabios conoce incluso su apoteosis bajo el Alto Imperio. Pero es una apoteosis tramposa: los *jurisconsultos* comentan y ya no crean más (A). La decadencia viene enseguida, cuando los comentarios se vuelven a la paráfrasis: ésta es manifiesto bajo el Bajo Imperio (B).

²⁰ Carbasse, *op. cit.* en n° 19 y 20; Rouland, *op. cit.* en n. 30; Thireau, *op. cit.*, p. 80 a 93.

²¹ Sus juicios son en su momento el objeto de un decreto imperial que los transforma en precedentes legalmente obligatorios, por lo tanto en legislación (Thireau, *op. cit.*, p.84).

**A. LA APOTEOSIS TRAMPOSA BAJO EL ALTO IMPERIO
(DEL AÑO 27 a .C. AL 284 d.C.)**

Al principio, los jurisconsultos tienen demasiada importancia para que el poder imperial no busque utilizarlos: ellos serán a la vez oficializados por los emperadores (1º) y consagrados como autores por la fuerza de las cosas (2º).

1º) El Jurisconsulto oficializado por el poder imperial

Desde los inicios del Imperio, los jurisconsultos tienen conciencia del riesgo que los amenaza: aislamiento progresivo y pérdida de su influencia. También buscan reaccionar constituyendo una escuela, - entendida, al parecer, como una escuela de pensamiento y no como un establecimiento de enseñanza, cuyo modelo no existe aún. De hecho, habrá dos escuelas rivales, los Sabinianos y los Proculyanos, sin que se sepa claramente hoy en día que es lo que los oponía. Pero la distinción preponderante se establecerá entre los jurisconsultos habilitados y los que no lo están.

En efecto, más que atacar de frente el poder de los jurisconsultos, los emperadores intentan canalizarlo habilitándolos, o al menos a algunos de entre ellos, para decir el derecho: es el *jus publice respondendi* o el derecho de emitir respuestas oficiales a cuestiones de derecho, expuestas de maneras igualmente oficiales. Y estas respuestas se impondrán al juez cuando todos los juristas habilitados hayan opinado en el mismo sentido.

El punto de partida de esta habilitación permanece oscuro. ¿Comenzó quizás bajo el gobierno de Augusto (muerto en el año 14 d.C.) y más tarde bajo el de Adriano (127-138)! Pero hay buenas razones para pensar que esta habilitación debió desencadenar la debacle de las dos escuelas, la que comienza al principio del siglo II. El *jus publice respondendi* dataría quizás entonces de la segunda mitad del siglo I sin que se pueda precisar el momento de su nacimiento²².

Con la habilitación, los jurisconsultos consiguen una victoria pírrica. En teoría, el doctor obtiene acá su más alta recompensa: el saber puro se convierte en poder y ¡poder de derecho! Pero por una parte los jurisconsultos que no se benefician de la habilitación son desacreditados, lo que divide el cuerpo (si es que existe cuerpo) y lo debilita globalmente. Por otra parte los jurisconsultos habilitados no sostienen su poder por ellos mismos y se vuelven por este hecho un engranaje de poder imperial, perdiendo así esta independencia que reforzaba su autoridad. La prueba es que varios entre ellos serán llamados como consejeros por los emperadores sucesivos. Esta evolución de su actividad explica de manera plausible la decadencia de los Proculyanos y de los Sabinianos en cuanto escuelas, decadencia que toda vez no toca a los jurisconsultos a título personal. Los del Alto Imperio siguen siendo en efecto grandes juristas e incluso los más grandes juristas de toda la historia romana. Pero si bien continúan emitiendo consultas, han cesado de crear el derecho por esta vía, viniendo ahora las novedades principalmente de la legislación imperial. Es verdad que en cuanto a esta legislación, ellos participan en su momento de una manera oficiosa o

²² Gaudemet, *op. cit.*, p.268; Zenati, *op. cit.*, p.32.

incluso oficial. Como sea, las consultas tratan cada vez más sobre la interpretación de los textos. Y es más bien comentando los conocimientos del derecho anterior en las obras que ellos acceden una gloria durable.

2º) El jurisconsulto consagrado como autor²³

Autores, los jurisconsultos siempre lo habían sido poco o mucho. (y profesores más o menos improvisados, especialmente a la usanza de sus disciplinas). Pero esta parte de su actividad adquiere una importancia considerable. Además, el Alto Imperio es particularmente fértil en debates doctrinales, en donde la autoridad de los grandes ancianos es constantemente invocada al mismo tiempo que los argumentos de justicia, de utilidad y de razón. Esta inmensa mezcla doctrinal hace subir la ciencia del derecho al zénith. Pero lo más claro de la controversia se desarrolla en adelante fuera del pretorio. El derecho romano, derecho de consultantes y de autoridades, vive ya sobre su pasado convirtiéndose en una obra escrita, así sea exhaustiva y múltiple.

Los jurisconsultos redactan en particular recapitulaciones de las consultas (*Responsa*) y de tratados, que pueden ser sabios (*Digesta*) o pedagógicos (*Institutes*). Sobrepasando de ahora en adelante la casuística, estos jurisconsultos buscan desarrollar un método racional aunque, marcados por sus orígenes, no llegan jamás al punto extremo de racionalización que caracterizará más tarde, a partir del siglo XVII, el pensamiento jurídico de la Europa continental²⁴. “Para los juristas de la antigüedad, escribe Max Weber, y en razón de la naturaleza analítica del pensamiento romano, la aptitud a la construcción, aunque no está totalmente ausente, tiene sólo una débil importancia”²⁵.

Más que enumerar a los juristas de la época, es mejor marcar las generaciones evocando a lo más grande de entre ellos. Ya hemos hablado de Labeón que vivía bajo Augusto. Su método, consistente a exponer el caso y extraer la regla del caso, fue muchas veces imitado: este método contrastaba con el de sus predecesores que ordenaban sus desarrollos alrededor de actos jurídicos fundamentales. En la transición entre el siglo I y el siglo II hay que citar a Celso, adepto a las amplias interpretaciones y célebre por su definición del derecho (*ars boni et aequi*), así como Juliano, el redactor del edicto perpetuo: éste último se dedicó también a una completa recensión del derecho romano. Bajo los Antoninos, en el siglo II, son redactadas las sumas de Pomponio y del jurista libanés Gayo. Pomponio es el autor de una vasta síntesis que proporciona valiosa información – aunque a veces un poco inexacta – sobre los jurisconsultos anteriores, mientras que Gayo, en sus *Institutes*, redacta la primera gran obra de pedagogía, según un plan (una *summa divisio*) que ¡todavía se encuentra en nuestro código civil!²⁶ En la época de Severo (193-235), la doctrina romana brilla con sus últimos fuegos con Ulpiano (probablemente el más grande de todos, en todo caso

²³ Carbasse, *op. cit.*, n° 21,33 y 34; Gaudemet, *op. cit.*, p.260 a 267 y 280 a 282.

²⁴ Thireau, *op. cit.*, p. 76 a 80.

²⁵ Weber, M: *Sociologie du droit*, PUF, 1986, trad. J. Grosclaude, p.202.

²⁶ Cf. Dufour, A: “Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne”, in P. Amselek (bjo la dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 156 y 157: “la sistemática de Gayo, correspondiente al paradigma del jusromanismo, es más bien una sistemática didáctica, una puesta en orden comandada por intereses pedagógicos y orientada hacia la exposición coherente de la totalidad de una materia”.

el más citado por el Digesto: sus desarrollos sobre el derecho de gente se convirtieron en un clásico), pero también con Paulo y bien entendido con Papiniano, a quien *la ley de citas o citaciones*²⁷ reconocerá una autoridad superior a la de otros. Agreguemos también, un poco más tarde a Marciano y sobre todo Modestino, cuya definición de matrimonio inspirará a los canonistas.

La mayoría de estos autores fueron personajes poderosos, a veces demasiado poderosos: Paulo fue ejecutado bajo las órdenes de Caracalla y Ulpiano asesinado por los pretorianos, lo que incitó a sus sucesores a una mayor modestia. Pero aunque eran altos funcionarios y consejeros imperiales, no eran más que consejeros y continuaban entonces poseyendo una ciencia irremplazable, la única que permitió comprender la esencia del derecho romano y de extraer la líneas rectoras sin riesgo de falsearlo por el exceso de abstracción. Un teórico puro, si hubiese existido en la época, habría fracasado en cumplir esa tarea. Gracias a ellos, el Alto Imperio es para los juristas esa época suntuosa en donde el derecho romano se convierte en un monumento para la posteridad pero que es a la vez un suntuoso crepúsculo.

B. LA DECADENCIA EN EL BAJO IMPERIO (A PARTIR DEL AÑO 284 d.C.)

La última generación de grandes doctores continúa trabajando hasta el primer tercio del siglo III. Pero con la desaparición del pretor y la nueva configuración del proceso civil, la consulta pierde su importancia. Desde entonces y no nutriéndose ya de la práctica, la ciencia del derecho se debilita. Y terminará por desaparecer una vez cumplido su último objetivo que había consistido en poner en forma y en conservar, en el sentido fuerte, el derecho romano clásico. De esta manera el derecho de los sabios comienza a decaer a lo largo del siglo III y desaparece en el Bajo Imperio. Pero después de un largo periodo de vacas flacas, los conocimientos anteriores serán de alguna manera beneficiados en los siglo V y VI. Dicho de otra forma: muerte (1°) y transformación (2°).

1°) Muerte del derecho de los sabios

En el Bajo Imperio, hay todavía buenos juristas pero éstos no revisten mayor interés. Los mejores entre ellos son como antes funcionarios, pero que por temor de correr la misma suerte de Paulo y Ulpiano, evitan darse mucha importancia. La decadencia del derecho de los sabios se resume en tres palabras: paráfrasis, compilación, pedagogía. Bien entendido, la pedagogía no es en sí una forma de decadencia, por el contrario, pero acá substituye a la ciencia en lugar de ser su prolongación.

Paráfrasis: los juristas escriben todavía pero sobre todo trabajos prácticos, de dimensión modesta y desprovistas de reflexión sabia (la veta ya está agotada). El

²⁷ V. *Infra*, p. 39.

Digesto, que como veremos sólo es utilizado por los grandes autores, ignoró significativamente esta producción.

Compilación²⁸: a fines del siglo III, dos profesores y además dedicados a la práctica del derecho, Gregorio y Hermógenes, redactaron las primeras grandes compilaciones, aunque pura y llanamente privadas, del mundo romano. Sus obras, el *código Gregoriano* (291) y el código Hermogeniano (295), son recopilaciones de decisiones legislativas ordenadas y puestas al servicio de quienes se dedican a la práctica o al ejercicio de la profesión. En esta ocasión, la palabra código (que designa en su origen un libro de pergamino) aparece por primera vez en el sentido que hoy día conocemos. Otras recopilaciones vendrían luego, de un interés muchas veces mediocre. Cerca de un siglo y medio más tarde, y gracias en parte a la inflación legislativa, el poder imperial se preocupará de hacer proceder a compilaciones oficiales. En la época y desde el final del siglo IV, el Antiguo Imperio fue subdividido en dos entidades distintas: El imperio de Occidente y el de Oriente, teniendo respectivamente por capitales Roma y Bizancio. Es el emperador bizantino, Teodosio II, quien hace redactar por juristas la primera compilación oficial de derecho romano, llamado el *código Teodosiano* (438): este código tendrá igualmente aplicación en Roma. Pero en el año 476 el Imperio romano de Occidente desaparece. Sólo subsiste el Imperio Bizantino, que durará hasta el siglo XV y el derecho romano continuará aplicándose. Limitándose el código de Teodosio a la legislación, Justiniano (emperador de Occidente de 527 a 565) hará redactar por un equipo de juristas integrado por personas dedicadas a la práctica de la profesión y también por profesores, una compilación mucho más ambiciosa de la cual volveremos a hablar. El animador de este equipo, Triboniano, es de hecho un antiguo profesor de derecho convertido en funcionario imperial.

Pedagogía: Hay que darle el crédito al Bajo Imperio el hecho de haber desarrollado, por primera vez, una verdadera enseñanza jurídica²⁹. A partir del siglo III esta enseñanza pierde en efecto su carácter confidencial y los profesores comienzan a dar lecciones públicas. Aparecen enseguida escuelas que ya no son escuelas de pensamiento sino que establecimientos de enseñanzas abiertos a todos. Con todo, el derecho será enseñado en conjunto con otras disciplinas y jamás de forma completa ni sistemática, porque no son todavía y están lejos de serlo, universidades propiamente tales como las de la edad media. Por lo demás, los profesores de la época no son como hoy en día sabios que alimenten sus cursos con sus investigaciones (y viceversa), sino que personas que ejercen la profesión, retóricos y abogados lo más seguido. Su enseñanza parece haber sido de una calidad fuertemente desigual. Hubo una bella escuela de derecho en Beirut en el siglo V, pero más tarde, en su constitución de promulgación del *Digesto*, Justiniano fulmina la enseñanza de su época...

Nada, en todo caso, que evoque la ciencia jurídica de antaño. Al menos el poder imperial trató laboriosamente de revivir al derecho de los sabios.

²⁸ Carbasse, *op. cit.*, n° 22.

²⁹ Gaudemet, *op. cit.*, p.283 s.s.

2º) Transfiguración del derecho de los sabios

En el año 426, bajo el reinado de los Valentiniano III (y de Teodosio II en Bizancio), interviene una de las constituciones imperiales más significativas conocida bajo el nombre de *ley de citas o citaciones*³⁰.

En esta época hace ya largo tiempo que los jurisconsultos han perdido prestigio y ninguno de ellos fue nuevamente habilitado para decir el derecho. Las respuestas teniendo fuerza obligatoria (las *rescriptas*) emanan ahora sólo del Emperador, en los hechos de sus juristas en adelante funcionarizados.

Ahora bien, la ley de citas o citaciones va, si puede decirse, a habilitar juristas desaparecidos y desaparecidos desde hace ya dos siglos, lo que confirma la decadencia ocurrida entre tanto. A estos juristas por definición no es posible hacérseles preguntas. Pero se conservó la costumbre de citarlos como *autoridades* para argumentar su opinión en el proceso en curso. A este tipo de argumento, que tenía hasta entonces sólo una autoridad de hecho, le es conferido valor legal por medio de la ley de citas o citaciones. En adelante, el juez estará atado por la opinión común de los cinco grandes jurisconsultos que son Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano y Modestino.

¿Pero *quid* si una divergencia aparece en el círculo de los juristas desaparecidos? ¡La regla es entonces que predomina la mayoría! Y en caso de votos iguales, Papiniano tendrá (desde ultra tumba) una voz preponderante, encontrando el juez su libertad en el caso en que Papiniano no se haya pronunciado. La ley de citaciones prevé aún que a falta de opinión expresada en el primer círculo, otros autores (con la condición de haber sido citados por uno de los cinco grandes) podrán ser invocados según una modalidad y un procedimiento que la misma ley reglamenta.

Se trata, esta vez, de una victoria póstuma. El pensamiento de los grandes autores se transforma en ley no sobre el acto, como en el caso del jurisconsulto habilitado, sino que a la postre, lo que deja de manifiesto su vitalidad y su valor. Este pensamiento es transversal a las edades y ¡y no sólo a falta de competidores!

Todavía un siglo y Justiniano retoma el problema desde su base. Antes de convertir en ley las opiniones doctrinales, lo que lo obliga a regular las divergencias entre ellas por procedimientos en los cuales el automatismo y el formalismo ignoran la realidad del caso a juzgar, es preferible sistematizar las opiniones de los jurisconsultos actualizándolas para tener en cuenta las que hayan sido emitidas dentro de un largo periodo y precedieron o acompañaron otros importantes desarrollos del derecho romano. Igualmente, la doctrina sube al cielo y es en un sentido Justiniano quien saca la conclusión de una experiencia jurídica milenaria.

³⁰ Carbasse, *op. cit.*, n° 14. – Gaudemet, *op. cit.*, p. 269.

Conclusión: la compilación de Justiniano (528-533)³¹

Esta compilación llamada *Corpus juris civilis* comprende tres partes, de las cuales las dos primeras son redactadas por prácticos. Primero el *Código*, que es una recopilación de las constituciones imperiales desde Adriano en adelante. Luego el *Digesto* (llamado en griego las Pandectas), que constituye indiscutiblemente la pieza maestra de la obra: selecciona y clasifica las opiniones de los grandes jurisconsultos (Ulpiano sobre todo, pero también Gayo, Paulo, Papiniano, Juliano, etc.), en lo que es mucho más que una simple recopilación. Finalmente, las *Instituciones*, redactadas esta vez por profesores, son una manual cuyo plan retoma las divisiones de Gayo.

La configuración misma del *Corpus* confirma el carácter profundamente doctrinal del derecho romano, a pesar del crecimiento, convertido ya en exponencial, de las leyes. En nuestros días un emulador de Justiniano se contentaría con la parte legislativa y haría a lo más referencia a la comprensión de los textos. En efecto, es evidente que en la opinión de una utilización práctica (que era la de Justiniano), una antología de opiniones doctrinales no ofrecería hoy en día gran pertinencia. Pero la misma antología era por el contrario indispensable para un conocimiento directo y práctico del derecho romano *porque era la sustancia misma de ese derecho*: en este sentido, el Digesto había recibido valor oficial y podía ser citado delante de los jueces del Imperio bizantino. Los jurisconsultos obtuvieron así una consagración complementaria que no es la última, porque su obra renacerá enseguida en el Antiguo derecho europeo y particularmente francés.

SECCIÓN 2 LOS DOCTORES DEL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

Generalidades³²: un derecho pluralista

La toma de Roma por los Visigodos conlleva en el año 476 d.C. la caída del Imperio occidental y en consecuencia desactiva el derecho romano, el cual en adelante no se aplica sino en el Imperio bizantino. Desaparece al mismo tiempo hasta el recuerdo de lo que había sido el derecho de los sabios, porque en esta época Europa Occidental se convierte en un desierto intelectual en donde los expertos en los trabajos romanos se vuelven escasos³³. Durante los cinco siglos que siguen, el derecho se expresa a través de numerosas costumbres que, en defecto del derecho escrito, ocupan la totalidad del espacio jurídico. En realidad son más bien las costumbres y la religión las que aseguran la esencia de la cohesión social. Ya no hay entonces doctores en el

³¹ Carbasse, *op. cit.*, n° 23. – Rouland, *op. cit.*, n° 29.

³² Sobre el renacimiento del derecho a partir del siglo XII: Carbasse, *op. cit.*, n 67; Thireau, *op. cit.*, p. 134 a 140; Adde, Kantorowicz, E.H: "La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit", *Politix*, n 32, 1995, p. 5 s.s.; David, R: "La doctrine, la raison, l'équité", RRJ 1886-1, p.109 s.s.

³³ Lo que no quiere decir que el derecho romano haya desaparecido completamente, incluso en esa época: permanece en un Segundo plano, pero con una importancia muy desigual. Incluso erosionado y degradado, influencia de alguna manera las costumbres, pero parcializándose en esa ocasión (Thireau, *op. cit.*, p. 95 y 117 a 120).

mismo contexto y las nociones del saber se refugian en los monasterios. Pero los monjes no se ocupan en absoluto del derecho: al menos tuvieron el mérito de haber conservado piadosamente, y sin utilizarlos, los manuscritos de los juristas romanos (en particular el del Digesto).

Es a partir del siglo XII que encontramos nuestro asunto, cuando Europa descubre el derecho romano y ve surgir un nuevo florecimiento de grandes doctores. Pero esta resurrección -la palabra no es tan fuerte- interviene en el desorden y la riqueza de un pluralismo que hoy en día es difícil de concebir.

En Francia post revolucionaria, en donde reina un solo orden jurídico, la fuente fundamental del derecho es la ley, a la que todas las otras fuentes deben en principio ajustarse. Nada parecido a lo que ocurría en Francia durante el Antiguo Régimen en donde varios órdenes jurídicos coexistían, existiendo entre fronteras lo más seguido inciertas. Entre estos órdenes o sus fuentes no hay necesariamente una jerarquía o al menos las jerarquías son frágiles: están sujetas a hesitaciones, controversias y variaciones, de manera que sería difícil designar una fuente principal o simplemente saber ¿en qué orden enumerar las diferentes fuentes! Históricamente las costumbres tienen derecho al primer puesto (fue por mucho tiempo el único puesto), pero su gran número – debido a que soportaban desigualmente las influencias romanas, autóctonas y feudales – constituía ya, independiente de las otras fuentes por venir, la base de un pluralismo muy fuerte. Luego el renacimiento de lo que llamamos hoy en día la doctrina tendrá como efecto el promover dos órdenes jurídicos nuevos, los cuales se yuxtaponen al orden consuetudinario. Por un lado el derecho romano que, resucitado por los doctores, llegará a sustituir las costumbres en el sur de Francia. Por otro lado el derecho canónico, que ejercerá una influencia muchas veces profunda en numerosos ámbitos.

Agreguemos que la práctica judicial encuentra su vitalidad con la costumbre, adquirida en el siglo XIV (y favorecida por la aparición de la pasta de papel) de redactar las decisiones de justicia y sobretodo con la multiplicación de jurisdicciones: notemos en particular la creación de parlamentos provinciales en el siglo XV. En fin, la legislación, una de las más reducidas en el origen, crece en importancia a medida que se extiende el poder real, pero sin que la naturaleza de sus relaciones con las otras fuentes sea claramente dilucidada. Así el rey es el guardián de las “buenas costumbres” (y en consecuencia las respeta, absteniéndose generalmente de legislar en dicho ámbito, es decir, el derecho privado), pero es también el censor de las malas...

En estas condiciones, la cuestión tan banal de saber *cuál es el derecho positivo* sobre tal o tal punto, no tiene sentido en esta época (en donde por lo demás la expresión no existe) y quedará la mayor parte del tiempo sin respuesta: bajo el derecho Antiguo, el derecho no está planteado de antemano, sino que se hace día a día de manera mucho más imprevisible que en la época contemporánea.

Se dice siempre, y por esta razón, que el Antiguo Régimen fue el paraíso de los doctores, a quienes la multiplicidad y la incertidumbre de las fuentes dejaban una gran libertad de interpretación, - y de hecho un poder mucho más grande que en nuestros

días. La observación es exacta salvo en el hecho que notemos que en dicha época no habían generalistas dominando el conjunto del derecho, porque los doctores o más generalmente los autores jurídicos (ya sea sabios o dedicados al ejercicio de la profesión sin pretensión de sabiduría) están tan parcializados como las fuentes mismas: romanistas, juristas consuetudinarios, canonistas, especialistas en la práctica judicial, legistas reales obran todos en universos distintos y desprovistos de tronco común, de manera que a pesar de las pasarelas existentes, la diferencia ente ellos es mucho más grande que la que por ejemplo separa hoy en día un civilista de un administrativo.

Cuando se trata de derecho, la distinción entre edad media y tiempos modernos presenta menos pertinencia que otras materias porque, como se ha dicho, el derecho conoce su primer y más importante renacimiento desde el siglo XII. Sin embargo la censura habitual puede ser conservada, ya que corresponde de todas formas a ciertos cambios mayores, porque coincide en Francia con el momento decisivo de la redacción oficial de las costumbres. En consecuencia estudiaremos los doctores de la baja edad media (§1) y los de los tiempos modernos (§2).

□ 1 LOS DOCTORES DE LA BAJA EDAD MEDIA (desde el siglo XII al siglo XV)

Prólogo: el “primer renacimiento” del siglo XII

La sociedad medieval comienza a transformarse en el siglo XII: los intercambios económicos se multiplican, las ciudades se desarrollan y de eso se sigue una relativa mezcla humana, que comprende también el orden intelectual porque la escritura, antes sólo reservada a clérigos, se expande entre ciertos laicos. Y emerge la idea que para organizar este mundo en plena ebullición los principios de la caridad cristiana no son ya suficientes. La sociedad busca soluciones jurídicas nuevas con el fin de dar respuesta a las nuevas necesidades. La demanda por lo demás emana menos de los soberanos, quienes buscan por sobretodo extender el poder aún incierto de su administración que de los prácticos del derecho. Ahora bien, no tardará en percibirse que el derecho romano constituye una vasta reserva de soluciones diversas y aceptables. La moda de los estudios romanistas se expande entonces en el conjunto de Europa.

El derecho romano a decir verdad había conservado un pequeño lugar en los espíritus durante la alta edad media, en donde el código de Teodosio seguía siendo conocido esto por sus resúmenes o por el *Breviario de Alarico* que se inspiraba ampliamente en él. Pero renace en su esplendor con el descubrimiento fortuito del Digesto, en el norte de Italia, alrededor del año 1090³⁴. La compilación Justiniana se expande entonces y suscita el mayor de los intereses a pesar de su origen pagano. A santo Tomás de Aquino (1228-1274) le pertenece el mérito de levantar finalmente cualquier obstáculo de orden religioso. Este teólogo, quien se convertirá en el pensador

³⁴ Según Thireau, *op. cit.*, p.135, este descubrimiento debe “entenderse menos en sentido material que en sentido intelectual”, habiendo los juristas comenzado a leer escritos que menospreciaban anteriormente.

oficial de la Iglesia pero también, por los hechos, en el primer filósofo del derecho que el mundo occidental haya producido desde la antigüedad, elabora una fuerte construcción fundada sobre cuatro leyes superpuestas.

En la cima, la ley eterna, que sólo es conocida por Dios y sus santos: no tiene entonces más utilidad práctica que justificar los misterios que nuestro entendimiento no llega a comprender. Reflejo de la ley eterna, la ley divina es en revancha conocida a través de la revelación: ella figura en los evangelios. Pero los evangelios no contienen disposiciones jurídicas: ¿Hay que admitir entonces que Dios dejó a los juristas en la necesidad no sólo hasta la venida de Cristo, sino que incluso después de este acontecimiento? Seguramente no, porque existe otra ley, la ley natural, una de las más jurídicas y que es el reflejo de la ley divina y que es accesible esta vez, por los solos recursos de la razón humana, luego sin el auxilio de revelación alguna. Ahora bien, esta ley natural, los Romanos la habían en gran parte descubierto y por lo demás ellos mismos utilizaban la expresión. Basta entonces con continuar su obra. Queda por último la cuarta ley, la ley humana (traduzcamos: positiva), la cual es creación pura del hombre: en su principio, debe respetar los mandamientos de Dios y entonces tomar la ley natural como modelo Pero su puesta en práctica puede dar lugar, sin por eso oponerse a la voluntad divina, a fuertes variaciones debido a las contingencias locales.

Esta construcción, en todos los puntos notable, arrastra importantes consecuencias para nuestro propósito. Legitima el derecho romano. Legitima igualmente la divergencia de derechos positivos gracias a una visión, por algunos aspectos laica del derecho. Y acredita esta idea, prometida a un brillante porvenir, que el derecho positivo debe acercarse todo lo que sea posible, al derecho natural.

En lo inmediato y desde antes de santo Tomás, la nueva encarnación de la *lex naturalis* de los Romanos tiene por nombre *jus commune*, es decir, el derecho común³⁵. La expresión viene del Digesto, que por lo demás la utiliza en varios sentidos: pero los lectores medievales de Justiniano identifican claramente el *jus commune* con el derecho romano. Luego de haber forjado una cultura a base del derecho romano, los doctores alimentan en efecto la idea de que éste, más allá de las divisiones políticas, podría proporcionar un instrumento ideal para regir los intercambios en toda Europa y por extensión, para organizar casi la totalidad de los intercambios sociales. En cuanto a saber cómo este derecho romano, revisado y corregido bajo la forma del derecho común europeo, se articulará con los derecho locales existentes, nadie se lo explica muy claramente. Como hoy en día la universalización, el derecho común tiene respuesta para todo.

Este *jus commune* es un mito, pero de los más fecundos. Un mito porque a pesar de una romanización más o menos profunda que afectará sobretudo al derecho privado y sobre todo la parte técnica de éste, los Estados Naciones en formación no piden sino consolidarse por medio, entre otros, de un derecho que les sea propio. Pero fecundo porque va a estimular la búsqueda jurídica y el progreso del derecho: ¡tan fuerte es la creencia que se volverá en parte realidad! Y sigue siendo cierto que en la

³⁵ David y Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, nº 33; Thireau, J.L.: "La doctrine civiliste avant le code civil", en CURAPP & CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, esp. p. 37 a 40.

edad media la ciencia del derecho no tiene fronteras: tiene por lo demás una lengua universal, el latín, que los clérigos habían conservado y que es una de las más bellas que enseñan. Es la lengua sabia, por definición propia de los romanistas y del Digesto, pero también de los canonistas, en donde la ciencia jurídica conoce aún menos las fronteras y aprovecha también la renovación general. Es evidentemente la lengua de las universidades, gracias a la cual los estudiantes pueden seguir los cursos en cualquier país de Europa.

De este modo la noción de derecho común marca el regreso del derecho de los sabios (A) y le servirá de motor a la influencia que ejercerán los doctores sobre la evolución del derecho (B). Pero esta noción tiene sus límites: los sectores particularistas del derecho son ignorados por los doctores de esta época (C).

A. EL REGRESO AL DERECHO DE LOS SABIOS

Si la vieja acusación de oscurantismo tiene existo todavía, aunque con algunos matices en lo que respecta a la edad media, es decir el periodo que va hasta los alrededores del año mil, no ocurre lo mismo en el periodo siguiente, que es testigo del desarrollo de una civilización en ciertos aspectos brillante. En todo caso, la gloria imperecedera de ésta es haber inventado, a partir del siglo XI y sobre todo del XII, las universidades, institución que no podemos concebir que no haya existido hasta entonces, ¡incluso en sociedades mínimamente evolucionadas!³⁶

Paralelamente la edad media inventó el culto de la enseñanza y el prestigio del profesorado. Esto tiene como consecuencia que en el ámbito de derecho, el doctor toma, en lo sucesivo, la forma del universitario. El doctor universitario se siente como el único doctor digno de ese nombre y salvo algunos casos particulares, el único sabio auténtico³⁷.

Esta tendencia persistente es ilustrada en su origen por dos categorías de especialistas, los únicos que existían en ese entonces: los romanistas (1º) y los canonistas (2º).

1º) Los romanistas

Con ellos, el jurisconsulto está de vuelta. Pero innovan por el hecho de cobrar por sus consultas, incluso a muy buenos precios. Estas (las *consilia*) aparecen en el siglo XII y juegan un rol muy importante en el proceso a partir del siglo XIV. Y es que durante ese periodo los métodos de los doctores ganaron en eficacia, produciéndose el mayor cambio en la segunda mitad del siglo XIII. Los primeros doctores que se volvieron célebres fueron llamados glosadores (a). Luego se produce un giro con quienes serán denominados post-glosadores o comentadores (b), lo que cubre primero

³⁶ Gaudemet, *op. cit.*, p.314 s.s.; Adde, Verger, J: *Les universités au Moyen Âge*, PUF, coll. Quadrige, 1999.

³⁷ El doctor universitario se siente incluso como un señor (*Dominus*) miembro de una especie de caballería (*Militia*), ¡y que tendría derecho al título de conde después de veinte años de enseñanza!

a los representantes de la Escuela de Orleans, luego al Italiano Bartolo y sus discípulos.

a) Los glosadores (1100-1250)³⁸

Los glosadores, llamados de esta forma en razón de sus glosas sobre el derecho romano a las que se vuelvan, suscitaron una corriente de pensamiento que reino en toda Europa occidental. Esta corriente es sostenida por las universidades, las que conocen un gran desarrollo en esta época: los focos más activos fueron Italia y Francia, con una clara dominación, en lo que nos concierne, de la Escuela de derecho de Bolonia. Desde el siglo XII, Bolonia dispone de una verdadera enseñanza pública, organizada oficialmente por la municipalidad, ¡incluso con entrega de diplomas!

El método de los glosadores consiste en leer y comentar delante de los alumnos lo que se denomina entonces *las leyes*, es decir, los textos del Digesto. Bajo el derecho Antiguo, el término de ley tiene un sentido muy general: todo lo que es obligatorio en derecho, moral, religión, etc. Tratándose de derecho, se aplica a menudo a los textos escritos, incluso cuando no son textos en el sentido actual, es decir legislación. En esta acepción, el *legista* de la edad media es un buen conocedor del Digesto, dicho de otra manera ¡de los escritos que tienen en realidad una característica doctrinal! Como sea, los glosadores practican la explicación de los textos en presencia de sus alumnos y la practican primero como gramáticos: de este método, el pionero fue Irnerio, especialista en gramática y juez, que leía en Bolonia entre 1112 y 1125 y a quien llamaban “la luz del derecho”. Sus explicaciones dieron lugar a glosas, primero orales y luego escritas sobre el manuscrito, ya sea por el mismo o más tarde por sus discípulos.

Esas glosas contienen en general un signo (las iniciales por ejemplo) que permite identificar al autor, porque el mismo método va ser utilizado por los competidores y luego por los sucesores de Irnerio. De hecho, este método se generaliza rápidamente, de manera que las interpretaciones, muchas veces divergentes y que son objeto de sabias querellas, se acumulan sobre los ejemplares del Digesto. Pero los glosadores redactan también tratados más sintéticos, llamados *sumas* para parafrasear o comentar una parte del Digesto sobre la base de las glosas ya realizadas.

El procedimiento, mucho más sutil de lo que su apariencia primaria deja suponer, se comprende muy bien dentro del contexto de la época: sin duda había que comenzar por ahí para desbrozar primero el terreno. Tal cual, proporcionaba ya útiles elementos de información a quienes ávidamente ejercían el derecho aunque fuera poco estructurado. En todo caso provocó la gloria de Bolonia a la cual concurren estudiantes de toda Europa para seguir la enseñanza de Irnerio y luego la de los “cuatro doctores de Bolonia” formados por él: Martín, Hugo, Jacobo y sobre todo Búlgaro, quien fue el más destacado. A lo largo de todo el siglo XII el movimiento se dispersa, esencialmente en el norte de Italia y el sur de Francia: en Arles, Aviñón, Valencia, Narbonne, Béziers y sobretodo en Montpellier, en donde enseña Placentino

³⁸ David y Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, n° 32; Carbasse, *op. cit.*, n° 80 y 81; Thireau, art. citado, p. 18 a 21.

(1135-1192). “A decir verdad, escribe M. Carbasse, salvo en Bolonia, todas esas escuelas de derecho son esporádicas; ligadas a la presencia de un profesor, desaparecen con éste. Los maestros se pasean, dejando por aquí y por allá discípulos más o menos formados”³⁹.

Bolonia continúa siendo la capital del derecho hasta los alrededores del año 1250, con profesores como Pilio (muerto en 1207) y sobre todo Azón (muerto en 1228). Pero llega un momento en donde la acumulación de glosas termina casi por ahogar el Digesto: Acursio, alumno de Azón, se dedica entonces a un inmenso trabajo de limpieza y de puesta en orden que termina, hacia 1230, en la publicación de la *Glosa Magna* o Glosa ordinaria. Desde entonces la glosa de Acursio será la más reproducida cara a cara con el Digesto, en dos columnas por ejemplo. De todas formas, después de la desaparición de Acursio, la ciencia del derecho cae en el fetichismo de la Gran Glosa, la escuela de Bolonia comienza a fatigarse y es la de Orleans la que toma la delantera con un método renovado.

b) Los post-glosadores o comentadores (a partir de 1250)⁴⁰

Esta denominación reagrupa a los maestros de la Escuela de derecho de Orleans, luego a la escuela italiana y posteriormente europea formado por Bártolo (llamada también: de los Bartolistas). ¿Porqué Orleans y no Paris? Porque el Papa Honorio III prohibió la enseñanza de las leyes en Paris y sus alrededores, por medio de un decretal llamada *Super Specula* de 1219. Las circunstancias de esta prohibición, que además provoca la creación de una escuela en Orleans en 1235, continúan siendo controversiales. Para algunos, el rey de Francia, Felipe Augusto, la habría el mismo propiciado – y entonces habría estado muy complacido de respetarla - por temor de que el derecho romano sirviera de caballo de Troya a aquellos que se proclamaban los herederos del imperio Romano: los emperadores de Alemania. Para otros, el Papa habría tomado esta iniciativa con el fin de proteger la escuela de teología de Paris contra una posible desafección de los estudiantes, que peligraban con entregarse al entusiasmo general por los estudios de derecho. ¡Lo cierto es que Paris era - y de hecho seguirá siendo - la capital de la teología! Dicho esto, Orleans no será la única escuela de derecho en el norte de Francia, porque se enseñara también la materia en Poitiers, Bourges, Angers o Caens.

Orleans conoce su mejor periodo entre los años 1250 y 1300, con los maestros como Jacques de Révigny (autor, entre otros, de un *diccionario de derecho*: el género es nuevo) y su discípulo Pierre de Belleperche. Bajo sus impulsos, la glosa deja de ser un accesorio de los textos y se convierte en creadora. La gente de Orleans transforman por una parte la explicación de texto en comentario verdaderamente crítico y por otra parte no siguen más el texto al pie de la letra, prefiriendo reagrupar sus reflexiones según el método escolástico, alrededor de diferentes temas. Y se interesan también en las fuentes canónicas, así como también (pero de manera aún tímida) en las costumbres. Este importante progreso les vale una reputación tal, que en lo sucesivo,

³⁹ Carbasse, *op.cit.*, n° 80.

⁴⁰ Carbasse, *op. cit.*, n° 82 a 86; Gaudemet, *op.cit.*, pp.301 a 303; J.L Thireau, art. citado, p.21 a 25.

incluso los Italianos vienen a formarse a Orleans, en particular Cino de Pistoia (1270-1333): éste regresará enseguida a su país para relanzar las universidades italianas (Bologna, pero también Pavia y Padua), mientras Orleans se esfumaba en su turno. Es su discípulo Bártolo (1314-1357) quien le dará toda su amplitud a este proyecto.

Con Bártolo, quizás el más grande jurista europeo de la edad media y en todo caso el más célebre, el derecho romano se vuelve plenamente operacional. A la manera de los jurisconsultos, Bártolo lo trata como un derecho viviente y lo hace evolucionar, lo enriquece para satisfacer las necesidades prácticas, llegando casi a deformar la letra del Digesto, pero siendo siempre fiel a su espíritu: no es entonces a él a quien hay que dirigirse para reconstituir el auténtico derecho romano de Roma, pero a decir verdad, la pretensión de ser fiel al texto no les había impedido a los glosadores deformar a su manera y con un mínimo beneficio en este caso. Bártolo en cuanto a persona se comporta como un verdadero Romano. Redacta cientos de consultas, comentarios – constructivos en consecuencia - de *corpus juris civilis*, así como monografías (*tratados*) sobre toda clase de temas. Y por su teoría de los *estatutos*, sienta las bases del derecho internacional privado. Luego de él, su discípulo Baldo (1337-1400) continúa con su obra e impone en toda Europa el modo italiano, le *mos italicus*, que consiste en comentar plenamente los textos (de ahí el nombre de comentadores dado a los Bartolistas), pero también en combinar el derecho romano (en adelante reconstruido) con los elementos sacados del derecho canónico, de las legislaciones particulares, de los estatutos municipales, etc.

Por lo demás, Bártolo finalmente reglamentó la cuestión de las relaciones entre el *jus commune* y las otras fuentes. Para los glosadores el derecho común, identificado al derecho romano, gozaba de una superioridad de principio, pero de contornos mal definidos: sin duda este derecho tenía que prevalecer en los casos oscuros o no reglamentados, pero en los otros casos nadie sabía si excluía o no el derecho local. Ahora bien, Bártolo quien asocia el estatus del derecho común a un derecho romano enriquecido con aportes europeos, lo hace claramente prevalecer en el silencio de los estatutos particulares, del que pregona una aplicación restrictiva. Esta prefiguración de una regla técnica, convertida hoy en día en un puente a los asnos de la ciencia jurídica, ha permitido dotar de un cierto contenido a la ideología del *jus commune*. Si la búsqueda de un derecho común europeo alguna vez ha dado frutos, es en ésta época en donde hay que buscarlos.

Además, el método de las *quaestiones*, ya esbozado por los glosadores y luego ampliado por Révigny (que había publicado sus recopilaciones de preguntas), se desvanece plenamente con los Bartolistas y hasta dar lugar a verdaderas disertaciones. Este método consiste en formular una pregunta particular de derecho relativa a un caso real o de escuela, luego en generar una controversia muy nutrida en la cual se expresen no sólo las batallas de autoridad estimadas por los glosadores, sino que toda clase de argumentos desconocidos por ellos, fundados en el espíritu de los textos, los principios fundamentales de la justicia, el derecho divino y en la ley natural, etc. Y la respuesta que revela las preocupaciones prácticas de los comentadores, no teme utilizar la analogía, lo que constituye una innovación considerable. Termina incluso con una *declaratio legis*, para determinar el alcance de

la regla a los medios de extensión, de excepción y de limitación⁴¹. Como en el caso de Labeón, el derecho surge del caso y de su solución, no de una regla preexistente.

Pero a la decadencia sigue luego el apogeo. Durante el siglo XV, los discípulos de Baldo dejan de jugar un rol creador ya sea porque parafrasean a los grandes maestros o bien porque emiten glosas sobre dichos paráfrasis, de manera que ¡habría que inventar para ellos el término de post-post-glosadores! El derecho romano no ejerce menos una profunda influencia de la cual habrá que rendir cuentas, nos sin antes haber evocado su matrimonio paradójico y a veces tormentoso con el derecho canónico.

2°) Los canonistas⁴²

Es todavía en Bolonia, hacia el año de 1140, que un fraile benedictino llamado Graciano, inspirado por la renovación del derecho romano, compone su *Concordantia discordantium canonum*, obra habitualmente designada bajo el nombre de Decreto de Graciano y que marca en su momento la renovación del derecho canónico. Este derecho, evidentemente, no pretende regir la totalidad de la vida social, sino sólo la organización interna de la Iglesia y, además algunas materias particulares como el matrimonio. Pero en esta medida la Iglesia necesita del derecho y a falta de encontrarlo en los evangelios, de los cuales no se preocupan mucho, por comodidad había tomada prestada las técnicas del derecho romano, conservando siempre su inspiración religiosa propia. Según la fórmula consagrada (que data del bajo Imperio), "la Iglesia vive bajo la ley romana" y había continuado viviendo incluso después de la caída del imperio.

Sin embargo, el derecho canónico se había particularmente sobrecargado a lo largo de los siglos: al fondo romano se agregaban primero las reglas generales sacadas de los escritos de los Padres de la Iglesia, luego las *Bulas* Papales sucesivas y finalmente los *cánones* (de donde surge el nombre de derecho canónico) de los diferentes concilios,- el todo fuertemente desordenado y todavía agravado por la torpeza de las diversas compilaciones privadas. Amenazada de divisiones, cerca del año mil, la Iglesia se preocupa de restaurar su unidad, de reforzar la autoridad pontificia y de remediar el desorden de su derecho. Esta última empresa encuentra un primer remedio en el Decreto de Graciano, que es el fruto de un trabajo considerable y quizás colectivo ayudando además el renacimiento del derecho: esta obra limpia y pone en orden los actos de los concilios dándole una coherencia al conjunto.

Aunque teniendo un carácter privado, conoce un gran éxito y todos los clérigos se refieren pronto a este derecho de manera tan constante que adquiere valor oficial y se convierte en una suerte de Digesto cristiano. La comparación se impone aún más considerando que el Decreto de Graciano es objeto, él también, de sabios comentarios. Al igual que el derecho romano, la Iglesia tiene de ahora en adelante sus propios doctores, que leen y explican el Decreto (los llaman por esa razón, los *decretistas*) y

⁴¹ Thireau, J.L: *Introduction...*, p.139.

⁴² Carbasse, *op. cit.*, n° 87 a 90; Thireau, *op. cit.*, p. 140 a 144; Gaudemet, *op. cit.*, p. 292, 293, 307 a 314.

redactan numerosas sumas. Al final del siglo XII, un profesor de Bolonia, Huguccio de Pisa, publica sobre el Decreto una importante suma, un poco como el equivalente de la glosa de Acursio: reconciliándose con los orígenes romanos del derecho canónico, reenvía a título supletorio al derecho romano en caso de silencio de las fuentes religiosas.

Este mensaje no será en vano. Los decretistas no dejan de estudiar el derecho romano, ni de utilizarlo. Aún más, los Papas, muchas veces antiguos decretistas, se inspiran del derecho romano en su obra de legislación, es decir en sus Decretales, cada vez más numerosos. Estas serán en seguida estudiadas y comentadas por una nueva generación de doctores, que serán llamados *decretalistas* (¡lo que no debe confundirse con los decretistas!), entre estos sabios, citemos a Sinibaldo Fieschi (convertido en Papa bajo el nombre de Inocencio IV, entre los años 1234 y 1254), Enrique de Susa conocido también como Hostiensis (célebre por su suma sobre los Decretales de Gregorio IX), los dos Guillermo Durand, tío y sobrino, ambos obispos de la ciudad de Mende al final del siglo XIII.

El matrimonio entre el derecho canónico y el derecho romano da frutos también en las universidades, comenzando por Bolonia, en donde los estudiantes de derecho aprenden “uno y otro derecho” (*utrumque jus*), mientras que sus profesores respectivos confrontan sus puntos de vista y a veces se confrontan vivamente. Pero el progreso nace de estos choques y los dos derechos son de todas formas asociados en la búsqueda de un derecho común, es aquí el lugar de examinar la influencia que pudo tener el derecho de los sabios en la vida jurídica.

B. LA INFLUENCIA DE LOS DOCTORES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO⁴³

La influencia de los doctores es por definición indirecta, incluso en Roma. En la edad media, lo es todavía más y será calificada de difusa (1°). Ella produjo resultados desiguales (2°) según el país y, sin considerar el caso de Francia, según las regiones o las ramas del derecho.

1°) Una influencia difusa

Roma había inventado al jurisconsulto, que los romanistas resucitaron (pero a título oneroso), aunque las condiciones favorable del proceso romano no se encuentran en su tiempo. De manera menos brillante, la edad media inventó con la glosa una forma de ciencia teórica pura, incluso si los glosadores o muchos de ellos pudieron poner esta forma al servicio de la práctica. Sin embargo, - y esto compensa lo otro en gran medida - la edad media supo crear también una enseñanza pública en el seno de las universidades. E incluso si los glosadores enseñan el derecho de una manera muy literal y abstracta, los futuros prácticos se apresuran a concurrir a sus cursos, porque necesitan del derecho romano para mejorar la práctica: poco les importa entonces que la enseñanza de los profesores no se preocupe sino que del

⁴³ David y Jauffret.Spinosi, *op. cit.*, nº 38 a 40; Carbasse, *op. cit.*, nº 67, 101, 125 y 126, 130, 136 a 138, 141; Thireau, J.L: *Introduction...*, p. 142 a 151.

primero e ignore completamente al segundo. El inconveniente –porque es de todas formas uno y se agrava irremediabilmente a partir del Renacimiento- es por el momento menor y además disminuye con los comentadores, que son mucho más preocupados de la práctica, aún en sus trabajos científicos.

El derecho romano se difumina –un poco deformado- y el derecho canónico también, por los cuidados de los antiguos estudiantes convertidos en jueces, abogados, notarios o funcionarios. Entre ellos, los notarios juegan un rol capital, porque redactan los actos jurídicos por cuenta de sus clientes y los redactan según las técnicas de los romanistas, de manera que en caso de litigio, el juez será naturalmente llevado a decidir, más allá de la costumbre, contemplando el derecho romano. En cuanto a las costumbres, los nobles adquieren el hábito de describirlas para su uso propio y de redactar una reseña, más o menos fiel por lo demás, porque estos prácticos, que tienen una buena formación en uno y otro derecho (*in utroque jure*), creen poder mejorar las costumbres en su momento, a menos que simplemente, ellos cometan errores involuntarios. Pero voluntariamente o no, ¡los romanizan!

De una manera general, los legistas, es decir los juristas formados en derecho romano, juegan un rol social muy activo y ocupan en todas partes puestos claves. Los Capetos se rodean voluntariamente de legistas que eligen entre los mejores y estos justifican su nombre (al menos bajo nuestros ojos) participando en la obra legislativa, la que va tomando cuerpo poco a poco. El todo sin hablar de los grandes canonistas convertidos en Papas, como Inocencio III, Gregorio IX o Inocencio IV, quienes multiplican las Decretales. En resumen, el derecho de los sabios penetra por osmosis en una parte importante de la sociedad.

Además, el derecho romano incluso antes que de ser revisado y corregido, incluso *canonizado*, si osamos usar este juego de palabras, presenta en esa época una enorme superioridad, ¡la de lo escrito! No siendo escrito, la costumbre es conocida sólo por el pueblo que la practica, pero no por lo jueces que son formados en derecho romano y que el rey, por principio, no nombra en la circunscripción en donde han vivido hasta entonces. Igualmente la legislación está mal difundida y la práctica de los tribunales todavía poco relatada en las recopilaciones, de manera que la autoridad de la cosa escrita juega un rol considerable. En el fondo no es un azar si el Digesto fue bautizado como *las leyes*, porque sin lugar a dudas lo escrito termina por tener fuerza de ley, ¡aunque haya sido redactada en otros lugares, hace mucho tiempo y en otra lengua que la del país! Esta consideración explica en parte la idea, muy difundida en la edad media, que el derecho romano se aplica como razón escrita: y aquí radica la diferencia con la ley propiamente tal, la que no necesita en principio, para aplicarse, que la razón le preste su apoyo. Pero por el hecho de apoyarse sólo en la razón, el derecho romano penetra en los derechos locales de manera fuertemente desigual, según la resistencia que encuentre al frente.

2°) Una influencia desigual

En derecho público primero, los Capetos pierden rápidamente la desconfianza inicial hacia el derecho romano. Ayudados por sus legistas, descubren el partido que pueden sacar para asentar su propio poder. “Todo lo que plazca al príncipe tiene

fuerza de ley” había anunciado Ulpiano. Su lección será aprendida. Y sobretodo los reyes encuentran en el derecho romano una teoría del Estado que se revela particularmente preciosa a la hora en la cual el Estado moderno comienza a tomar forma.

En derecho privado, el derecho romano conoce diversas fortunas: eliminará ampliamente las costumbres en el sur de Francia, al tiempo que deja subsistir las del norte, aunque penetrándolas en alguna medida⁴⁴. Esta diferencia, adquirida en el siglo XIII, se debe a que las costumbres meridionales, por razones de proximidad geográfica, habían sido mezcladas con el derecho romano desde la época de la expansión romana (¡es decir más de mil años antes del renacimiento del derecho romano!), de manera que no pusieron resistencia alguna al invasor. Construidas sin embargo sobre un fondo germánico, las costumbres del norte resistieron de mejor manera, variando su defensa según si las costumbres habían sido o no objeto de redacciones mediocres o al contrario de una puesta en orden marcada con el sello de la coherencia y de la precisión.

Por lo demás, el derecho romano no se aplicó jamás de plano incluso en los países llamados de derecho escrito: la regla era que la solución romana (o romanista) se convertía en derecho cuando se había “convertido en costumbre”, según la fórmula usada. En el sur el paso fue bastante masivo. Pero en el norte, no fueron tanto las soluciones romanas las que penetraron sino que el conjunto de herramientas de la técnica romanista: vocabulario, categorías y conceptos. Así, la distinción entre derecho privado y derecho público, entre derechos personales y reales, las categorías contractuales, la noción de prescripción, el usufructo o la servidumbre se anclan sólidamente en la cultura jurídica francesa, lo que prepara ya la unidad jurídica del país a pesar de las soluciones divergentes,

A decir verdad, la misma situación se encuentra – con fuertes matices - en los otros países europeos. Las técnicas del derecho romano, quizás incluso las soluciones romanas, influenciaron en mayor o menor medida a Italia, Alemania o España. Es en este sentido que de todas maneras podemos hablar, sin forzar las palabras, de un *jus commune* europeo. Pero Inglaterra provocó la secesión. Los conquistadores normandos no tiene en efecto ninguna necesidad del derecho romano. Ellos sólo quieren imponerle a los Sajones un derecho común (*common law*), que nada tiene que ver con el *jus commune*, porque sólo debe permitirles asentar su propio poder más allá de la diversidad de las costumbres locales. Y este objetivo exige medios que resulten apropiados al particularismo de la situación británica, situación en la cual – influyendo también la insularidad - la aspiración universalista de los romanistas no presenta ninguna pertinencia.

Así y a pesar de los esfuerzos de los doctores, el derecho de los sabios romanistas no conocerá realmente un renacimiento en Inglaterra y no tendrá sino una pequeña influencia en la práctica cotidiana por mucho contingente (en realidad, de

⁴⁴ Como lo escribe juiciosamente Thireau (*Introduction...*, p. 220), el derecho romano *penetró* en mayor o menor medida en toda Francia, pero fue *recibido* (lo que no es lo mismo) sólo en el sur a partir del siglo XVI, incluso si la penetración en esta región era ya muy fuerte en el siglo XIII.

todas maneras juega un cierto rol, pero a través de la *Equity*, porque el Canciller se rodea de canonistas y de legistas formados en derecho romano). A fin de cuentas, el sueño generoso de un derecho universal se rompe sobre un triple obstáculo tan duro como una roca: *primo* son los Estados Naciones que deciden soberanamente sobre su propio derecho: *secundo* el derecho no es políticamente neutro; *tertio* Inglaterra sigue su propio camino por fuera de las vías romanas. Esto se percibe incluso hoy en día, cuando los Europeos buscan unirse y sueñan nuevamente con un *jus commune*: los Británico no hablan el mismo lenguaje que los continentales.

Hemos evocado bastante el derecho romano, pero la obra sabia de los canonistas también jugó su rol en una sociedad fuertemente marcada por la religión. Es bajo su influencia que la definición consensualista del matrimonio - pilar de nuestra civilización - ha triunfado y faltaría todavía citar, en el mismo sentido, los impedimentos al matrimonio o el carácter indisoluble de dicha institución. Del mismo modo, la doctrina canonista permitió construir el derecho penal sobre la noción de culpa personal (emparentado con la de pecado) y sobre una concepción redentora de la pena (mientras que en el caso de los romanos la concepción de la pena se basaba en la sola utilidad social). Finalmente, el procedimiento romano del proceso acusatorio deja lugar para el procedimiento inquisitorio de inspiración cristiana: los canonistas fueron de hecho grandes procesalistas, como lo testimonia el notable tratado, llamado el "Espejo del derecho" (*speculum judiciale*), compuesto entre los años 1271 y 1276 por Guillermo Durand el Viejo.

De una manera general, la influencia del derecho de los sabios ha variado según las materias: muy fuerte en cuanto al procedimiento (en donde las costumbres se destacaban por sus arcaísmo), fue muy importante en el derecho de los contratos y en derecho penal, pero menor en el sector más conservador de la familia⁴⁵.

Los desarrollos que preceden dan al derecho de los sabios una imagen de ubicuidad. Pero no hay que equivocarse: los doctores de la edad media han ignorado ciertas partes importantes del derecho.

C. LOS SECTORES DEL DERECHO IGNORADOS POR LOS DOCTORES

Los doctores de la edad media son, en un sentido amplio, hijos del Libro: sólo se interesan en los textos escritos, ya sea que se trate de legislación o de doctrina publicada. En realidad, no se interesan de manera únicamente académica, porque tienen también la preocupación de venir en ayuda de la práctica, pero para este objetivo no ven otro medios que no sea utilizar los textos, ¡de manera que estos constituyen su único objeto de estudio! Y no se les ocurre jamás la idea de estudiar las fuentes no escritas del derecho, costumbres y sentencias.

Sin embargo, desde el siglo XIII se había expandido el hábito de redactar ciertas costumbres. Luego, casi un siglo más tarde, se comienzan a redactar

⁴⁵ Thireau, *op. cit.*, p.148.

recopilaciones de sentencias. Pero por tratarse de redacciones privadas, los doctores no conciben el proyecto, aunque fácil de realizar, de participar en esta gran empresa. Y tampoco consideran, una vez terminado el trabajo, la posibilidad de comentarlo como lo hacen con el Digesto. En el caso de las sentencias, ese desinterés durará ¡hasta la segunda mitad del siglo XIX! En el caso de las costumbres, los juristas sabios emprenderán de todas formas el estudio en el siglo XVI, luego de su redacción oficial bajo los cuidados de la autoridad real. Se constata entonces que sólo los textos escritos con carácter oficial retienen la atención de los doctores del derecho Antiguo, porque según la costumbre adquirida con el estudio del Digesto, ellos no imaginan trabajar sobre otro material.

¿Quién se preocupaba entonces de las costumbres y de las sentencias? Los que ejercían la práctica del derecho, bien entendido, pero que no eran casi nunca sabios. Esta disociación de la teoría y de la práctica no tiene realmente precedentes en Roma, incluso en el Bajo Imperio en donde ciertamente se encontró aislada, pero mucho más por la desaparición del derecho de los sabios que por la secesión voluntaria de los doctores.

Como sea, y aunque sólo sirva para medir el largo de la fosa que se cava, hay que decir algunas palabras sobre las costumbres (1°) y las sentencias (2°).

1°) Las costumbres⁴⁶

La paradoja es que de todas maneras hubo, desde el siglo XII, redacciones oficiales por iniciativa del poder real, de señores o de las municipalidades: incluso estas tuvieron lugar en el sur de Francia, ahí donde precisamente las costumbres dieron paso enseguida al derecho romano, o al menos a un derecho inspirado en él y que enseñaban los profesores romanistas de las universidades. Al contrario, las costumbres del norte, que sólo habían sido el objeto de redacciones o comentarios privados en los *livres coutumiers*, resistieron mucho más tiempo, revelándose acá lo oficiosos mucho más sólido que lo oficial.

Los *livres coutumiers*, abreviados como los *coutumiers*, aparecen en el siglo XIII y conocen un gran desarrollo hasta el siglo XV. Pero ellos presentan un interés desigual. A la escala de una provincia, las recensiones tienen tendencia a generalizar abusivamente, porque sus autores no conocen bien todas las jurisdicciones, por ejemplo, de Normandía o de Poitou. En revancha, las recensiones llevadas a cabo sobre un territorio limitado son en general más fieles a la realidad consuetudinaria. Es por lo demás una pequeña jurisdicción, el de Clermont près Bauvais, el que tendrá derecho a la obra maestra del género con *las Costumbres de Beauvaisis*, redactadas en el año 1283 por Philippe de Beaumanoir. Éste es el único jurista consuetudinario de la edad media que amerita el nombre de gran sabio: luego de excelentes estudios en la universidad, ejerció el cargo de Baillo (administrador que tiene también funciones judiciales) en el condado de Clermont y esta doble formación le permitió no sólo

⁴⁶ Carbasse, *op. cit.*, n° 127 y 128; Rouland, *op. cit.*, n° 274; Thireau, art. citado, p.33, e *Introduction...*, p. 124 a 133.

exponer soluciones consuetudinarias con elegancia y precisión, sino que también de hacer un comentario, e incluso un comentario comparativo, por el cual explota las costumbres vecinas así como las decisiones del Parlamento. Pero este jurisconsulto perfecto permanece como un caso aislado en el seno de su materia.

Buenos o mediocres, los juristas consuetudinarios tenían una autoridad puramente doctrinal: ellos no hacían fe delante del juez. Además éste último, habiendo sido formado exclusivamente en derecho romano, tenía un conocimiento limitado de la costumbre, de lo cual los litigantes no dejaban de sacar partido. Sus contestaciones obligaban al juez a establecer una costumbre. Gracias a San Luís, el procedimiento de prueba por medio de la “*encuesta por turba*” - encuesta realizada tomando en consideración el testimonio de los habitantes para establecer algún punto de derecho consuetudinario - se había revelado tan compleja en sus modalidades como incierta en sus resultados. Para remediar estos inconvenientes, Carlos VII decidió en el año 1454, por medio de la célebre ordenanza de Montils-les-Tours, ordenar una redacción oficial de las costumbres. Se ignora si en ese momento hubo conciencia de que la obra emprendida terminaría también reforzando el poder real: éste fue, en todo caso, el resultado.

Ordenada en principio para todo el reino, la redacción interviene en los hechos sólo en el norte del país y en algunas jurisdicciones del sur, en donde la costumbre no había desaparecido todavía. Durará cerca de un siglo. Como la técnica de redacción se modifica a lo largo de los años - por lo demás bajo la influencia de los doctores que se interesan finalmente al asunto y emiten críticas constructivas - , parece útil “reformular” (o *rewriter* dirían los ingleses) algunas de las costumbres que fueron redactadas en un primer momento. En el intervalo, pasamos de la edad media a los tiempos modernos...

Así oficializadas por el poder real, las costumbres cambiaron en todo caso de naturaleza. Ciertos autores estiman que la redacción las transformó en legislación real, mientras que otros denuncian la exageración de esta tesis. Debe al menos admitirse que las costumbres redactadas se convirtieron en fuente intermediaria entre la verdadera costumbre (puramente gestual) y la ley propiamente tal. En cualquier caso, los doctores van en lo sucesivo a interesarse de cerca. Pero no ocurre lo mismo con las sentencias.

2°) Las sentencias⁴⁷

Si la prueba de la costumbre suscitó durante largo tiempo dificultades, éstas desaparecen al menos cuando el parlamento había, en un caso preciso, constatado la existencia de una solución consuetudinaria: bastaba entonces con referirse a este precedente. De ahí la idea, nacida naturalmente en el espíritu de los abogados, procuradores o funcionarios, de conservar por escrito las sentencias que servían como prueba de la costumbre. Luego, y yendo más lejos, constituyeron recopilaciones de las *notables*, es decir de las grandes sentencias. Esta puesta en memoria comienza en el siglo XIV bajo los cuidados de quienes son llamados los “arretistes” - o comentaristas

⁴⁷ Carbasse, *op. cit.*, n° 143; Hilaire, J: “Jugement y jurisprudence”, APD, t. 39, 1995, p. 181 s.s.

judiciales -. Pero las *notables* no hacen sino repetir de modo menos completo las recopilaciones oficiales o *Olim*. Porque a diferencia de Labbé y otros célebres comentaristas de finales del siglo XIX, los de la edad media se limitan más frecuentemente a copiar o resumir las sentencias presentándolas según un orden temático. A veces las comentan, pero de una manera que no es ni abundante ni sabia, porque ellos tienen sobre todo la necesidad de un instrumento práctico. Hay que señalar también que el silencio de las sentencias en cuanto a los motivos de la decisión no incentiva los comentarios. La ausencia de motivación se debe a la noción de justicia delegada: el principio es que el rey no tiene que justificar sus motivos cuando toma una decisión (sea de la naturaleza que sea) y la misma confidencialidad se aplica cuando las jurisdicciones entregan justicia en su lugar y en su nombre.

Por excepción, ciertos “arrêstistes” comentaristas fueron verdaderos comentaristas: es el caso de Jean Le Coq, quien trabaja al final del siglo XIV y que presenta las sentencias según el método de las *quaestiones*. Le Coq es, como Beaumanoir fue para la costumbre, un sabio, pero un poco aislado. Sus recopilaciones, inicialmente concebidas para su uso personal (era abogado), rindieron un gran servicio a quienes ejercen la profesión, quienes en seguida lo imitaron, pero con un talento menor⁴⁸. A diferencia de Beaumanoir, quien tendrá tardíamente discípulos entre los doctores del Renacimiento, Le Coq tendrá, a lo largo de los tiempos modernos, sólo sucesores más o menos rutinarios y en todo caso indignos de su persona.

Conclusión sobre la edad media:

A pesar de algunas zonas oscuras, es para el derecho de los sabios un periodo excepcionalmente brillante (a partir del siglo XII, se entiende), que supo administrar y hacer progresar la herencia de los Romanos. Sin embargo, el modelo de jurisconsulto cambió. En Roma, éste intervenía de manera desinteresada y sus opiniones se transformaban masivamente en derecho positivo, de manera que era a la vez fuente permanente de derecho, autor y un poco profesor (pero profesor ocasional y privado). El jurisconsulto de la edad media, por su parte, no tiene una posición social que le permita o le haga útil de emitir consultas a título gratuito, porque su labor principal, menos lucrativa pero dotada de una nueva grandeza, consiste en dispensar una enseñanza pública en una universidad. Esta labor le impide para siempre dedicarse totalmente al ejercicio práctico de la profesión, naciendo incluso en él el primer germen de la teoría pura. Agreguemos que, llegado tardíamente a un mundo ya provisto de fuentes jurídicas, influye en el derecho de manera menos fuerte que su predecesor romano. En lo demás, es en promedio tan buen autor como él.

Finalmente el jurisconsulto de la edad media no tiene que avergonzarse de la comparación, bien por el contrario. Inventó una tradición de textos que sentó las bases de una dogmática renovada que la época contemporánea utiliza aún en grandes rasgos. Y sobretodo elevó muy alto la bandera de la Universidad, del saber y de lo que llamarán más tarde la investigación. Le dio al mundo occidental el gusto persistente por los estudios universitarios y vivimos todavía sobre esto.

⁴⁸ Con excepción sin embargo de los excelentes *casus* de Gui Pape, publicados en Grenoble en 1440.

En lo inmediato, los juristas de la edad media dejan a sus sucesores una herencia de la que los tiempos modernos van a cultivar ciertos ámbitos, pero dejando otros en un inquietante abandono, lo que la valdrá un balance mucho más contrastado.

□ 2 LOS DOCTORES DE LOS TIEMPOS MODERNOS (del siglo XVI al siglo XVIII)

Si el Renacimiento simboliza la apertura en el ámbito de las letras, de las artes y de las ciencias, éste inaugura más bien un era de cerramiento para los juristas. El pluralismo jurídico que había caracterizado la edad media conoce una fuerte decadencia, el Estado Nación se consolida cada vez más, el poder real tiende a convertirse en absoluto luego de los disturbios de las guerras de religión. Las fuentes del derecho se alinean bajo su estandarte, el derecho francés marcha hacia su unidad y, salvo quizás en materia penal o comercial, nadie sueña más con un *jus commune*.

La ciencia del derecho sufre la contrapartida de esta evolución. Ésta se aísla lo más frecuentemente en una peligrosa posición de repliegue social, pero mejorando desde un punto de vista estrictamente teórico. En relación con la edad media, esta ciencia se enriquece y se empobrece todo a la misma vez, a lo largo del periodo entrecortado y disparatado en el cual la unificación del derecho progresa en Francia, pero en el seno de una forma social ya condenada, aunque la primera se realizará sólo después de las convulsiones que marcan la desaparición de la segunda.

Los doctores comienzan en realidad a redefinir sus función en el punto cúlmine del siglo XVI (A) antes de vivir un periodo difícil bajo la monarquía absoluta (B).

A. LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL PUNTO CÚLMINE DEL SIGLO XVI

Dos acontecimientos fundamentales marcan este siglo. Por una parte los romanistas se retiran a su Monte Aventino, en sentido apenas figurado, porque se trasforman en historiadores de la Roma antigua. Pero su repliegue es por otra parte compensado por la aparición de una nueva categoría de jurisconsultos, los juristas consuetudinarios. Éstos se proclaman juristas de “derecho francés”, apelación que, dada la diversidad de costumbres, depende todavía ampliamente la anticipación. Un poco utópicos en consecuencia, pero grandes prácticos a fin de cuentas, hacen brillar de un vivo resplandor la ciencia francesa del derecho.

Dejando de lado a los canonistas, quienes encerrados en su disciplina no tendrían en lo sucesivo influencia alguna en el pensamiento civilista⁴⁹, presentaremos la ciencia romanistas separada de la práctica (1°) y la edad de oro de los juristas consuetudinarios (2°).

⁴⁹ El derecho canónico desaparece completamente en los países protestantes. Incluso en la Francia católica, retrocede considerablemente bajo la influencia del galicismo y del Jansenismo (Thireau, J.L.: *Introduction...*, p. 214 a 216).

1º) La ciencia romanista separada de la práctica.
(de Budé a Cujas)⁵⁰

El derecho romano conoce en el siglo XVI lo que los juristas llaman su segundo renacimiento (para distinguirlo del primero, que tuvo lugar en el siglo XII): es decir, que el Renacimiento produce sus efectos tanto en el derecho como en otros ámbitos. En realidad, la palabra no resulta conveniente: el derecho romano, que revivía desde varios siglos, se paraliza nuevamente y si renace, es sólo como objeto de estudio, lo que no tiene consecuencias felices.

Sin dudas los nuevos doctores, llamados humanistas⁵¹, tienen razón en señalar que los glosadores y luego los Bartolistas habían deformado el derecho romano por razones utilitarias y que habían en suma fabricado imitaciones del modelo original. Y desde el punto de vista del historiador, no se puede sino aprobar a Guillermo Budé cuando en sus *Anotaciones sobre las Pandectas* (1508), propone volver a las fuentes, buscar las versiones auténticas de los manuscritos (o en todo caso las más confiables) y de estudiar el derecho romano en su contexto histórico y lingüístico. Este proceder crítico, que ilustra a la perfección el espíritu de esos tiempos, tiene un sólo inconveniente, el de transformar a los romanistas en simples historiadores separados de su época. En adelante son los juristas consuetudinarios quienes harán la obra de los jurisconsultos en lugar de aquellos. Serán ellos quienes buscarán en su momento - pero mucho menos de lo que se hacía en la edad media- en ese depósito de ideas y de conceptos que continúa siendo el derecho romano. Por sus propias acciones, los nuevos romanistas no aportarán más contribuciones al derecho positivo salvo bajo un ángulo teórico.

Por lo demás, su actitud intelectual no está exenta de una toma de partido ideológica: como fieles discípulos de los estoicistas, revisten al derecho romano un armazón de grandes principios morales, individualistas y racionales, cuya existencia se esforzarán de demostrar bajo el pretexto de restituir la autenticidad del modelo. Mientras que sus predecesores se limitaban a la síntesis de Justiniano, los doctores del Renacimiento intentan, y a justo título, reconstituir las diferentes etapas que habían condensado Triboniano y su equipo. Y se llenan de admiración por la pureza del derecho romano clásico. Pero a falta de tener ellos mismos una experiencia en el ejercicio práctico de la profesión, lo comprenden mal y le revisten de virtudes de orden teórico, por lo tanto imaginarias, porque sus virtudes reales, resumidas por los conceptos de prudencia, reposaban sobre un pragmatismo constante.

Al menos, Budé fundó una nueva escuela de pensamiento, de la que los representantes en el siglo XVI son casi todos franceses, de manera que se hablará luego del "modo francés" (*mos gallicus*). Esta manera suplanta completamente al *mos italicus* de los Bartolistas, en los sucesivos criticados por todos. Entre los profesores

⁵⁰ Carbasse, *op. cit.*, n° 86; Gaudemet, *op. cit.*, p.332 a 334; Thireau, art. citado, p. 26 a 32 e *Introduction...*, p. 219 a 238; Gazzaniga, J.L: "Quand les avocats formaient les jurists et la doctrine", *Droits*, n°20, 1994, p. 31 s.s.

⁵¹ V. La síntesis de P. Stein, "Legal Humanism and Legal Science", *Revue d'histoire du droit*, t. LIV, 1986, p. 297 s.s.

franceses, de los cuales la mayoría enseñó durante algún tiempo en la universidad de Bourges, citaremos los nombres de Hugo Doneau (1527-1592) y sobre todo a Jacques Cujas (1522-1590), al que los historiadores actuales reconocen todavía sus eminentes méritos. Pero Cujas es él mismo un historiador y sus trabajos no presentan utilidad alguna para un juez o un notario de su época.

Los romanistas tuvieron el mérito de introducir el método histórico en el seno del pensamiento jurídico. Pero ellos se divorciaron de la práctica. Como muchas veces ocurre con los divorcios, se disputan a los niños, en este caso el concepto de *jurisprudencia*. En Roma, este concepto fusionaba práctica judicial y doctrina. En la edad media y bajo la influencia de Acursio, designaba la ciencia del derecho, en lo sucesivo distanciada del pretorio, pero al menos concebida para proporcionarle municiones. Toda vez, a partir del Renacimiento, los romanistas dan a la jurisprudencia un vuelvo tan especulativo (en resumen: el de una ciencia de la sociedad uniendo las otras ramas del saber) que quienes se dedican al ejercicio práctico de la profesión recuperaran más tarde la palabra en su propio uso encontrándole un contenido más concreto: en el siglo XVIII se aplica a la “jurisprudencia de los tribunales” o todavía a la “jurisprudencia de las sentencias”. Como sabemos, este sentido terminará por predominar al punto que la sola palabra jurisprudencia bastará para designar la obra de los tribunales. Pero esto tendrá lugar sólo en la segunda mitad del siglo XIX⁵².

Si los romanistas desdeñan la práctica, se interesan en los trabajos de los otros sabios, por ejemplo en los de los juristas consuetudinarios (quienes, por su parte, tienen cierta necesidad del derecho romano). Será su sólo contacto, indirecto, con el derecho de su época y cesará progresivamente a partir del siglo XVII.

2º) La edad de oro de los juristas consuetudinarios (Dumoulin, Guy Coquille, Loysel y D’Argentré)⁵³

La redacción oficial de las costumbres hizo surgir una nueva categoría de doctores, los juristas consuetudinarios, lejanos herederos del gran Beaumanoir, quienes toman las costumbres como principal objeto de estudio. Sin embargo no rompen con el derecho romano, cuyas técnicas han irrigado en mayor o menor medida las costumbres y que sigue siendo necesario para la comprensión de éstas. Pero rompen a la vez con el *mos gallicus* y el *mos italicus*, porque no se preocupan ni de reconstruir el derecho anterior a Justiniano, ni de comentar el Digesto. Por encima de todo, se niegan a que el derecho romano venga a desnaturalizar y suplantar las costumbres del norte, como lo está haciendo en el sur de Francia. Sin embargo, y aunque defendiéndose, utilizan el excelente método de los Bartolistas para comentar sus costumbres...

⁵² A decir verdad, el edicto de San Germain (1679) ya mencionaba a la “jurisprudencia francesa” (es decir, las sentencias) como un componente del derecho francés. Pero esta breve mención no fue suficiente para llamar la atención de los doctores sobre la obra llevada a cabo por los tribunales.

⁵³ Carbasse, *op. cit.*, nº 86 y 107; Thireau, art. citado, p. 33 a 35 y 40 a 43; igualmente, “Jurisconsulte”, *Droits*, nº 20, *op. cit.*, p. 21 a 27, e *Introduction...*, p. 247 a 253.

Los juristas consuetudinarios habrían podido contentarse con estudiar la costumbre de la jurisdicción en donde vivían, incluso con reagrupar las materias para componer tratados. A Charles Dumoulin le corresponde el mérito de haber puesto en marcha la investigación sobre bases mucho más ambiciosas e incluso un poco futuristas. Este hijo del siglo (1500-1566), que comenzó por comentar la costumbre de París, se alza contra la idea de que el derecho romano pueda convertirse en el derecho común de Francia, porque según él, ¡este derecho común reside en las costumbres mismas! La misión del jurista consistirá entonces en extraer las reglas del derecho común consuetudinario. Con Dumoulin aparece por primera vez en Francia una concepción nacionalista del derecho, o en todo caso historicista, que contrasta con el universalismo de la edad media y va a marcar de manera permanente a la doctrina francesa: a cada pueblo su derecho, modelado por su propia historia. El todo se tiñe también con las particularidades de las costumbres de París, porque finalmente ésta costumbre, a la vez central por su situación y de soluciones medias, debería ser el instrumento ideal para la unificación: por lo demás fue primero redactada y luego “reformada” (en 1589) con un cuidado particular y teniendo en cuenta las críticas de Dumoulin.

La tesis unitaria, a decir verdad, no carecía de precedentes. Ya Beaumanoir, para interpretar la costumbre de Beauvaisis y suplir a sus lagunas, se fundaba en un derecho común a todo el reino ¡y no era precisamente el derecho romano al que se refería bajo ese vocablo! Igualmente se encuentra aquí y allá, en los jueces o funcionario de la edad media, incluso en la boca de los mismos Capetos, alusiones a una “costumbre general del reino”, cuya idea, bastante vaga, hará su camino y resurgirá luego de la redacción oficial de las costumbres, cuando ésta haya hecho aparecer notables convergencias y sobre todo suscitado el deseo de reducir las divergencias. Pero esta aparición se transforma en manifiesto, y con una cierta agresividad, bajo la pluma de Dumoulin el que preconiza un estudio de las costumbres a la vez comparativo y unificador.

La ocasión es por lo demás favorable. Se recuerda que los humanistas pusieron de moda un concepto de derecho racional y moralizador. Además, la difusión de la imprenta, al mismo tiempo de uniformar el pensamiento sobre la base de las ideologías dominantes, favorece la comparación y el acercamiento a los que aspiraba Dumoulin.

Dicho esto, Dumoulin no vive únicamente de su proyecto, todavía muy impreciso, de un futuro derecho francés, porque tiene también una importante actividad de consultor. Su consulta para los cónyuges de Ganay es aún hoy la delicia de los internacionalistas y de los especialistas en regímenes matrimoniales.

Después de él, Guy Coquille (1523-1603), en su *Introducción al derecho de los franceses* (1607), dota a la noción de derecho común consuetudinario un contenido mucho más preciso y sistemático. Al año siguiente, Antonio Loysel (1536-1617) publica sus *Instituciones consuetudinarias*, célebre recopilación de máximas y adagios muchos de los cuales conservan todavía su actualidad. Su propósito es reducir al estado de “principios” las soluciones sacadas de las costumbres. Hecho esto, aporta la demostración que en derecho, una fórmula corta puede superar en eficacia a otras

largas demostraciones. ¡Pero por ahí mismo proporciona ya un argumento de peso a los partidarios de la ley!

Debe citarse finalmente el nombre de d'Argentré (1519-1590), aunque éste sea un jurista fuertemente particularista: d'Argentré comentó sobretodo la costumbre de la región de Bretaña. Pero gracias a su teoría de los *estatus*, que da forma a los primeros esbozos de Bártolo, es considerado a justo título como el padre del derecho internacional privado.

Así, los grandes juristas consuetudinarios tuvieron un rol sensiblemente creador. Todos pusieron una gran atención en la práctica, emitieron numerosas consultas y fueron entonces verdaderos jurisconsultos. Pero en el siglo XVII sus sucesores menos brillantes no seguirán emitiendo consultas y sólo algunos abogados sabios merecen todavía ser llamado con este prestigioso nombre.

B. LOS DOCTORES BAJO LA MONARQUÍA ABSOLUTA

La primera mitad del siglo XVII marca para los juristas una ruptura en cierta medida más fuerte que la del Renacimiento. La ciencia del derecho inicia entonces una cierta decadencia que dura hasta la Revolución. Aunque cada siglo tuvo su propia estrella de primera importancia (Domat en el siglo XVII y Pothier en el siglo XVIII). Presentaremos los nuevos elementos jurídicos (1°) antes de relatar las dificultades a las que se enfrentan la mayoría de los doctores (2°) y en el opuesto, la gloria que conocieron los dos célebres precursores del código civil (3°).

1°) Los nuevos elementos

Dos elementos principales conjugan sus efectos: la consolidación del poder real (a) y el ascenso del racionalismo (b).

a) El refuerzo del poder real

El espíritu de los tiempos es cada vez más nacional, determinándose cada Estado según sus propias vías. De esta actitud, la monarquía francesa constituye el mejor ejemplo cuando se convierte en una monarquía absoluta. Y la idea de poner en marcha un derecho propiamente francés e impulsada por los juristas consuetudinarios, no es para disgustar al poder real el que fiel a su propia lógica, no cesa de acentuar su dominio en la producción del derecho.

Los soberanos adquieren la costumbre de legislar⁵⁴ y aprovechan para reorganizar partes enteras del sistema jurídico. No es raro notar que las cuatro grandes ordenanzas de Luís XIV, adoptadas entre 1667 y 1681 y en las cuales colaboraron Colbert y Lamoignon, son ya verdaderos códigos: rigen respectivamente el procedimiento civil y criminal, el derecho comercial, el derecho marítimo y las aguas y

⁵⁴ Roulan, *op. cit.*, n° 275.

bosques. Además, el rey pone todo su peso en la aplicación judicial de la legislación. Según la ordenanza civil de 1667 e incluso si la regla continúa siendo bastante teórica, el juez no tiene el derecho de interpretar textos, ni por lo demás las costumbres, debiendo siempre informar al rey. De manera más práctica, la casación permite censurar la interpretación adoptada por las jurisdicciones: ancestro de la casación actual, este procedimiento autoritario no es jurisdiccional y tampoco es sometido a motivación y se reduce a una simple decisión de la administración real.

La obra legislativa continúa bajo el reinado de Luís XV, en particular con las ordenanzas de d'Aguesseau, dictadas entre 1731 y 1741 y las que son ya verdaderos capítulos del código civil. Éstas se apoyan por primera vez o casi sobre el derecho consuetudinaria, en realidad sobre el corazón mismo de éste porque se trata de derecho civil (donaciones, testamentos, sustituciones). Pero lo que antiguamente habría sido una herejía no provoca ya escándalo alguno, tanto porque las costumbres estaban muy divididas sobre los diferentes puntos como porque la supremacía de la legislación real, en tanto fuente de derecho, era cada vez menos discutida. Además la idea de codificación está en marcha, como lo demuestran los proyectos inacabados del mismo d'Aguesseau mismo y de Maupeou.

En su preocupación por monopolizar la producción del derecho, los soberanos franceses habrían podido pensar también en forzar la obediencia de los doctores. Pero no sería necesario, porque estos últimos, cuyo racionalismo de principio concuerda bastante bien con las intenciones reales, se ponen *de facto* y por iniciativa propia al servicio del poder.

b) El ascenso del racionalismo

El racionalismo filosófico entre en escena con Descartes⁵⁵. Se acompaña de una inclinación hacia las matemáticas (como lo testimonian los trabajos de Fermat, quien también era jurista y de Pascal) y de un gusto pronunciado por los sistemas que se implantará en Francia al punto de convertirse, al parecer, en una característica nacional. En el terreno del derecho, el espíritu de sistema y racionalidad dan un vuelco particular con el mito del derecho natural que no tiene nada de específicamente francés. Desde la antigüedad, había obsesionado a Aristóteles, luego a los filósofos estoicistas y más tarde a los grandes jurisconsultos romanos. Cristianizado en la edad media por santo Tomás, resurge en su versión laica con los humanistas del Renacimiento, admiradores del pensamiento estoicista. Bajo su influencia, una nueva escuela de derecho natural termina por conquistar las universidades europeas en los siglos XVII y XVIII, reconstruyendo el mito a partir del hombre, en lo sucesivo ubicado en el centro del universo. A la noción de un orden natural querido por Dios, esta escuela sustituye la idea de un derecho fundado en la razón humana y que los hombres deben edificar, incluso en contra de la historia, por un esfuerzo de su propia

⁵⁵ Sobre "la época de Descarte" y el ascenso del racionalismo, Villey, M: *La Formation de la pensée juridique moderne*, PUF, ed. 2003, p. 489 s.s.

voluntad. En este sentido, el derecho natural aparece como un lejano avatar de *jus commune*⁵⁶.

La teoría implica, entre otras consecuencias, que el individuo tiene “derechos naturales” que puede hacer valer contra la sociedad y de esta forma proporciona un medio para combatir el absolutismo. Pero los juristas franceses no se servirán de esta arma, porque dejarán su uso a los *filósofos* y se relegarán ampliamente al estudio del derecho privado.

Desde este punto de vista, la noción de derecho natural reforzada por el espíritu de sistema produce sus efectos deformantes. La razón, desde el momento en que se quiere universal, debería en buena lógica engendrar un derecho ideal que regiría de manera uniforme todo el planeta. En su extremo – y del otro lado del Rin, Leibniz y Pufendorf lo intentarán -, el derecho se deduciría matemáticamente a partir de ciertos principios fundamentales⁵⁷. Los juristas de nuestro país no irán jamás tan lejos, incluso con Domat y su *mos geometricus*. Pero en la búsqueda del futuro derecho francés, tendrán la tendencia de hacer prevalecer las construcciones abstractas sobre el estudio de las realidades sociales.

Afortunadamente esta tendencia no reinará sin divisiones. Francia tiene, como cada pueblo, su propia forma de racionalidad, ¡a la que habitualmente denomina razón universal! O más bien admite *varias* formas de racionalidad, porque un romanista y un jurista consuetudinario no tienen la misma concepción de la razón en derecho. Ahora bien, nuestros fabricantes de sistemas sabrán mezclar estos ingredientes contradictorios con apariencia de construcción *a priori*. En el fondo, racionalizarán la tradición francesa a su manera es decir a la manera de los Galos formados en derecho romano y buenos lectores de Descartes⁵⁸. A diferencia del universalismo medieval, ¡su racionalismo ignorará los otros modelos europeos y se limitará a idealizar el nuestro!

Este racionalismo de todas formas moderado tendrá sobre la ciencia de derecho efectos mitigados que todo el mundo conoce, porque todavía se hacen sentir hoy en día. En lo inmediato, aísla fuertemente a los doctores conduciéndolos a obrar en el mismo sentido que el poder real, porque está a la vez exento de crítica social y de un alto tecnicismo. Es así que los juristas en busca de instrumentos racionales exaltan la ley y los códigos los que, por su lado, se ganan el afecto de los soberanos por razones esencialmente políticas.

En fin, los juristas sabios de la monarquía absoluta van a trabajar incansablemente en la unificación del derecho francés, dentro de un espíritu sistemático y bajo los auspicios de la legislación real, construyendo principios de solución con y más allá de las costumbres, con y más allá del derecho romano.

⁵⁶ David y Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, n° 34.

⁵⁷ Sobre este tema, Dufour, A: “L’influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les Fondateurs de l’Ecole du Droit naturel moderno (Grotius, Hobbes, Pufendorf)”, *in* Dufour, A: *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, PUF, 1991, p. 93 s.s.

⁵⁸ Sobre el espíritu de sistema de los juristas franceses, Thireau, J.L: “La doctrine civiliste avant le code civil”, art. citado, p. 43 a 45 y 47 a 51.

Tendrán así la suerte de satisfacer sus gustos sin riesgo de disgustar al príncipe, pero con el inconveniente, al menos para algunos de ellos, de vivir en el ideal y el futuro: es un género que no soporta la mediocridad.

2°) Un periodo difícil para los doctores

El derecho de los sabios, pero más generalmente los juristas y el derecho, sufren entonces de una mala imagen (a), de manera que la decadencia parece total. Pero es necesario relativizar lo anterior (b).

a) Una imagen desastrosa

Los doctores de los siglos XVII y XVIII, en todo caso los doctores universalistas, se equivocan generalmente al descuidar el tiempo presente. Según el caso, lo sacrifican al pasado, cuando se trata de romanistas transformados en historiadores y filólogos, o bien al porvenir, en lo que concierne a los especialistas de un derecho francés aún en proyecto. Influenciados también por el racionalismo, incluso los profesores de “derecho francés” tienen la tendencia de presentarlo de manera futurista y tal como debería ser, ya sea en su enseñanza o en sus escritos.

En reacción, autores provenientes de la práctica publican trabajos consagrados al derecho francés tal como es. Numerosos abogados, pero también magistrados, se elevan así al rango de sabios prácticos y suplantando un poco a los sabios de la universidad, lo que constituye un fenómeno nuevo. Redactan a la vez trabajos de práctica pura y trabajos de reflexión jurídica en donde por lo demás la perspectiva encuentra todavía su lugar (pero un lugar moderado en lo que los concierne). Según la palabra de M. Gazzaniga, “la doctrina se refugia en el Palacio”⁵⁹.

Juristas universitarios y juristas dedicados al ejercicio práctico de la profesión tienen sin embargo en común una muy clara ignorancia de las corrientes de pensamiento que agitan su época, aunque por razones opuestas: unos porque desdeñan las realidades sociales, otros porque su labor los absorbe completamente, desviándolos del pragmatismo de pleitistas de los modos intelectuales.

Como sea, los juristas no son más que juristas. Quieren ser en lo sucesivo técnicos del derecho. Aunque desde la edad media los jurisconsultos franceses siempre habían hecho escuchar sus voces en los debates de la sociedad (Guillaume Budé, Jean Bodin o Guy Coquille para citar algunos, eran a la vez juristas y pensadores políticos), sus sucesores desaparecen en beneficio de quienes serán llamados en el siglo XVIII los *filósofos* (y en el siglo XX, *los intelectuales*): es así que Voltaire o Rousseau, pensadores racionalistas pero comprometidos, ocuparán la escena política sin preocuparse de un derecho que ignoran y quieren ignorar. Este divorcio entre los intelectuales y los juristas, que no ha terminado verdaderamente en nuestros días, comienza en la época de Luis XIV.

⁵⁹ “Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine”, art. citado, p. 32.

Como bien lo vio M. Thireau⁶⁰, el repliegue de los juristas se vincula también “al contexto del reino, marcado por el retroceso de las prerrogativas políticas de los parlamentos y de la nobleza y por el paso de un estado de justicia a un estado administrativo”. Además, ¡el avenimiento de una monarquía de derecho divino no incita a una reflexión política! Sin embargo esta actitud de repliegue continúa muy fuerte en el siglo XVIII, en que los doctores quedan al margen del movimiento de las Luces. Entre los hombres de la Revolución, se encuentran ciertamente numerosos abogados, comenzando por Robespierre, pero son abogados del tipo común y corriente y ningún jurista sabio (exceptuando Merlin de Douai). La doctrina no sólo se refugia en el Palacio, se acuartela.

Del hecho que los juristas hayan cesado de influir en la vida intelectual, el derecho mismo pierde su prestigio. En el espíritu del ámbito público, es más bien una subdivisión de la moral, en el peor de los casos una colección de astucias formales para mantener los pleitos. Y lo pierde con efecto retroactivo: aclamado como un genio al final de la edad media, Bártolo es en lo sucesivo un figura ridícula. Al notario engañado por la joven dupla de enamorados, Beaumarchais le da significativamente el nombre de Bartolo. Y Montesquieu se desvía de su formación de jurista para dedicarse a trabajos *filosóficos*: ¡la obra de Justiniano lo aburre tan fuertemente que la apodó el “Indigesto”!

Esta decadencia va a la par con la de la enseñanza jurídica que no tiene más contacto con la práctica, ni de manera general, con la realidad de su tiempo. Los profesores romanistas no se interesan más en el derecho viviente sino sólo en lo que los escritos de los juristas romanos puedan revelar de una sociedad ya desaparecida. Por su lado, los canonistas se encierran en su especificidad. Y sobretodo nadie en las universidades enseña el derecho positivo: el programa no contiene en particular ningún curso consagrado al procedimiento. Ahora bien que sea procesal o sustancial, el derecho conoce un desarrollo considerable y los tiempos no son ya como cuando el estudio de Justiniano y de Graciano parecían bastar para formar útilmente el espíritu de los estudiantes.

Por medio del edicto de San Germain (1679) Luís XIV intenta enderezar la vara creando cátedras de derecho francés. Pero habría sido necesario crear mucho más que una cátedra por escuela y además los nuevos titulares serán, en gran medida, teóricos de la reforma por venir.

Así la enseñanza del derecho cae en decadencia y no sólo en Francia. En sus *Memorias*, Casanova relata que pasó “un año en Padua dedicado a estudiar los derechos” (romano y canónico), en donde “se recibió de doctor a la edad de dieciséis años”, con dos tesis sostenidas en estas materias e indica los títulos respectivos⁶¹. ¡Se comprende, en este contexto que fuera más seductor que jurista! De la misma manera, las escuelas francesas del siglo XVIII liquidan los diplomas de derecho, así como son testigo de numerosas anécdotas llegadas hasta nosotros. También cesan de atraer a

⁶⁰ Thireau, J.L: “Jurisconsulte”, art. citado, p. 28

⁶¹ Casanova: *Mémoires*, Gallimard, coll. La pléiade, 1964, t.1, p. 57.

los estudiantes serios: entre ellos, los futuros nobles prefieren formarse en la audiencia o en los despachos de sus familiares mayores que ejercen ya la profesión para aprender el derecho y el procedimiento. Se crea una verdadera enseñanza paralela, en donde los abogados todavía juegan un rol determinante.

Los profesores de derecho son desacreditados: no volverán a subir la cuesta sino hasta el siglo XIX. De manera general, los juristas tiene mala fama. La literatura se ocupa del tema, desde los *Litigantes* de Racine hasta el juez Brid'oison – obsesionado por la forma - del *Mariage de Figaro*. Esta vez el movimiento no puede volver a subir. La misma situación, que los franceses creen universal, contrasta con el prestigio de que gozan los juristas en Gran Bretaña y en América del Norte. En nuestro caso, el derecho no tiene buena reputación: bajo la monarquía absoluta, es considerado como provocador de privilegios y obstáculo al progreso, acusación que las leyes revolucionarias o la leyes sociales del siglo XX no purgaron completamente.

A decir verdad, este fenómeno social tiene múltiples causas y los doctores no tienen toda la responsabilidad. Además, la mala imagen del derecho corresponde de todas formas sólo a una parte de la realidad⁶².

b) Un decadencia relativa

Francia tuvo, en los dos últimos siglos de la monarquía, juristas de gran valor, incluso si el gran público no lo haya sabido. Y mirando la época con los ojos de hoy, vemos bien que el código civil está tomando forma en sus espíritus y en sus escritos⁶³, lo que respectivamente trasforma a los utopistas en visionarios, a los jornaleros en jefes de obra y los pleitómanos en profetas. Pero por el momento son mal vistos y por añadidura incapaces de unirse para afrontar la hostilidad general.

Los profesores se separaron de los abogados, a quienes no saben seguir entregándoles materiales utilizables. En la configuración de Roma, esta secesión habría dado muerte a su ciencia. Pero el teórico del derecho, tal como los tiempos modernos lo inventaron, puede sobrevivir a este acontecimiento. Sin embargo sobrevive con dificultad. Además, el derecho de los sabios se encuentra cada vez más dividido entre romanistas y juristas consuetudinarios, los cuales se celan, se erigen en verdaderas capillas y en lo sucesivo ignoran sus respectivos trabajos. Los abogados sabios tratan por el contrario de conciliar las dos tendencias: comentan el derecho positivo, en gran parte consuetudinario, pero sin descuidar el valor explicativo - y unificador - del derecho romano. En este sentido y entre muchos otros, algunas obras con títulos característicos son: *la Alianza del derecho romano con el derecho francés* por J. Duret (1600), *la Conferencia del derecho francés con el derecho romano* (1610) por Bernard Automne (“conferencia” significa “unión” en el lenguaje de la época), *las*

⁶² Sobre la decadencia de los jurisconsultos, Thireau, J.L: “Jurisconsultes”, art. citado, p. 28 a 30, y “La doctrine civiliste avant le code civil”, art. citado, p. 14 a 16; Adde, Carbasse, *op. cit.*, n141; gaudemet, *op. cit.*, p. 338 a 343.

⁶³ Thireau, J.L: “La doctrine civiliste avant le code civil”, art. citado, p. 14 a 16; Adde, Arnaud, A.J: Les origins doctrinales du code civil français, LGDJ, 1969.

Instituciones de Justiniano conferida con el derecho francés por Boutaric (1738-1740) o aún los *Instituciones de derecho francés siguiendo el orden de las de Justiniano* por Claude Serres (1755). Debe anotarse que todos estos autores escriben ahora en francés. Y por lo demás el Digesto es objeto de traducciones, de manera que puede pretenderse figurar entre los juristas sabios expresándose en la lengua del país. Los latinistas de la universidad están cada vez más aislados...

Los autores dedicados al ejercicio práctico de la profesión del siglo XVII y del siglo XVIII publicaron numerosos trabajos, de los cuales muchos son monografías meramente utilitarias. Pero algunos hacen trabajo de síntesis y hay que citar en este sentido tres distinguidos manuales. Primero la *Introducción al derecho francés* d'Argou (1692), que será constantemente reeditado en el siglo siguiente, con anotaciones sucesivas (como más tarde por Aubry y Rau): según d'Aguesseau, no había mejor introducción al derecho francés. Luego de este trabajo, numerosos autores publicaron sus "Instituciones", entre los cuales emergen un cronista, Luís D'Hericourt con sus *Leyes eclesiásticas* (1719) y el célebre Muyart de Vouglans, con sus *Leyes criminales* (1780). Este último manual es un trabajo de gran valor, aunque a contra corriente de las ideas de su época: se sabe sin embargo que la misma discordancia ya no perturba a los juristas (y hay que decir también que las ideas pueden evolucionar: Muyart influirá con efecto retardado en el conservador código penal de 1810).

Los abogados y otros autores redactaron diferentes tipos de trabajos: numerosas recopilaciones de sentencia (pero mediocres); los primeros comentarios de ciertas ordenanzas reales (participaron a veces en su elaboración): colecciones de estas ordenanzas, diccionarios práctico, siendo el más destacado el *Repertorio universal y razonado de jurisprudencia civil, criminal, canónica y benefical* de Guyot, cuya primera edición aparece en 64 volúmenes *in octavo* al comienzo del reino de Luís XVI⁶⁴ y del cual se inspirará el repertorio de Merlin. Pero sobretodo comentaron en abundancia las costumbres, aunque con un talento muy variable.

Entre estos comentaristas, los que comentan la costumbre de Paris revisten una particular importancia, porque se expande la idea – que era un germen en Coquille y en Loysel – de que ésta podría realizar la unidad del reino. Desde el siglo XVII Guillaume de Lamoignon, primer presidente del Parlamento de Paris, redacta en sus "sentencias" (que serán publicadas en 1702) una síntesis del derecho consuetudinario ordenado alrededor de la costumbre de Paris. Y llevado por su impulso esboza un proyecto de código civil: este no llegará a concretarse, por falta de apoyos políticos, pero influenciará a d'Aguesseau y a los redactores del código de Napoleón. En la misma época, Claude de Ferrière⁶⁵ publica, en la línea de Dumoulin, su *Comentario de la Nueva costumbre de Paris* (1679): a la obra rica y un poco desordenada del precursor, se sucede acá un trabajo preciso, pero seco y sin genio. La misma

⁶⁴ V. Ch. Cardot, A: "Regards sur le droit en France au temps de Louis XVI: le "Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence" (1776-1785)", *Annales de la Faculté de droit et de science politique de L'Université de Clermont*, fasc. 11, 1974, p. 196 s.s.

⁶⁵ No debe confundirse Claude de Ferrière, professor en Reims y que publicó, en 1697 una "Introduction à la pratique" con su hijo Claude-Joseph de Ferrière, professor en Paris. En 1755 el hijo reedita la "Introduction" de su padre del cual hace un "Dictionnaire de droit et de pratique".

seguridad se encuentra en *el Derecho común de Francia y la costumbre de Paris reducida a principios*, de François Bourjon (1749), pero ella se debe menos a una falta de inspiración que a una toma de partido por la simplicidad: Bourjon no sólo sigue a Loysel, sino que por sobre todo quiere demostrar la superioridad de la ley, estimando que la solución debe salir de la regla – concisa - y no más a la inversa. Para él la legislación de los tiempos futuros se apoyará necesariamente sobre el derecho común consuetudinario encarnado por la costumbre de Paris. Esta tesis, a decir verdad, dominó en toda Francia, incluido el sur, porque en el prefacio a sus “Instituciones” ya citados, Claude Serres, jurista de Montpellier, la retoma por su cuenta en 1755⁶⁶.

Sin saberlo aún, todos estos autores marchan a pasos pequeños hacia el código civil, lo que una mirada retrospectiva obliga a considerar como un progreso, en detrimento de una calidad desigual. Pero dos de entre ellos marchan con eminente calidades y a un gran paso.

3°) Dos grandes precursores del código civil

En orden cronológico, Domat romanista del siglo XVII (a) y Pothier, jurista de derecho francés del siglo XVIII (b).

a) Jean Domat (1625-1696)⁶⁷

Su nombre queda ligado al de Pascal, del quien fue amigo y ejecutor testamentario. Los dos nacieron en Clermont-Ferrand, fueron Jansenistas y combatieron a los jesuitas. Uno por medio de sus *Provinciales* y el otro a golpe de consultas jurídicas. Si Domat tiene, según Troplong “el rigor del algebrista”, se le debe en parte a Pascal, quien le comunicó su gusto por las matemáticas así como también por la literatura y la filosofía. No sorprende entonces que Domat haya inaugurado en el derecho un *mos geometricus* que encontrará luego en Leibniz su forma más acabada. Y tampoco que haya publicado sus propios *Pensamientos*, con acentos Pascalianos y a los que no les faltan fuerza, aunque no se encuentre el mismo fulgor que en su ilustre modelo.

Acá se acaban las semejanzas. Por poco que haya hablando de derecho - pero este poco es para siempre célebre -, Pascal entrega, con varios siglos de anterioridad, una visión crítica y científica: porque en su caso el hombre de ciencia y el hombre de fe obran por separado. En Domat por el contrario, trabajan en conjunto, de manera que la religión impregna constantemente su visión de derecho. A decir verdad, por el objetivo que se propone y que consiste nada menos que en construir un sistema, las convicciones son más útiles que el espíritu crítico.

⁶⁶ Sobre estos autores, Gazzaniga art. citado, *passim*.

⁶⁷ Gaudemet, *op. cit.*, p. 338 a 340; Carbasse, *op. cit.*, n 141; Thireau, J.L: *Introduction...*, p. 349; Malaurie, Ph: *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2 ed., 2001, p. 81 s.s.; Gautier, P.Y: “Jean Domat: l'un de ces anciens messieurs de Port-Royal”, *RTD civ.* 1992, p. 529 s.s.; Adde, Gazzaniga, J.L: “Domat et Pothier, le contrat à la fin de l'Ancien Règime”, *Droits*, n 12, 1990, p. 37 s.s.

Domat sin embargo, está abierto a todas las corrientes intelectuales. Es así que no sufre la influencia de la nueva escuela de derecho natural y del pensamiento racionalista cuyos orígenes estoicos son conocidos. Racionalismo y cristianismo se conjugan incluso en él para dar una dimensión religiosa a los principios jurídicos que cree poder derivar. Mientras que Loysel no veía en los principios más que un medio de racionalizar y unificar el derecho positivo, Domat entiende además guiar al juez en el aspecto moral de su función. Quiere en efecto que este juez, poco capaz de encontrar por sí mismo la solución conforme a la voluntad divina, pueda llegar a una conclusión por medio de una deducción necesaria a partir de los principios⁶⁸. En este respecto, Domat dejará una marca muy profunda en el pensamiento jurídico francés y hasta nuestros días, incluso si sus sucesores (Gény por ejemplo) no basan ya explícitamente su proceder sobre un segundo plano religioso, sino que sobre los imperativos de la seguridad jurídica.

Dicho esto, Domat es también un técnico del derecho, que en este aspecto presenta todavía múltiples facetas. Primero la de romanista, porque estudió en Bourges, que cultivaba el derecho romano más que cualquier otra escuela. Además tiene un conocimiento profundo del pensamiento canónico: así su teoría del contrato lleva la marca de los autores desconocidos de la Contra-Reforma (Lessius, pero también Soto y Molina) quienes traspasaban a las materia las ideas generales de santo Tomás de Aquino⁶⁹.

Finalmente tuvo una experiencia práctica y francesa, porque comienza su carrera como abogado del rey en el tribunal de primera instancia de Clermont-Ferrand. Pero se decide a vender su cargo para ir a Paris, donde traba diversas relaciones, ligándose en particular con Racine y Boileau. Este último lo presentará más tarde como "el restaurador de la razón en la jurisprudencia", manera amistosamente exagerada de decir que Domat había leído a Descartes y utilizado muy bien su método.

Habiendo obtenido una generosa pensión por parte de Luís XIV, Domat puede dedicarse a su gran obra, las *Leyes civiles en su orden natural*, la que publicará poco tiempo antes de su muerte, en 1694, y que alcanzará un inmenso éxito. Conforme a la tradición, las "leyes civiles" designan acá el derecho romano o más bien el Digesto. En cuanto al orden Natural, hay que entenderlo en el sentido que le da la escuela de derecho natural, es decir el de un orden racional. En una palabra, Domat emprende la tarea de racionalizar el derecho romano y si fuera aún de los nuestros, titularía su obra

⁶⁸ V. sobre este punto la demostración muy esclarecedora de M.F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003: "La adopción del mos geometricus no traduce entonces, como en el caso de los pensadores de otras corrientes, una adhesión a los presupuestos filosóficos que permiten entonces la edificación de una nueva ciencia: constituye un medio de responder a la exigencias de la fe cristiana. Para que el juez pueda restablecer en la sociedad humana el orden del amor instaurado por Dios y "desordenado" por las pasiones humanas, hay que obligar a quienes estuvieron encargados de esta "función divina" a juzgar como Dios mismo juzgaría..." (p. 83). De ahí que "un método que tiende a transformar la solución de especie en simple conclusión lógica deducida de la ley general" (*ibidem*).

⁶⁹ Autores poco leídos porque escribían en latín y bajo la forma escolástica de la *disputatio*. Pero ciertos acercamientos entre los textos de Lessius, por ejemplo, y los de Domat son inquietantes (cf. en particulier, Gordley, J.: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1991, esp. p. 69 s.s.).

: “El Digesto visitado nuevamente”... más allá de las palabras, el proyecto prolonga una tentativa inaugurada un siglo antes por Hugues Doneau.

Mientras que los romanistas de la edad media deformaban insidiosamente el derecho romano bajo el pretexto de comentarlo, los del Renacimiento buscan racionalizarlo, de manera igualmente insidiosa y bajo el pretexto de restituirle su autenticidad: Doneau, en particular, pretende encontrar la razón inherente al derecho romano y fundada en la ley natural. Con este fin, utiliza el plan puramente pedagógico de Gayo atribuyéndole *a posteriori* el valor de un verdadero sistema fundador, y quiere volver a poner en orden el Digesto, que considera como muy confuso. En realidad, éste tenía un orden, familiar al espíritu de los juristas romanos, ¡pero poco inteligible para uno moderno! Partiendo del mismo postulado de racionalidad natural, Domat va mucho más lejos y reconstruye casi abiertamente el derecho romano, según un plan armado en su propio cerebro y para servir a las necesidades de la ciencia jurídica francesa del siglo XVII. A decir verdad, ¡lo racionaliza, lo galicisa y lo cristianiza! Porque este romanista no olvida sin embargo las otras fuentes del derecho: ordenanzas reales, costumbres y derecho canónico.

A diferencia de Doneau, que construye su sistema sobre la noción individualista del derecho subjetivo (de hecho desconocido por los Romanos), Domat construye el suyo sobre la voluntad de Dios y el principio de caridad alrededor del cual tienen que ordenarse las leyes humanas, pero también sobre los fundamentos naturales de equidad que considera como inmutables: prohibición de lesionar al otro, respecto de los compromisos suscritos, reconocimiento de la autoridad conferida por Dios al marido y al gobierno, etc. Encontramos acá, al lado de los temas favoritos de la escuela de derecho natural, principios extraídos de la tradición francesa. De paso, Domat purga el derecho romano de ciertos elementos para él inadmisibles como la esclavitud y la libertad testamentaria (la que de hecho simplemente contradice nuestra solución consuetudinaria). Rechazando el plan tradicional de Gayo, edifica el suyo a partir de la noción de promesa, entendido por él como el fundamento mismo de las relaciones sociales. En una misma parte, Domat estudia las “convenciones con los cuales Dios liga a todos los hombres”, ya sea por las “relaciones naturales del matrimonio y del nacimiento”, o ya sea por las que “resultan del comercio y de la economía o del uso de las cosas”. Luego, en una segunda parte, enviste la manera como las convenciones “se perpetúan en el tiempo por la sucesión”. Sobre este punto al menos, y en desmedro del implacable encadenamiento lógico que marca el conjunto de la construcción, Domat no hará escuela: su plan, que se quería de una racionalidad ideal, no será nunca más retomado, ni siquiera por sus más fervientes admiradores y el plan de Gayo conservará su prestigio.

Queda, en el activo de Domat, un trabajo considerable de clarificación y de ordenamiento, del que no citaremos sino que un ejemplo entre muchos otros. Ahí donde los Romanos – y los romanistas – se quedaban con la idea de que un pacto sin forma no confiere ni acción ni derecho, Domat prefiere girar hacia la tradición contraria de los canonistas, para quienes es pecado el sólo hecho de faltar a la palabra. Ligando esto con su propio racionalismo (según el cual el estado de sociedad suscita compromisos que implican respeto), Domat va a dar su forma más acabada al principio del consensualismo. También guiará la pluma de Pothier en su tratado de las

obligaciones (teniendo los dos autores en común el sentido de la fórmula), luego la de los redactores del código civil que extraerán de él varios artículos, comenzando por el más conocido de todos: ¡el artículo 1134! Anteriormente, las *Leyes civiles...* habían inspirado las grandes ordenanzas de d'Aguesseau, quien no escatimaba los elogios sobre Domat y lo proponía como modelo a todos los juristas.

Nacido clásico como muchos de los autores de su siglo, Domat ofrece una curiosa mezcla de tradición y progreso. Acumula también el personaje oficial y el imprecador Luís XIV pensionó a Domat cuyo proyecto servía al suyo propio, el de confortar la monarquía absoluta a través de una obra global de legislación en materia de derecho privado; y Domat lo agradeció, en su epístola dedicatoria de las *Leyes civiles...*, en términos que pueden ser lamentados por su excesiva adulación cortesana (aunque sea el estilo de la época). Pero este cortesano tiene sus revueltas: “cinco o seis granujas se reparten la mejor parte del mundo y la más rica, escribe en sus *Pensamientos*; esto es bastante para hacernos juzgar que cosas son ante de Dios las riquezas”. ¡He acá una máxima a no olvidar cuando se reflexiona sobre el derecho y la justicia distributiva!

Hay que reflexionar también, sin duda alguna, en las ventajas y en los inconvenientes del racionalismo. Si el espíritu del sistema tiene sus defectos, hay inmensas cualidades que Domat llevó a su quintaesencia. Inaugura la prestigiosa serie de nuestros fabricantes de sistemas: todos los grandes civilistas y más generalmente todos los autores de grandes tratados tiene una deuda hacia él.

b) Robert-Joseph Pothier (1699-1772)⁷⁰

Pothier no es un personaje brillante como Domat. Desde su nacimiento hasta su muerte, no dejó jamás su buena ciudad de Orleans, donde llevó una vida retirada, consagrada toda entera al estudio, a la labor y a la devoción. Jansenista él también, no pourfendu ningún jesuita, ni imprecó contra nadie (salvo quizás contra Voltaire y los enciclopedistas, a quienes no quería mucho). Y la idea de publicar sus pensamientos no afloró jamás en ese conformista de quien las malas lenguas decían que no tenía ningún pensamiento y de por lo demás ningún estilo. La verdad es que si no tiene el estilo de Domat, si tiene su claridad. En cuanto a su pensamiento, él se aloja en un exterior un poco monótono. Pero – acá está la cuestión - Pothier es un decatleta del derecho.

Tiene primero una experiencia practica sin igual. Consejero en el presidencial de Orleans, instruyó sus asuntos y redactó sentencias durante más de medio siglo (¡la jubilación no existía todavía!). Además y en la medida en que esta función se lo permitía, intervenía a título gratuito y no daba consultas pagadas, es decir delante de él mismo o sus colegas. Pero en toda imparcialidad, daba consejos a todas las buenas gentes (de preferencia a los más desprovistos) quienes le preguntaban y el les informaba oralmente sobre sus posibilidades de éxito en caso de llegar a un proceso: todo jurista sabe lo difícil y lo formativo de esta tarea. Finalmente Pothier ocupó un

⁷⁰ Monéger, C.J; Sourieux, J.L y Terrason de Fougères, A (bajo la dir.): *Robert-Joseph Pothier, d'hier a aujourd'hui*, Económica, 2002; Thireau, J.L: *Introduction...*, p. 362.

asiento durante más de diez años en el consejo municipal de su ciudad, donde participó activamente en la gestión de varios delicados expedientes.

Pothier tiene enseguida una formación teórica tan completa como era posible. Sólidamente instruido en el *ultroque jure* en la Escuela de derecho de Orleans, prosiguió sus búsquedas de derecho romano hasta publicar, en la línea de Domat, *Pandectas justinianas redactadas en un nuevo orden* (1748-1752). Pero conoce igualmente las costumbres, y en primer término las de Orleans, que él practica cotidianamente como juez y de las que publica un comentario en 1740: como la costumbre de Orleans es vecina de la de Paris, puede decirse que Pothier tiene un conocimiento general, pero también una visión central del derecho consuetudinario. Y su biblioteca haría palidecer de envidia a cualquier jurista - en defecto de las obras, a sus ojos sulfurosas, de Montesquieu o de Rousseau, se encuentran allí en efecto todas las obras jurídicas de lengua francesa o latina que puedan haber sido publicadas en Europa desde la invención de la imprenta sin hablar de los manuscritos anteriores... Además, Pothier se comunica con todos los grandes juristas franceses o extranjeros de su época, en particular con los Holandeses.

Pero Pothier es también profesor. Nombrado en una cátedra de “derecho francés” en la misma escuela que lo había acogido como estudiante, Pothier tiene la suerte de ejercer en una época en la cual esta noción comienza a tomar consistencia. Se cuida pues de cultivar la teoría pura y enseña – con mucha devoción - un derecho francés muy vivo, a saber: la costumbre de Orleans (de la cual tiene un conocimiento teórico y práctico incomparable), sin embargo enriquecido por comparaciones con otras costumbres y con aportes romanistas, los que, en su caso, no son abstracciones falsamente enchapadas, sino que indispensables complementos de información. Los profesores de hoy en día desarrollan todavía en sus cursos dos ejemplos sacados del gran tratado de Pothier y que éste seguramente había desarrollado delante de sus estudiantes: el de los candelabros supuestamente de plata, pero que eran de cuero plateado (a propósito del error en la sustancia) y sobre todo la célebre historia de la vaca enferma (a propósito de la reparación del perjuicio), vaca que contaminó el rebaño del comprador, lo que conlleva la ruina de este último, ruina que compromete el proyecto matrimonial de su hija, etc. Incluso si estas dos fórmulas hacen a veces sonreír, su perenidad revela sin duda un profesor de gran talento.

Finalmente, a diferencia de Domat que es hombre de un sólo libro o casi, Pothier se contenta con continuar el trabajo colectivo de racionalización del derecho sin interrogarse sobre los fundamentos de éste, ni explicitar su filosofía propia (evidentemente cristiana y jansenista), la que permanece subyacente en su obra. ¡Pero escribió, en juristas, sobre todos los temas! Su obra maestra es el *Tratado de las obligaciones* (1761), se comparará a un anfiteatro de montaña en donde vendrían a mezclarse las aguas originarias de distintos glaciares que tienen por nombres Doneau y Dumoulin (en el caso del siglo XVI), Guy Coquille, Loysel y Domat (en el siglo XVII), Ferrière y Bourjon (en el siglo XVIII) así como muchos otros, porque Pothier los leyó a todos. Pero este hombre modesto aparenta no haber creado nada por el mero hecho, y sólo haber hecho la obra de compilación. En realidad, incluso si Pothier no tiene la originalidad que se admira en sus grandes predecesores, realizó una síntesis casi

perfecta de todos los esfuerzos realizados en vista de la unificación del derecho francés.

Por lo demás los hechos están acá: a menudo los redactores del código civil sólo tuvieron que copiar a Pothier y no se privaron de ello (ejemplo del artículo 1101 sobre la definición del contrato, los artículos 1156 y 1164 sobre la interpretación, etc.). Y luego de la promulgación del código, ciertos comentaristas del siglo XIX utilizarán tanto a Pothier como a los trabajos preparatorios⁷¹. Una fórmula convertida en lo usual hizo de él “el padre del código civil”, lo que, tratándose de una obra tan profundamente colectiva, es literalmente absurdo. Pero en el espíritu, este propósito rinde un justo homenaje a la importancia y a la eficacia de su trabajo.

En el siglo XIX, el pensamiento de Pothier se expandió en los cuatro puntos del mundo, no solamente en los países que habían adoptado un código inspirado en el nuestro, sino que también y de manera más asombrosa en los Estados Unidos, donde el tratado de las obligaciones, debidamente traducido al inglés, pudo esclarecer en cierta medida a los jueces americanos. Todavía en nuestros días, Pothier sigue presente, aunque invisible, en los tratados franceses de derecho civil. A título de ejemplo, citaremos este extracto de su obra más célebre: “en los contratos interesados, la causa del compromiso que contrae una de las partes es lo que la otra parte le da o se compromete a darle o el riesgo de que se hace cargo. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer hacia la otra es una causa suficiente del compromiso que contrae hacia ella”. Estas frases, que tienen un aire de haber sido ya leídas, muestran bien en donde residía la eficacia de Pothier: además de la potencia de trabajo, tenía el más alto grado de sentido pedagógico.

¿Fue entonces Pothier el más grande de nuestros grandes doctores? Un título tan sonoro podría abrumarlo. Como lo escribe muy bien M. Malaurie⁷², “era un hombre sin pasiones, un alma pobre, de una gran simplicidad y de una más grande humildad”. El dios de los juristas parece haberlo enviado hacia nosotros para mostrarnos que una cierta manera de gloria no se obtiene sino que en favor del más extremo despojo.

Conclusiones: le herencia en la víspera del código civil

Haciendo redactar una antología de los mejores textos doctrinales, Justiniano había resumido de buena manera el derecho romano, en desmedro de una inevitable deformación (aplanamiento de las diferentes fases históricas, artificial predominancia de la época clásica sobre las realidades del Bajo Imperio, etc.). Por el contrario, el código civil rompe con el pasado y en consecuencia no lo resume, incluso si no salió totalmente armado, y está lejos de esto, del cerebro de sus redactores. Lo que el código sintetiza son dos siglos y medio de esfuerzos llevados a cabo por los juristas “de derecho francés” a partir de las costumbres y del derecho romano. Sobre todo el resto, debemos nosotros mismos hacer el balance.

⁷¹ V. *infra*, p. 95.

⁷² *Op. cit.*, p. 104.

Al principio de éste se encuentre la idea, en adelante irrevocable, de que los autores persuaden pero no deciden (¡aunque vayamos a usar sus trabajos par decidir!). Se deduce una persistente nostalgia hacia el jurisconsulto romano, que en cuanto a él, producía el derecho. Sin embargo es una nostalgia que no pasa realmente a la acción o al menos no pasa más desde hace doscientos años, porque el gusto por las construcciones racionales predominó por sobre el estudio práctico. El espíritu de sistema agregado a la vieja tradición de los textos (la única que desde los primeros glosadores jamás fue desautorizada) ancló la convicción de que el jurista sabio debe asociarse al inevitable advenimiento de la ley y participar en su confección.

En todo caso este divorcio con la práctica y esta concepción prospectiva del derecho hicieron que, las escuelas de derecho quedaran en condiciones de ser reconstruidas de arriba a abajo y el prestigio profesoral a reconquistarse.

En la víspera del código civil el mundo jurídico está aparentemente en pedazos, incluso si entre ellos, ¡figuran obras en las cuales los redactores del código no tengan más que copiar numerosos pasajes para asegurar un renombre inmortal! En pedazos y replegado en sus tierras, lo que sustenta la idea de que el derecho se basta a si mismo. Los juristas se dirigen en suma hacia el derecho resumido en un código y hacia ese código considerado como un sistema cerrado.

CAPÍTULO 2

Los orígenes próximos (después del código civil)

Introducción: los doctores frente al nuevo derecho positivo

Cuando se trata de la doctrina jurídica, la época contemporánea no comienza en el año 1789 sino que en 1804, con la promulgación del código civil. Porque durante el periodo revolucionario, el derecho de los sabios, ya debilitado hacia el fin del Antiguo Régimen, perdió toda consistencia. En efecto, por su numerosa y corrosiva obra legislativa, este periodo prepara el advenimiento, ya ineluctable, del derecho legislado. Pero en la elaboración de éste, los doctores sólo participan a título póstumo, gracias a las obras de precursores como Domat y Pothier: resulta sintomático que Bonaparte, a falta de haber tenido bajo la mano profesores de renombre, haya confiado la redacción de *su* código a quienes se dedican al ejercicio de la profesión, por lo demás de un muy alto nivel.

Aunque simboliza el reinado de la ley, el código civil no la encarna él sólo, porque otros cuatro códigos van a seguirlo, sin perjuicio de las leyes ulteriores. Y la institución de la Corte de casación debe perfeccionar este reinado. En realidad, le confiere al juez un poder inesperado que confirmará enseguida el aumento de poder del Consejo de Estado, llamado a crear un derecho original distanciado del código civil.

Y finalmente el derecho contemporáneo se caracterizará por la repartición del poder entre la ley y la jurisprudencia.

Sin embargo, esta división no corresponde a distintos sectores de influencia: tanto en el derecho administrativo como en el derecho civil, ley y jurisprudencia se interpretan bajo la autoridad de principio de la primera. En efecto y por oposición al pluralismo del Antiguo derecho, el nuevo derecho forma un sistema único. Los tiempos ya no son como cuando coexistían diversos sistemas jurídicos y consecuentemente, doctores considerablemente variados: el jurista consuetudinario, el canonista, el romanista y el improbable jurista llamado de derecho francés en búsqueda de un impalpable derecho positivo. En lo sucesivo, esta última noción tomó cuerpo, identificándose desde entonces con la ley (o más tarde con la dupla ley-jurisprudencia), y en Francia ya no hay sino juristas de derecho positivo, a lo más con una especialización por ramas. Como podría decirlo Paul Valéry, el tiempo del derecho afinado comienza.

Este derecho limitado pronto va a convertirse – los dos van de la mano - en un mundo sobrepoblado. La puesta en marcha, bajo el Imperio, de un sistema normativo a la vez nuevo, conciso y sin embargo considerado como capaz de llenar la totalidad del espacio jurídico, no podía evitar engendrar una intensa actividad en todos los profesionales del derecho. Los juristas son cada vez más numerosos, encontrándose entre ellos los juristas sabios en los cuales el código civil suscita una profusión de comentarios y que hacen de esta manera su reaparición, ocupando incluso el primer plano. Las publicaciones jurídicas en todos los géneros se multiplican. Y sobretudo el siglo XIX es señalado por una considerable innovación: la creación y el desarrollo, pronto exponencial, de las revistas jurídicas. Con la industrialización, el siglo XX agregará con efectos retardados la inflación de las leyes y la explosión de la jurisprudencia (en el mismo sentido que se habló de “explosión” urbana).

Pero volvamos a los nuevos inicios del derecho de los sabios. Se trata, a partir del año 1804, de explorar el código civil. A los grandes prácticos, que se entregan a un trabajo considerable para explicitarlo, se unen tímidamente algunos profesores provenientes de las escuelas de derecho que reorganizó el Imperio. Como estas escuelas, convertidas en facultades, se refuerzan a lo largo de todo el siglo XIX, los profesores adquieren una importancia creciente en el seno de la producción doctrinal. En los alrededores de 1850, los sabios del derecho, ya sea profesores o prácticos, reconquistaron un prestigio cierto y, ayudados por su número, comienzan a representarse a ellos mismos bajo la gratificante denominación de “la doctrina” que se substituye a la “doctrina de los autores”. La palabra cambia discretamente el sentido: ya no designa una opinión sino que una colectividad. Ésta por lo demás alarga su horizonte y explora ahora la jurisprudencia. La calidad de la enseñanza yendo de la mano con las riquezas de las obras publicadas, esta colectividad se vuelve cada vez más profesoral: hacia fines del siglo, llega incluso a monopolizar la figura del doctor, al menos en derecho privado.

En esta época la doctrina, porque la denominación tiene en lo sucesivo derecho a ser admitida, terminó de explorar el nuevo espacio jurídico, pero se ve confrontada a otro desafío, mucho más temible que el anterior, con el surgimiento de la cuestión

social y de las nuevas ciencias sociales, las que amenazan la autonomía del campo jurídico y amenazan con volver a poner en duda los métodos de los trabajos practicados desde siempre por los juristas. La doctrina emprende entonces la labor de poner en orden este espacio que asiduamente exploró, ¡situándolo bajo la autoridad científica de un saber que va a construir explícitamente los cánones a su gusto! Con este fin, rechaza todos los esfuerzos para definir la ciencia del derecho en los términos que la preservan de una competencia considerada como eminentemente peligrosa: lo identifica, en efecto, con una dogmática accesible sólo a los juristas y *de facto* ampliamente reservada a los juristas universitarios. Esta concepción, que aparecía ya como un germen en varios autores del siglo XIX, terminó por convertirse en una necesidad vital y es dotándola de una armadura teórica muy fuerte que la doctrina del siglo XX firma su propio certificado de nacimiento, al mismo tiempo que se erige como auténtico guardián del templo, es decir del modo francés.

Veremos sucesivamente la renovación de los doctores, adquirida por la exploración del espacio jurídico en el siglo XIX (Sección 1) y el triunfo de la escuela francesa, asegurado por la domesticación de este espacio en el siglo XX (Sección 2).

SECCION 1 LA EXPLORACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX

(o la renovación de los doctores)

Generalidades: dos continentes por explorar

Suprimidas en la indiferencia general en el año 1793, las escuelas de derecho son creadas nuevamente en 1804, el mismo año de la promulgación del código civil y significativamente son puestas bajo la autoridad del ministerio de Justicia: ¡Poco menos que tienen por misión formar a la nobleza en el manejo del código! De hecho, a éste último se le otorga la mejor parte en la repartición de las enseñanzas.

Desde entonces, este monumento legislativo va a ocupar gran parte del tiempo de los profesores, así como la mayor parte de las publicaciones doctrinales durante toda la primera mitad del siglo XIX. Olvidados o casi olvidados, el derecho público, la “legislación criminal”, etc. Olvidadas también, en un primer momento la “jurisprudencia de las sentencias”, que los autores citan, pero sin comentarlas: ¡es verdad que ésta era una costumbre adquirida hace mucho tiempo! La exploración del código civil es una prioridad absoluta, que debe revelarles los misterios a los prácticos desorientados por su novedad y que tiende también, aunque sea menos visible, a reforzar su legitimidad política, todavía incierta en la época de la Restauración. Al mismo tiempo, el doctor adquiere la costumbre de basar esencialmente su obra en el estudio de la ley positiva.

Sin embargo, la exploración del código, que fue eficazmente llevada a cabo durante medio siglo, no tarda en revelar sus límites. Los doctores se percatan entonces de la importancia creciente que ha adquirido entre tanto la jurisprudencia civil como complemento indispensable de los textos. En el segundo tercio del siglo XIX, constatan

que la jurisprudencia administrativa comienza su notable ascenso como sustituto de una legislación ausente o aislada por principio. Nadie se sorprendería entonces de que los doctores, convertidos poco a poco en “la doctrina”, alarguen su horizonte explorando la “jurisprudencia de las sentencias” que se convierte simplemente en la jurisprudencia. Se trata sin embargo, de una innovación considerable: ¡por primera vez, desde hace seis siglos de derecho de los sabios, los autores comentan las decisiones de la justicia! Pero en un sentido se reconcilian con la tradición del jurisconsulto, porque su comentario, aunque interviniendo como aval de la sentencia emitida, les da también la posibilidad práctica de influir las sentencias futuras. En todo caso, este comentario se vuelve el modo de acción privilegiado de la doctrina.

En términos cronológicos, diremos para simplificar que la exploración del código civil tiene lugar principalmente durante la primera mitad del siglo XIX (§1) y que la de la jurisprudencia coincide, en grueso, con la segunda mitad del siglo XIX (§2).

□ 1 LA EXPLORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (primera mitad del siglo XIX)

Prólogo: la exégesis del código

Los doctores que exploraron el código civil quedaron en la historia bajo el nombre de *exégetas*. Y cuando los juristas franceses hablan de la “exégesis” sin otra precisión, entienden o bien la exploración del código o bien el periodo marcado por esta exploración o incluso el conjunto de quienes se dedicaron a ella.

La denominación es exacta en la medida en que casi todos los autores de la época comienzan su trabajo de desciframiento con un análisis profundizado de los textos, siendo cada artículo examinado en sí mismo y en relación con todos los otros que pueden ayudar a extraer sus posibles significados. Simultáneamente, los exegetas le dan vida al código civil y sientan las bases de su aplicación práctica.

Pero la casi totalidad de entre ellos no se queda ahí. Si algunos redactan sus comentarios exegéticos, *pero forjando ya principios* sobre la base de los textos, una mayoría comienza a esbozar verdaderas construcciones sabias, practicando en esto un método semi exegético, semi “dogmático”. Finalmente, algunos llevan muy lejos la preocupación de *construir el derecho*, de manera que en ellos el “método dogmático” termina por eclipsar a la exégesis inicial. O más bien el método que ellos llaman dogmático y que es mejor bautizar con el nombre de síntesis, porque su terminología dejaría creer absurdamente que el análisis exegético no forma parte de la dogmática⁷³. Como sea, la exploración del código no tiene nada de monolítica: unos escriben en un espíritu práctico y positivo a la usanza de la nobleza (de manera que construyen poco o moderadamente), mientras que los otros, bajo la influencia del pensamiento alemán,

⁷³ Aclaremos la cuestión de una vez por todas: la dogmática, tan universal como el derecho, reposa en la base y siempre sobre el análisis (exegético u otro); además comprende bastante seguido, pero no necesariamente, una segunda fase, la de la síntesis, de la cual la escuela francesa es particularmente partidaria.

desean formar verdaderos jurisconsultos y en consecuencia se consagran con mayor frecuencia a una dogmática a veces demasiado abstracta.

Sin embargo y por reacción en contra de los exegetas, sus sucesores dieron de ellos una imagen simplista – incluso caricaturesca -, que la historiografía oficial del siglo XIX nos legó y que encierra al menos un triple error aún difundido en nuestros días, a pesar de la renovación reciente de los estudios históricos⁷⁴.

Primo: los exégetas se habrían sumido en una lectura literal y árida del código civil, profesando un desprecio total hacia la jurisprudencia. Nada más falso, porque no ignoran las sentencias e incluso si ninguno de ellos las *comenta*, como lo harán más tarde los exploradores de la jurisprudencia, ellos ven al menos una ilustración del código y las citan en sus escritos, con una mayor o menor generosidad, dependiendo de los autores. En cuanto a la lectura de los textos, ésta es muy rica porque se apoya sobre una sólida experiencia práctica y una fuerte cultura jurídica. Sin embargo, y acá el reproche está fundado, interpretan el código según su propia lógica y sin referirse a las necesidades sociales de su tiempo.

Secundo: los exegetas habrían constituido una escuela llamada “Escuela de la Exégesis” (con mayúsculas). Pero la exégesis no fue jamás para ellos una bandera o un ideal. Es a lo más un punto de partida obligado, porque finalmente ¿cómo proceder de otra forma cuando uno se encuentra en presencia de un texto nuevo sobre todo de esta importancia? Y ya hemos visto que pasado ese punto de partida, los métodos divergen sensiblemente. Ahora bien, la noción de escuela supone que los fundadores se hayan dado de su pleno agrado, un objetivo común bien específico. A este respecto, la sola preocupación verdaderamente específica y verdaderamente elegida que los exegetas pudieron tener en común – búsqueda de principios inherentes al código civil, relego de la jurisprudencia en un rol de ilustración - reside en su fidelidad a la obra napoleónica, de manera que pudieron constituir una *escuela del código*.

Tertio: la pretendida escuela de la exégesis habría dominado todo el siglo XIX, con tres fases sucesivas: fundación (1804-1830), apogeo (1830-1880) y decadencia (1880-1900). En realidad, la exégesis propiamente dicha duró mucho menos: en 1850 o 1860 lo esencial está dicho e incluso si comentarios exegéticos del código serán todavía publicados hasta el final del siglo, la mayoría de los nuevos doctores se vuelca hacia otros horizontes. En consecuencia, la exploración del código civil coincide más bien con la primera mitad del siglo XIX.

Dicho esto, el desglose tripartito contiene también su parte de verdad: las dos primeras fases corresponden en grueso a dos generaciones de autores, mientras que la tercera marca de seguro la decadencia sino de toda una escuela, al menos de un género literario, el comentario exegético del código.

A pesar o a causa de esta aclaración, la obra realizada por los exploradores del código civil no se resume fácilmente: los autores tienen personalidades muy diversas

⁷⁴ Teniendo como punto de partida: Rémy, Ph: “Éloge de L`Exégèse”, en *RRJ* 1982, p.254 s.s.

(A) y es más allá de su diversidad que se puede reconstruir el espíritu común que pudo animarlos (B).

A. LA DIVERSIDAD DE LOS AUTORES

Contrariamente a lo que pudo creerse, los exploradores del código civil no son todos de ascendencia burguesa. Ciertamente la mayoría proviene de la pequeña o mediana burguesía, eventualmente de la alta burguesía. Pero entre ellos hay también niños, simples empleados y campesinos modestos, aunque el hecho de volverse profesor, abogado o magistrado de alto rango los transforma en burgueses, incluso en grandes burgueses.

Además no todos son universitarios, porque quienes se dedican al ejercicio práctico de la profesión tienen todavía mucho tiempo libre para escribir y por lo demás los profesores constituyen un pequeño número (al principio cinco titulares y dos suplentes en cada escuela de derecho: de acá por lo demás una mayoría de provincianos tienen su asiento). Se notará también que en la época y hasta la creación en 1855 de un concurso nacional de admisión, cada escuela recluta a sus profesores según criterios forzosamente disparatados. Y es así como varios entre ellos ejercieron funciones judiciales antes de entablar un carrera universitaria que muchas veces consagra una vida profesional ya bastante ocupada⁷⁵: en el siglo XIX, la Escuela no está nunca muy lejos del Palacio.

Nos enfocaremos sucesivamente en los profesores (1°) y los profesionales (2°).

1°) Los profesores

La exploración del código civil ocupó varias generaciones de profesores que no podrían distinguirse de manera muy marcada. Retengamos de todas formas, aunque con muchas precauciones, la fisura entre quienes fueron formados bajo el Antiguo Régimen (a) y quienes nacieron con el código (b). Esta fisura evoca un poco, aunque de lejos, la distinción entre los glosadores (más cercanos a los textos) y los Bartolistas (más imaginativos). Del mismo modo, la primera generación es muchas veces – no siempre – más apasionada por la historia que la segunda o al menos observa con mayor frecuencia hacia el lado de un Derecho Antiguo que estudió y a veces incluso practicó.

a) La primera generación

Los primeros grandes comentadores del código provienen de provincia, lo que no tiene nada de asombroso: hay once facultades en provincia y en el extranjero. Así, dos maestros provincianos, Toullier y Proudhon (1), eclipsan a los profesores de la Escuela de derecho de París, entre los cuales figura en la primera fila Delvincourt (2).

⁷⁵ Tratándose de la Facultad de derecho de Toulouse, Poumadère, J: "Le Barreau et l'Université", en Gazzaniga, J.L. (bajo la dirección), *Histoire des avocats et du barreau de Toulouse*, Privat, 1992, esp. p. 176.

1. Dos maestros provincianos: *Toullier* y *Proudhon*

α) Toullier: nacido en el año 1752 en el seno de una familia católica y poco adinerada, emprende tempranamente una doble carrera de universitario y de abogado en el Parlamento de Bretaña. Cercano a las reivindicaciones del Tercer Estado, toma parte activa en el movimiento revolucionario de su región, pero se retira de la vida pública en 1792, debido a la situación que vivió su hermano, un sacerdote que no alcanzó a prestar juramento y con el cual pronto comparte la clandestinidad. En 1795, lo encontramos como juez elegido en el tribunal departamental de Ille y Vilaine, antes de que retome sus actividades en la abogacía el año siguiente. Toullier se convierte entonces en un respetado consejero al mismo tiempo que es también un árbitro.

En 1806, a la edad de 54 años, es nombrado profesor de código civil en la nueva Escuela de derecho de Rennes, provisoriamente instalada (y esto no es por azar) en las oficinas del Palacio de Justicia. Cinco años más tarde, publica el volumen inaugural de su *Tratado de derecho civil francés siguiendo el orden del código*, no sin conocer los rigores de la censura por sus declaraciones sobre los atentados a la libertad individual y a la libertad de prensa.

En 1812 se convierte en decano de la Facultad. Los diversos conflictos políticos que sobrevienen en los entornos estudiantiles en 1814 y 1815, así como su participación en la defensa del general Travot (acusado en 1816 de haberse opuesto a las armadas reales en la región de Vendée) terminan por provocar el relevo de sus funciones en 1817. Toullier está entonces en la cima de su gloria como escritor: el séptimo volumen de su tratado fue publicado el año anterior y el célebre André Dupin (1785-1863), quien será sucesivamente Presidente del Colegio de abogados de París, Presidente de la Asamblea nacional y Procurador general en la Corte de casación, le concede el título de “Pothier moderno” en sus *Cartas sobre la profesión de abogado*.

Toullier consagrará en los sucesivos la mayor parte de su tiempo a sus trabajos sobre el código civil, los que ocupan 14 volúmenes en 1834 y son el objeto de una traducción al alemán y al italiano. Recupera además su título y sus funciones de decano después de las jornadas revolucionarias de 1830 (pero es honorario desde el año siguiente), al mismo tiempo que continúa siendo el inamovible Presidente del Colegio de abogados de Rennes. Muere en 1835 luego de haber designado al abogado Duvergier como el continuador de su tratado.

β) Proudhon por su parte, fue decano de la Facultad de derecho de Dijon. Nacido en el seno de una familia de simples agricultores que se beneficiaban sin embargo de un “modesto bienestar”⁷⁶, estudia primero teología durante cuatro años en el gran seminario de Besançon, antes de comenzar sus estudios de derecho que lo llevan al doctorado en 1789, a la ya avanzada edad de 31 años. El año siguiente, es elegido juez en el tribunal de Pontarlier al mismo tiempo que se convierte en diputado suplente en la Asamblea nacional, en donde sin embargo no tendrá ocasión de

⁷⁶ Dumay, G: *Étude sur la vie et les travaux de Proudhon*, Pedone-Lauriel, 1878, p. 7.

sesionar. En 1792 es juez de paz, sucesivamente destituido y luego reintegrado en sus funciones y cada vez por los hombres de la Convención. Luego se convierte en miembro del directorio ejecutivo del departamento de Doubs, juez en el tribunal de Besançon y profesor en la Escuela central instalada en la misma ciudad, lo que le permite publicar, en 1799, un *Curso de legislación y de jurisprudencia francesas sobre el estado de las personas*: lo actualizará en el año 1809.

En 1806 un decreto imperial lo nombra profesor de código civil en la Escuela de derecho de Dijon, de la que se convierte su decano en 1809. Seis años más tarde, el gobierno de Louis XVIII lo revoca por sus actitud durante los Cien días, pero debido a que ninguno de sus colegas quiere tomar su lugar, la ordenanza es anulada en 1820. Ese mismo año es reprendido en su calidad de Presidente de la Colegio de abogados de Dijon (cargo que ocupará entre 1819 y 1829), por no haber protestado contra el violento lenguaje de un abogado en el curso de un procedimiento político. En 1823, el poder le reprocha todavía de no haber sancionado a una cincuentena de estudiantes que habrían cantado la Marsellesa en un café de la ciudad antes de gritar “¡Viva los liberales, viva la libertad!...”⁷⁷ Pero Proudhon es demasiado respetado (¡algunos estudiantes vienen especialmente de Alemania para asistir a sus cursos!) para que realmente osen inquietarlo. Puede entonces consagrarse con toda tranquilidad a los nueve volúmenes de su *Tratado de derechos de usufructo, de uso, habitación y de superficie* (1823-1825), que constituirá la esencia de su gloria. Muere en el año 1838.

2. Delvincourt y la Escuela de derecho de París

Al lado de estos dos grandes jurisconsultos, los primeros maestros parisinos hacen una bastante pálida figura. Delvincourt (1762-1831) es quizás el que más se acerca. Proveniente de una familia noble, nació como ellos a la ciencia del derecho antes del código civil. ¿No fue de hecho admitido como profesor en París en 1789 (justo antes de la reunión de los Estados generales), después de un agitado concurso? Pero no tiene tiempo de ejercer sus talentos: la Revolución obliga a este ferviente católico y monárquico a esconderse durante once años como empleado en las escrituras del ministerio de Marina. Y es sólo en el año 1805 cuando le es confiada la primera cátedra de código civil en el seno de la nueva Escuela de derecho de París.

Su obra es sin embargo bastante poco significativa. Sus *Instituciones de derecho civil francés*, publicadas en 1808, en gran parte no son más que una repetición del código. En cuanto a sus *Instituciones de derecho comercial*, éstas parafrasean el código de comercio y no conocerán éxito alguno a partir del momento en que a Pardessus (1772-1853) le será confiada la primera cátedra de derecho comercial en 1809. Este otro monárquico, quien fue primero un brillante abogado antes de ser nombrado juez suplente en el Tribunal criminal de Blois y luego miembro del Cuerpo legislativo, extraerá de su enseñanza, en 1814, un *Curso de derecho comercial* realmente original⁷⁸.

⁷⁷ Sobre este incidente: Vauthier, G: “Les étudiants en droit en 1823”, *RIE*, t.63, 1912, p. 264 s.s.

⁷⁸ Lo que le hace decir a M. Jean Hilaire que su libro “hizo verdaderamente de su autor el fundador de una disciplina particular”: *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1ª ed., 1986, n° 65.

Pero es quizás en sus funciones de decano (sumamente autoritario) que Delvincourt deja el peor recuerdo. Además, contribuye a estancar la enseñanza del derecho por varios años oponiéndose de manera salvaje (pero es apoyado por la mayoría de sus colegas) a la introducción de la ordenanza del 24 de marzo de 1819: este innovador texto reformaba en profundidad los estudios del derecho, duplicada el número de cursos, le dejaba un gran espacio al derecho público general, al derecho administrativo, al derecho de gentes, etc.⁷⁹ Relevando tristemente al privatista que lucha con todas sus fuerzas contra el derecho público, Delvincourt obtiene satisfacción con el retorno de los extremistas en 1820. La reforma se estanca y se vuelve a una enseñanza tradicional destinada a valorizar los sentimientos monárquicos y religiosos.

En el fondo, el poder político muestra en esta ocasión que no aprecia y tal vez desconfía del estudio de derecho, cuando éste no se limita al sólo aprendizaje del código. Según las palabras del monárquico Frayssinous, nuevo Gran maestro de la Universidad, no hay que “darle a la juventud la ocasión de agitar ideas peligrosas”... Y es sólo a fines del siglo XIX (1895) que las facultades de derecho obtendrán verdaderamente su libertad. Pero volvamos primero al primer tercio de este siglo, en donde pronto aparece la segunda generación de exploradores.

b) La segunda generación

Hay que esperar a esta generación, la de los juristas nacidos con el código, para ver emerger jurisconsultos parisinos de gran envergadura. Al lado de múltiples autores cuyo renombre es mínimo (como Blondeau, Oudot y Bugnet), hay que retener los nombres de Duranton, Demante y sobre todo Valette (1). Si se quiere sin embargo encontrar comentarios del código de una amplitud equivalente a la de la generación precedente, es nuevamente a provincia hacia donde hay que enfocarse: por esta razón, los 31 volúmenes de exégesis redactados por Demolombe (2) alcanzan, en todo caso entre sus contemporáneos, un prestigio al menos igual al del sintético tratado de Aubry y Rau (3).

1. Los maestros parisinos: Duranton, Demante y Valette

Durante los años 1830, el jefe de filas de los profesores parisinos se llama Duranton (1783-1866). Abogado desde 1810, se recibió como el 22º doctor de la nueva Escuela de derecho de París en 1812. Distinguiéndose dentro de la abogacía, publica en 1819 un *Tratado de las obligaciones y contratos en general*, cuyo éxito inmediato le vale ser nombrado como profesor al año siguiente. Consagrará entonces la mayor parte de su tiempo a la redacción de un voluminoso *Curso de derecho francés siguiendo el código civil*, cuya 4ª y última edición, publicada en 1844, comprende 22 volúmenes.

Jurista moderado y que se dice fino conocedor de la práctica, preocupado de no descuidar jamás ni a “la doctrina de los autores”, ni “al importante análisis de los

⁷⁹ Ventre-Denis, M: *Les sciences sociales et la Faculté de droit de Paris sous la Restauration – Un texte précurseur: L'ordonnance du 24 mars 1819*, Aux amateurs de livres, 1985.

monumentos de jurisprudencia”, Duranton presenta la particularidad para la época de ser un jurisconsulto sobre el cual los acontecimientos políticos no tienen influencia alguna. Se limita a formar generaciones de futuros nobles (su alumno Jules Favre fue marcado por su enseñanza) y a participar en las actividades de la abogacía en París, ciudad que no dejará jamás, al punto de volverse en su momento su ciudadano más longevo. Se retira de la enseñanza en 1856, no sin antes dejar una obra que habiendo fácilmente eclipsado la de Delvincourt, prevalece también por sobre las obras que pudieron redactar los parisinos de su generación, en particular sobre los de Blondeau, quien comenzó su carrera en 1809 antes de convertirse en decano de la Facultad en 1830.

Pero otros autores parisinos de todas formas merecen ser distinguidos y en particular Demante (1789-1856), con su *Programa del curso de derecho civil francés*, publicado en 1830 o incluso su *Curso analítico del código civil* en tres volúmenes publicados entre 1849 y 1855 (las ediciones siguientes, más voluminosas, serán redactadas por Colmet y Santerre). Desde luego no se encuentra casi ninguna de las ideas contestatarias de la revista la *Thémis*, con la cual Demante había compartido las ambiciones durante su juventud. Sin embargo el autor no pretende proporcionar una obra de derecho sabio, sino más bien aplicar el principio según el cual “la enseñanza de cualquier legislación debe basarse el texto mismo de la ley”.

Partidario declarado del método exegético contra el método llamado dogmático (la síntesis), Demante no carece sin embargo de interés. Pero más que el explorador del código que llama la atención es el jurista plenamente involucrado en su siglo. Habiendo ejercido durante largo tiempo la profesión de abogado (dieciséis años) antes de obtener una suplencia y luego una cátedra en 1821, es elegido en la Asamblea constituyente en 1848 y luego en la Asamblea nacional. Demante ilustra entonces una figura doctrinal particular: es a la vez profesor y legislador. Debido a esto, redacta varios importantes informes (sobre el denegación de paternidad o la muerte civil) y preside la comisión de reforma del régimen hipotecario, antes de fallecer en el año 1856.

Es una figura análoga la que encontramos en Valette (1805-1878). Nieto de notario e hijo de un antiguo soldado del general Hoche convertido luego en modesto empleado en el ministerio de la Guerra, Valette es un asiduo parlamentario entre los años 1848 y 1851, en el seno del partido republicano moderado. Pero es primero un gran jurisconsulto y un notable pedagogo en su enseñanza oral. Contrariamente a Duranton quien era conocido por aburrir a sus estudiantes.

Este “singular católico que no deja de citar a Voltaire”, según las palabras de uno de sus colegas⁸⁰, ciertamente dominó la Facultad de derecho de París por la profunda influencia que ejerció sobre varias generaciones de estudiantes. Enseña desde su nominación en una de las cátedras de código civil en 1837 hasta 1878, ¡cuando muere cuatro días después de haber dispensado su último curso! Desde fines de los años 1830, su popularidad predomina en particular sobre la de otros profesores,

⁸⁰ Relatado por Herold, F. y Ch. Lyon-Caen, *Notice sur la vie et les travaux de M. Valette*, Marescq Ainé & Delamotte fils, 1880, p. XLIV.

en particular el joven Oudot, cuyo espíritu es muy filosófico para los ojos de sus alumnos y colegas y el muy pedagogo Bugnet (quien fue un tiempo un pequeño pastor de ganado) al que sus estudiantes le reprochan a la inversa de limitarse a una vulgarización del código.

Es cierto que la pedagogía de Valette contrasta con la de sus pares: “mi inteligencia se debilita en este análisis perpetuo de los textos”, confiesa en 1830. También será el primero en elegir sus ejemplos en las sentencias, lo que le permitirá a la generación siguiente de apropiárselo para hacerlo un precursor de la nueva escuela. Pero si Valette no quiere inventar ejemplos imaginarios, si sabe conjugar teoría y práctica (sus consultas serán por largo tiempo las más solicitadas del Palacio), las sentencias que cita son todavía sólo simples ilustraciones. Duvergier dirá de él que tiene la “religión de la ley”⁸¹ y su principal preocupación sigue siendo el código civil. Los pocos escritos que deja están por lo demás enteramente consagrados a éste. La producción de Demolombe será de otro modo más imponente.

2. Demolombe: el comentario exegético

Una vez terminado su doctorado en París, Charles Demolombe no dejará jamás la Facultad de derecho de Caen, en donde enseñará sin interrupción desde su nominación como profesor suplente en 1827 hasta su muerte en 188_. Demolombe nació el año del código civil: iba a consagrarle su vida y por esta razón, rechaza aproximadamente todos los honores que le propusieron comprendiendo en muchas ocasiones un puesto en la Corte de casación (¡Por esto su ciudad le agradeció ofreciéndole un banquete!). se le deben en particular los 31 volúmenes de un comentario del código, que interrumpió sin embargo al final del título IV del libro III (artículo 1386).

¡Qué no se escribió sobre ese comentario y sobre su autor, habitualmente designado como el ¡“príncipe de la exégesis”! hay que decir que el trabajo está redactado en un estilo casi inimitable. No existe voluntad alguna de rigor científico en esa prosa impregnada de un lirismo anticuado en donde el autor parte del texto comentado para aplicarlo a situaciones concretas que inventa, antes de relacionarlo a un principio más vasto y luego de recurrir a una antigua fórmula que supone explicar el sentido, pero sin olvidar de incitar la controversia en la obra de sus pares, incluso de citar (*pro* o *contra*) una decisión de justicia que parece haberle caído bajo la mano...

A decir verdad, todo esto se parece considerablemente al estilo judicial de la época. Abogado (pero solamente consultor, ¡porque no soportaba la contradicción en estrados!) y mucho tiempo Presidente de su Colegio, Demolombe se dirige a la futura nobleza: su objetivo, escribe en su prefacio, es permitirle a sus jóvenes discípulos “pasar de la Escuela al Palacio sin estar obligado de recomenzar por así decirlo, sus estudios”.

⁸¹ Duverger, A: “Bibliographie des Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation en A. Valette”, *Revue critique de législation et jurisprudence*, t.9, 1880, p. 177.

Que no se confunda entonces al relacionarlo con otra frase célebre de este famosos prefacio: “Por lo demás, mi lema, mi religión es también: ¡los textos antes que todo!”. La continuación lo explica: “Yo publico un curso de Código civil... tengo entonces como objetivo interpretar, explicar el Código mismo, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria; y mi preferencia por el método dogmático [entendamos: la síntesis] no me impedirá tomar siempre como base los artículos mismos de la ley”⁸². Así, ¡es por conciencia profesional y en desmedro de su gusto por la síntesis, que Demolombe se dedica a un comentario exegético! En realidad, los artículos del código no constituyen la única base de su proceder, porque dice también “tomar siempre como punto de partida las reglas primeras y esenciales, los principios, los elementos y finalmente la ciencia...”. Como lo veremos, la búsqueda de principios es en efecto un punto en común entre los exegetas estrictos y entre los exegetas más sistemáticos, - así como por lo demás entre todos sus sucesores hasta nuestros días...

Demolombe se interesa también en la jurisprudencia (“esa parte animada, yo diría casi dramática de la legislación, esa *viva vox juris civiles*”), al punto de participar en 1851 en la creación de la *Revista crítica de jurisprudencia*. Le da incluso un primer y considerablemente voluminoso “Resumen doctrinal de las principales sentencias aportadas por las recopilaciones en las cuadernos de julio 1850”, pero se limitará a esta única entrega.

Su imagen, todavía difundida, de exegeta intransigente no le corresponde entonces de ninguna manera. Resultaría más acorde al Belga François Laurent (1810-1887), ¡y todavía con importantes reservas!⁸³ Sería sobre todo acorde a Taulier (1806-1860), proveniente de la ciudad de Grenoble y autor a partir de 1840 de una *Teoría razonada del código civil* que casi no conoció casi éxito ninguno, ¡precisamente por su carácter estrechamente exegético! Porque a pesar de la leyenda, los autores de la época, o en todo caso los más grandes, no se limitan como Taulier a un análisis racional, ver gramatical de un código sin relación con el pasado y la jurisprudencia. Además, a estos autores nos les faltó nunca un sentido práctico bastante sólido y que la mayoría había adquirido en el Palacio o en el curso de una vida pública bastante agitada. Y es particularmente el caso de Aubry et Rau cuya obra jugó un rol capital en la manera en la cual se constituyó la doctrina francesa, al punto que su *Curso de derecho civil francés* fue durante largo tiempo designado como “la mayor gloria de la literatura jurídica francesa”⁸⁴.

3. Aubry y Rau: el comentario exegético

Si Aubry y Rau son exegetas, es mucho más por la época a la que pertenecen que por su método, francamente sistemático. Dicho esto, saben unir “las teorías

⁸² *Op. cit.*, p. VIII.

⁸³ V. La contribución decisiva de Gothot, P: “François Laurent: entre la religion de l’avenir et le présent de la loi”, *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, Story-Scientia, 1989, p. 69 s.s., en donde el autor demuestra que su interpretación estrechamente exegética del código no puede comprenderse sino es al unísono de su muy personal (y considerablemente religiosa) filosofía de la historia.

⁸⁴ Malaurie, Ph: *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2ª ed., 2001, p. 184.

jurídicas abstractas” a un sentido práctico incontestable. Su biografía ejemplar entrega la explicación⁸⁵.

Uno, Charles Aubry es un universitario puro. Profesor suplente en 1830 a la edad de 27 años, obtiene por concurso una cátedra de código civil desde 1833. Desde entonces, consagrará su vida al estudio así como a la administración de la Facultad de derecho de Estrasburgo en donde es elegido como decano en 1851. Y no es sino en 1870 (pero antes de la anexión de Alsacia por Alemania) que es llamado a la Corte de casación, de la que formará parte durante ocho años.

El otro, Charles Rau, está más ligado a la práctica. Nacido el mismo año que su cómplice (1803), se inscribe en el Colegio de abogados de Estrasburgo en 1825. Su carrera universitaria se atrasa un poco: nombrado profesor suplente en 1833, sólo obtiene una cátedra en 1841. Durante toda su doble carrera, pasará con gran facilidad del estudio de las obras teóricas alemanas más arduas a los ejercicios de alegato más concretos. Será por lo demás electo Presidente del Colegio de abogados, antes de reunirse con Aubry en la Corte de casación en 1870.

He acá entonces dos autores capaces de poner una ciencia del derecho deliberadamente abstracta al servicio de preocupaciones muy prácticas. Pero si Aubry y Rau resaltan por sobre sus contemporáneos, es sobre todo debido a su forma de exponer el código civil. Las dos primeras ediciones de su famoso tratado son esencialmente la traducción del manual redactado por el profesor alemán Zachariae, en una época en que la región alemana de Renania aplicaba el código civil francés, anteriormente exportado por Napoleón. Aubry y Rau explicaron en su prefacio las razones de esta elección: “buscábamos un libro con la ayuda del cual pudiésemos sistematizar los conocimientos que habíamos adquirido, un libro que nos ofreció un plan de estudios para los conocimientos que teníamos todavía por adquirir”. Ahora bien, Zachariae, que fue influenciado por el método de las Pandectas y que no sigue el esquema del código, concibió su trabajo “desde un orden lógico y con un rigor tal que cada materia viene necesariamente y por ella misma, a tomar el lugar que ocupa. Interviniendo el orden material de las disposiciones del código, facilita la inteligencia por la lectura y el encadenamiento que establece entre ellas” (siempre según el prefacio).

Aubry y Rau se distinguen entonces de los otros autores de su tiempo en que ellos bautizan un *sistema* a partir del código civil. Ahí en donde los otros exegetas practicaban la síntesis con discreción, ellos hacen abiertamente prevalecer éste método por sobre la exégesis, lo que les permitirá edificar una *teoría general* del derecho civil y no un simple *comentario* del código. Lo testimonia ya el título de su obra: ésta no es un curso de código civil sino que un curso de *derecho civil*, incluso si su objeto se limita al análisis de ese código.

Esta particularidad será la inmensa gloria de Aubry y Rau, porque prefiguran lo que se convertirá en el género doctrinal francés por excelencia: la elaboración de

⁸⁵ V. por ej. Gaudemet, E: “Aubry & Rau”, *RTD civ.* 1923, p.65 s.s.

sistemas, de construcciones jurídicas o incluso de teorías generales (la expresión se encuentra muy seguido bajo la pluma de los autores contemporáneos), que deben su éxito a una sutil combinación entre una relativa abstracción y diversas consideraciones prácticas que esta abstracción presumiblemente debe orientar.

La misma concepción de la doctrina, que tiende a marginar a los autores provenientes de la práctica, no triunfará sino a fines del siglo XIX, mucho después de la muerte de Aubry y Rau, cuando la síntesis haya definitivamente prevalecido por sobre la exégesis. En lo inmediato, la exploración del código civil permite todavía a muchos de quienes se dedican al ejercicio práctico de la profesión acceder al rango de jurisconsultos.

2°) Los profesionales

A lo largo de todo el siglo XIX, los profesionales no dudan en lanzarse sobre el terreno doctrinal. Y abordan todos los géneros. El principio del siglo distingue la personalidad excepcional de Merlin de Douai, quien emprende la redacción de varios y voluminosos repertorios alfabéticos (a). De manera mucho más modesta, ciertos autores se hacen pedagogos: es en particular el caso de Mourlon y de Delsol, cuyas repeticiones escritas asegurarán el éxito por varias generaciones de estudiantes (b). Finalmente, otros se mostraran más ambiciosos, ya sea porque retoman tratados prestigiosos (Duvergier), o porque redactan su propio comentario como Marcadé y Pont, Troplong, Huc o Larombière (c).

a) Merlin de Douai

A principios del siglo XIX, la gloria editorial de Merlin de Douai es equivalente a la de Proudhon o de Toullier, habiéndolo éste último calificado por lo demás un día como el “príncipe de los jurisconsultos”.

Nacido en 1754, Philippe Merlin es parte de su generación sino de su medio, porque es hijo de ricos campesinos⁸⁶. Su obra doctrinal es precoz. Desde 1776, cuando es abogado en el Parlamento de Flandre hace sólo dos años, le ofrece al parecer, sus servicios a Guyot, que se convertirá pronto en su amigo, para colaborar en su *Repertorio universal y razonado de jurisprudencia*. ¡Sobre más de 4000 artículos, Merlin redactará 515! Durante los años 1780, sus talentos de jurisconsulto son reconocidos en el conjunto del reino: Beaumarchais, del que se sabe que tenía también el espíritu pleitista, forma parte de sus clientes. Pero esto no es suficiente para un Merlin ávido de ascensión social.

La Revolución se la proporcionará a partir de la profesión de abogado. Será uno de los grandes juristas. Pero el rol protagónico que juega le vale sólidas enemistades. Convencional regicida, comentarista de la ley de sospechosos en 1793, ministro de Justicia en 1796, miembro y luego Presidente del Directorio ejecutivo entre 1797 a

⁸⁶ La mayoría de nuestras informaciones son extraídas de Leuwers, H: *Un juriste en politique, Merlin de Douai (1754-1838)*, Artois PU, coll. “Histoire”, 1996.

1799. El único medio de restaurar su imagen consistirá para él en hacer valer su ciencia del derecho.

Lo encontramos como el simple sustituto del Comisario del gobierno en el Tribunal de casación en 1800, lo que lo sitúa bajo la autoridad de Bigot-Préameneu. Pero lo reemplaza desde que este último es llamado a presidir el Consejo de Estado. Con el cambio de denominación del Tribunal de casación en 1804, el Comisario de gobierno se convierte en Procurador general imperial. Merlin es nuevamente un jurisconsulto reconocido: sus conclusiones permanecerán célebres y tendrán una influencia muchas veces decisiva sobre la jurisprudencia naciente de la Corte de casación. Desde el año XI al año XIII, aprovecha además de su experiencia para publicar una *Recopilación alfabética de preguntas de derecho*, al mismo tiempo que una nueva edición del *Repertorio* de Guyot, del que adquiere los derechos.

Pero el retorno de los Borbones cambia nuevamente la situación. Merlin es exiliado y no volverá a ver Francia sino hasta el año 1830. En Bruselas, en donde encontró refugio, es el jurisconsulto que se impone. Emitiendo consultas jurídicas en toda Europa antiguamente imperial, redacta una nueva edición del *Repertorio* y de sus *Preguntas de derecho*: 18 volúmenes de la 5ª y última edición del *Repertorio* son publicadas en París en 1827 y 1828.

Sin embargo su obra no es totalmente la de un explorador del código civil. Merlin adopta todavía el tono y el estilo de los autores del Antiguo Régimen. En sus obras, concebidas y realizadas antes de 1804, el código entra por lo demás sólo de forma invasiva. Lo esencial de su éxito al parecer se debe en menor grado a los numerosos artículos de actualización que al principio de la no retroactividad de las nuevas leyes, las que permiten en numerosas rúbricas que no pierdan su actualidad durante los primeros decenios del siglo XIX. Pero la obra envejece desde los años 1830, en un momento en donde se publican a la vez grandes comentarios del código y de los repertorios más modernos, bajo la dirección por ejemplo de Désiré Dalloz o de Jean- Baptiste Sirey.

Si lo que se quiere es encontrar exploradores entre los profesionales, es necesario volcarse hacia otros autores. Algunos se vuelcan a este género de un modo menor, pero no sin conocer un éxito considerable: son los repetidores.

b) Los Repetidores: Mourlon y Delsol

Mourlon, hijo de notario nacido en la región de Creuse en 1811, *sube* a París para adquirir el título de doctor en derecho en 1846 y ejerce la profesión de abogado. Pero es también un autor prolífico que imagina, en particular, publicar *Repeticiones escritas sobre el código civil*, en tres volúmenes correspondientes a los tres primeros años de la carrera: estas conocerán un inmenso éxito dentro de numerosas generaciones de estudiantes (la 12ª edición data de 1884).

Estas *Repeticiones* tiene la ventaja de pretenderse ser pedagógicas en un momento en el cual se publican comentarios considerablemente voluminosos, los cuales uno se imagina fácilmente que pueden desalentar a un público joven. El autor

sigue el orden del código, pero no se prohíbe jamás de hacerlo a un lado en favor de una mayor inteligibilidad y de la mejor utilización posible de la obra.

Con el uso de los estudiantes esta exégesis del código no está entonces desprovisto de método, no más de lo que lo está un segundo trabajo, debido a la pluma de otro abogado, cuyo nombre quedó totalmente en el olvido: Delsol publica aproximadamente en la misma época (en 1854) una *Explicación elemental del Código civil en relación con la doctrina y la jurisprudencia*, cuyo éxito en el círculo de los estudiantes es igualmente grande. Lo que sugiere que éstos últimos seguían los cursos orales de sus profesores antes de lanzarse, no en sus comentarios, ¡pero en las más pedagógicas repeticiones redactadas por abogados de ejercicio! Ahí incluso el éxito de Delsol reposa en su método, que Berriat-Saint-Prix pudo calificar de “mixta, o dogmática limitada”, porque el autor “formula un conjunto de principios correlativos a la serie de artículos que viene de transcribir”.

c) Los grandes comentaristas: Duvergier, Marcadé, Pont y Troplong

Varios abogados de ejercicio no dudaron en lanzarse a escribir trabajos de una amplitud considerable, porque se trata en su caso de verdaderos comentarios y no de simples repeticiones. Citemos primero al san simoniano Duvergier: nacido en 1792, fue Presidente del Colegio de abogados en París, presidente de sección en el Consejo de Estado y finalmente guardia de Sellos al final del segundo Imperio, cuando tenía cerca de 80 años. Su obra doctrinal es importante. Publica primero una *Colección de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y opiniones del Consejo de Estado*, comenzada en 1824 y la que conocerá un persistente éxito en el círculo de los abogados de ejercicio. Es sobretodo el continuador, elegido en 1832, del famoso tratado de Toullier. Pero ese trabajo no será jamás terminado, porque Duvergier lo abandonará luego de la publicación de 7 volúmenes. ¡Al menos retendremos que en el siglo XIX un gran profesor no duda en designar a un abogado para continuar su obra!

Marcadé tendrá también una gran audiencia, en particular con su *Explicación teórica y práctica del Código Napoleón*, iniciada en 1841 y cuyo número de volúmenes irá creciendo a medida de las ediciones. Según un ambiguo cumplido de Duvergier, este comentario contiene “buenos modelos de alegatos hechos y de juicios redactados”. Y la Facultad, que le reprocha a su autor el hecho de generar controversias a ultranza, confinará el trabajo a un éxito en el ámbito de la práctica. Y aquella preferirá su continuador en la persona de Paul Pont (1808-1888).

Marcadé desaparece prematuramente en 1851, a la edad de 44 años, después de haber sido durante algunos años abogado en la Corte de casación. Lo sucede entonces un magistrado más moderado, que no aprecia mucho los ataques personales a los cuales Marcadé se dejaba llevar (especialmente en contra de Toullier). Pero Pont no reniega el fondo de un trabajo que admira. No vuelve en ningún caso a un método que pretende estar a medio camino de la exégesis y la síntesis. Tampoco critica el carácter deliberadamente “elemental” de la *Explicación* (sobre la cual Marcadé se había largo tiempo explicado), porque tiene la voluntad, no de atenerse a un comentario gramatical del código, sino de explicar los principios o “elementos” que lo

sobreentienden, sin preocuparse demasiado de lo que llama las “circunstancias filosóficas”, es decir en suma ¡los elementos exteriores al derecho positivo!

Pont tiene más valor que el olvido en el cual ha caído hoy en día⁸⁷. A diferencia de numerosos jurisconsultos de su época, no se compromete en política, pero esto no le impide ejercer una influencia discreta y profunda en el mundo jurídico. Lo encontramos así en 1851, al lado de Marcadé y de Demolombe, en el origen de la *Revista crítica de jurisprudencia*. Y cuando ésta se fusiona dos años más tarde con la *Revista de legislación y jurisprudencia* (fundada en 1834 por Wolowski), Pont se convierte en el director oficial de la nueva publicación, la *Revista crítica de legislación y jurisprudencia*, que como sabemos tendrá el más glorioso de los porvenires. Pont escribirá numerosos artículos, pero sobre todo – y de manera regular – resúmenes doctrinales de las principales sentencias aportadas por las recopilaciones, inaugurando así lo que llamaron “el examen doctrinal de la jurisprudencia”.

Examen del que encontramos la huella cuando Pont actualiza el comentario de Marcadé. Los diferentes volúmenes del trabajo contienen numerosas referencias jurisprudenciales, pero explotadas a la manera de la época: los motivos de las sentencias son considerados como argumentos puestos al servicio de un razonamiento más vasto, que por lo demás la mayor parte del tiempo se aleja de la letra del código, así como Marcadé lo había él mismo reivindicado desde 1846.

Pero su sucesor no se limita a esta sola puesta al día. Entre los escritos personales de Pont, retendremos uno que ocupa un lugar original en el espectro doctrinal: Pont participa en la publicación de los *Códigos franceses anotados*, que dan “la indicación de la jurisprudencia más reciente sobre las principales cuestiones suscitadas por los textos”. Se trata de una obra de compilación despreciada por los grandes profesores de la época, pero útil para los abogados de ejercicios del siglo XIX, los que sólo dispusieron muy progresivamente de una documentación exhaustiva y de calidad sobre las sentencias.

Pont es entonces el modelo de jurisconsulto contemporáneo. Autor de un reconocido tratado y de numerosos artículos sobre casi todos los temas, generalista del derecho civil y del derecho comercial, director de uno de las más prestigiosas revistas y consejero en la influyente Corte de casación, hace el nexo entre la Escuela y el Palacio, ¡lo que confirma su calidad de miembro del jurado de admisión de las facultades de derecho en 1868, 1870, 1880, 1882 y 1884! Pont acumula también los honores, Pero conoce un poderoso rival en la persona de Troplong, cuyas obra y carrera eclipsaron su gloria.

Raymond-Théodore Troplong es todavía un magistrado que, sobre el plano estrictamente doctrinal, no tiene nada que envidiarle a los miembros más prestigiosos de la Universidad. Porque los afronta en su propio terreno, el de la teoría. Ciertamente muchos de ellos lo menosprecian, pero en su caso, ¡siempre es difícil saber si lo desprecian como jurista o debido a sus nexos con el poder político!

⁸⁷ V. la educativa reseña que le consagra Mérignhac: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, t. 18, 1889, p. 729 s.s.

Este autor conoció un recorrido singular⁸⁸. Nacido en 1795, proviene de un medio modesto. Maestro de estudios en un colegio de una pequeña ciudad del sur de Francia, luego asignado como prefecto, integra la magistratura en 1819 y encuentra un puesto en Bastia, en donde aprovecha la biblioteca municipal situada en el mismo recinto del Palacio de Justicia, para completar su formación jurídica e histórica: ¡no se sabe si es verdaderamente titular de una licenciatura en derecho! En su momento, Troplong se vuelve bonapartista. Nombrado seis años más tarde abogado general en la Corte de Apelación de Nancy, emprende la tarea de seguir la obra de Toullier, pero de su propia iniciativa: y no es sin complicaciones que en 1833 hace publicar un comentario en 4 volúmenes del título del código civil consagrado a los privilegios e hipotecas. Aparecerán a continuación, hasta 1858, los 28 volúmenes de lo que se convertirá en el *Derecho civil explicado siguiendo el orden de los artículos del Código desde y comprendiendo el título de la venta*.

El trabajo conoce desde sus orígenes un inmenso éxito y su reputación parece incluso superar las fronteras. En 1835, Troplong es nombrado en la Corte de casación. Su notoriedad doctrinal le vale además su elección en el Instituto en 1840 y en la Cámara de los pares en 1846. Pero aunque convertido en notable, es reputado liberal y si se inquieta por la “revolución social” de 1848 es porque amenaza con poner fin a las libertades civiles: publica así dos opúsculos en donde defiende el derecho de propiedad en cuanto derecho natural y alaba el espíritu democrático del código civil.

La elección de Luis Napoleón Bonaparte a la presidencia de la República lo convierte en primer presidente de las Corte de Apelaciones de París (gracias al apoyo de su amigo Odilon Barrot, nombrado Ministro de Justicia). Troplong apoyará entonces el régimen de manera indefectible, pero con su integridad y convicción, convirtiéndose en el teórico del cesarismo. Luego de haber participado en la redacción de la nueva constitución del 14 de enero de 1852, se encuentra como vicepresidente del Senado en donde vota a favor del senadoconsulto que propone reestablecer el Imperio. ¡Antes del fin de ese mismo año, es nombrado Primer presidente de las Corte de casación al mismo tiempo que presidente del Senado! Apenas en algunos meses, Troplong se convierte en uno de los personajes más influyentes del Estado. Y lo seguirá siendo, pero sin ejercer una real influencia política hasta su muerte en 1869.

Los republicanos no lo perdonarán, en particular Valette, encarcelado a petición propia luego del golpe de Estado del 2 de diciembre. Lo mismo ocurre con Acollas, quien escribirá en 1885 que no se encuentra en “los comentario de M. Troplong huella alguna de doctrina jurídica”. El juicio es excesivo con respecto de una obra que tiene un carácter casi emblemático⁸⁹.

Como la mayoría de sus contemporáneos, Troplong trabaja el código civil, pero a la manera de los historicistas provenientes de la *Thémis*: éstos decidieron de movilizar la historia (y en general la más antigua) para conferir su legitimidad política a

⁸⁸ Recientemente, Giudicelli, A: “Bibliographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong”, *RHFD*, nº 20, 1999, p. 93 s.s.

⁸⁹ En favor de su rehabilitación: Rémy, Ph.: “Préfaces de Troplong, Préface aux préfaces”, *RHFD*, nº 18, 1997, p. 161 s.s.

un código ¡al que se le reprocha el hecho de ser el producto de la filosofía de las Luces! En un artículo inaugural de la *famosa Revista de legislación y de jurisprudencia* (de la cual es uno de los principales colaboradores), Troplong defiende significativamente “la necesidad de reformar los estudios históricos aplicables al derecho francés”. Y la referencias históricas se encuentran naturalmente a cada página de su tratado, en donde procede un poco a la manera de los glosadores, pidiéndole ayuda a una impresionante conjunto de autores de todas las épocas ¡cuyas teorías son avanzadas y discutidas sin la menor preocupación por la cronología! Pero como se pudo escribir, “este montón de opiniones está aquí para *enriquecer la glosa del Código y reubicarlo en una tradición sabia*, no para elaborar una «ciencia del derecho» autónoma”⁹⁰.

La obra de Troplong es mucho más rica que la de sus pares, dedicados como él a la exploración minuciosa del código civil. Pensamos acá a Larombière, a quien una brillante carrera en la magistratura lo lleva a la Corte de casación once años después de la primera edición, en 1857-1858, de su *Tratado teórico y práctico des las obligaciones* en 5 volúmenes: pero en su caso, la exégesis del código civil conoce menos elementos filosóficos que bajo la pluma de Troplong. Pensamos incluso en el *Comentario teórico y práctico del código civil* en 12 volúmenes, que publica al extremo final del siglo XIX Théophile Huc, un antiguo profesor convertido en magistrado. Mientras que Troplong estaba acorde con su tiempo, Huc parecía retardatario: aunque comprendió que el código civil debía ser estudiado en relación con todas las otras ramas del derecho (constitucional, administrativo, fiscal, etc.), diserta todavía a la manera antigua y en la ignorancia de la renovación intelectual que lo envuelve.

Pero poco importa, en definitiva, porque sea cual sea la envergadura doctrinal de los autores, su obra aclimató a los Franceses al código civil al mismo tiempo que rehabilita a los doctores: estos exploradores hicieron prevalecer las grandes calidades de espíritu, y que son bien cercanas, a pesar de la divergencia de escritos y caracteres.

B. LA UNIDAD DE ESPÍRITU DE LOS AUTORES

La leyenda se apoderó de los exploradores del código para atribuirles ciertos rasgos un poco imaginarios (1°). Pero un estudio histórico más acabado permite señalar referencias que les son realmente comunes (2°).

1°) Rasgos comunes parte de la leyenda

Primera idea a combatir: la mayoría de los exegetas habrían estado considerablemente alejados de los grandes debates que agitaban a la sociedad de su tiempo. Es inexacto e incluso no es certero que se pueda constatar en esa época “una ruptura entre el orden socio-jurídico y las aspiraciones socio-económicas”⁹¹, en otros

⁹⁰ *Ibid.*, p. 183.

⁹¹ Arnaud, A.J: *Les juristes face a la société de XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 7.

términos un desajuste entre la corporación de juristas y la evolución de la sociedad civil. Ciertamente los exegetas no interpretan el código civil en función de las necesidades sociales ¡pero esto no significa de ninguna manera que se desinteresen de la sociedad en la cual viven!

Si es verdad que la cuestión social no les preocupa mucho es porque tampoco le preocupa a la sociedad francesa, que se demorará casi un siglo en digerir el sismo *político* de la Revolución. Y cuando hará su aparición en intervalos, los juristas sabios sabrán interesarse, incluso si continúan comentando el código. El mismo Huc reconoce que no pudo obviar de las leyes sociales.

Y si no son sociólogos (pero la sociología no existe todavía), la mayoría de los comentaristas del código están al mismo nivel con su siglo, del que comparten las aspiraciones y las contradicciones. La resistencia, discreta pero certera, del liberal Toullier en relación al poder imperial no es todavía la opinión de la mayoría de sus contemporáneos. Las convicciones realistas de Delvincourt no contrasta con el Estado de espíritu de numerosos franceses bajo la Revolución. En cuanto a Troplong, éste es bastante representativo de la opinión burguesa de su tiempo, no sólo cuando procedió a una interpretación del código civil que se pudo calificar de Luis-Philipparde, en razón de su constante búsqueda del justo medio, pero también cuando teme (en 1848) que no se vuelva a las libertades civiles adquiridas a un alto precio.

¿Los exegetas estarían entonces al servicio de la clase burguesa? Notemos primero que sus orígenes sociales no los sitúan de golpe en la burguesía. Ciertamente el estatus de profesor de derecho, de magistrado o de abogado hacen de ellos unos burgueses, pero sin que sus sueldos les permitan siempre integrar la burguesía de dinero (ciertos profesores, en particular, emitían consultas sin exigir remuneración). Retengamos enseguida que, si no se encuentra entre ellos a ningún autor marxista, algunos se comprometen muy claramente con el lado de la revolución social de 1848: Valette y Demante son también figuras políticas de la II República. En cuanto a Émile Acollas, a quien debemos de todas formas los cuatro volúmenes de un *Comentario filosófico y crítico del código Napoleón* publicado en 1874 y 1875, es bajo el segundo Imperio un republicano militante, cercano de los tres Jules (Favre, Ferry y Grévy); y uno de sus ensayos sugiere de refundir el conjunto de los códigos Napoleónicos “desde el punto de vista de la idea democrática”.

Es verdad que el nombre de Acollas no es citado cuando se habla de la “Escuela de la Exégesis”. Pero, y acá radica la segunda idea a combatir, esta escuela no tiene verdaderamente la consistencia que le es atribuida o más bien es de geometría variable: sus contornos varían en función de lo que los autores del siglo XX querrán demostrar a continuación, a saber la estrechez de espíritu de sus representantes, donde debe tenerse por un hecho cierto que no procedieron sino a una lectura servil de los artículos del código civil. Que se descubra a un jurisconsulto

clasificado entre los exegetas, que no está tan limitado como se suponía, y lo haremos salir de la Escuela, ¡lo que termina por reducirla a una cáscara casi vacía!⁹²

Tomemos el ejemplo de Toullier: es en principio uno de sus precursores. Pero bajo esta reserva de envergadura que el primer volumen de la 3ª edición de su *Tratado*, publicado en 1823, está enteramente consagrado a la filosofía política, porque critica severamente al régimen imperial (que lo censuró) y elogia la Carta, ¡bajo la autoridad de la cual entiende ubicado el comentario del código civil! ¿Forma entonces Toullier realmente parte de esta Escuela? Algunos lo dudan⁹³. Del mismo modo, cuando un autor se interesa de cerca de la jurisprudencia, su calidad de exegeta es puesta en dudas (como es el caso de Demolombe), ver incluso francamente denegada (como es el caso de Valette, ¡del cual algunos harán más tarde un precursor de sus propias ideas!).

En cuanto a Troplong, éste presenta esa característica de “filosofar” largamente en sus prefacios (algunos superan las cien páginas) y ¡de proceder a digresiones a lo largo de veintiocho volúmenes de su comentario! Por eso entonces hace “dudar de ubicarlo junto al nombre de los exegetas”⁹⁴ ... por su lado, Aubry y Rau no siguen el esquema del código, etc.

En realidad, los jurisconsultos que se interesaron en el código civil – a menudo por obligación profesional, porque los programas oficiales les imponían de enseñarlo – no tienen nada que envidiar a la galería de los que Francia pudo producir antes o después de ellos. Y no hay más que algunos autores de esta época para haberse limitado a un paráfrasis de sus artículos. El particularismo de los exegetas está ausente, porque esos exploradores están unidos por algunas referencias comunes en donde podemos discernir, esta vez con mayor verosimilitud, una *escuela del código*.

2) Referencias realmente comunes

Los exegetas comparten la preocupación principal de entregarle a los abogados de ejercicio los medios técnicos para utilizar el código civil. En defecto de ser teóricos (a), debaten al menos sobre la mejor manera de enseñar este código y con un gusto cierto por la controversia (b). Pero se ponen de acuerdo para relegar la jurisprudencia a un rol modesto (c) y para darle un sentido ambiciosos a su propia actividad: forjar principio a partir del código (d).

a) La ausencia de espíritu especulativo

Los exploradores del código no son teóricos en el sentido que no teorizan sobre el derecho. Incluso en los prefacios de Troplong, la filosofía sigue siendo considerablemente superficial y no resistiría un solo momento delante de un tribunal de

⁹² Sobre este punto, Jestaz, Ph. y Ch. Jamin, “En réalisant Eugène Gaudemet”, présentation de la réédition de E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (1935), La Mémoire de Droit, 2002, esp. p. 14 s.s.

⁹³ Gaudemet, *op. cit.* p. 71 y 72.

⁹⁴ Arnaud, *op. cit.* p.56.

filósofos. Está hecha de un pura acumulación de citas, destinadas lo más seguido a demostrar el carácter transaccional del código. Que se haya calificado a Troplong de “filósofo” de los exegetas prueba en definitiva una sola cosa: ¡que sus pares lo eran bien poco!

En efecto, las introducciones de los diferentes comentarios y tratados son bastante pobres, se limitan en general a algunos básicos párrafos sobre un derecho natural, que es la mayor parte del tiempo, de origen divino y “gravado en el fondo de los corazones” (según una fórmula bastante difundida que los autores, en general católicos, extraen de San Pablo). Pero este derecho natural no es de ninguna ayuda en el periodo siguiente. Se trata por lo demás de un rasgo característico de este siglo que no razona más que en aval del código, incluso cuando pretende querer escaparse: tan pronto como formuladas algunas reflexiones generales, los autores llegan a la presentación del código civil, la que se inscribe en el fondo de una tradición positivista.

Demolombe resume bastante bien el estado de espíritu general cuando escribe, a propósito de la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, que “no tiene la intención de sostener acá una vana discusión filosófica, es decir, del derecho más esencialmente dirigido hacia un objetivo de aplicación útil y práctica”⁹⁵.

Pero esta preocupación, común a todos los exploradores del código civil, no implica que su trabajo se realiza sin método alguno: éste está claramente expresado y le proporciona incluso un importante tema de controversia entre otros.

b) El gusto de la controversia

No solamente los exegetas se disputan, sino que la controversia forma parte de su método: hay controversia entre todos los autores de todas las épocas. No es raro ver a un tal jurisconsulto romano debatir con un jurista del siglo XVI o del siglo XVII, Cujas frecuenta a Ulpiano y llega hasta Pothier al verse contradicho por Papiniano... ¡Los exploradores del código parecen imitar a los glosadores!

Dejando de lado las controversias sobre el derecho sustancial, retendremos sólo las que conciernen directamente nuestro tema. El debate se centra primero sobre el modo de exposición formal del código. Sus exploradores discuten largamente sobre los méritos respectivos del comentario exegético, bastante cerca de los textos y de la síntesis. Y si la mayoría de ellos aceptan en definitiva lo que ellos llaman un “método mixto” (Toullier, Duranton, Marcadé y Pont, etc.), algunos eligen francamente la síntesis (Aubry y Rau), mientras que otros se pronuncian de manera igualmente clara por el comentario (Demolombe, en los hechos y a pesar de sus preferencias, Troplong, Larombière y Huc).

El debate continúa enseguida sobre las preguntas ideológicas, con consecuencias políticas en segundo plano, como lo muestra la disputa del derecho romano. Es acá en donde la mayoría de los exegetas se comporta decididamente

⁹⁵ Demolombe, Ch: *Cours de Code civil*, t.1, Durand, 1ª ed., 1845, n° 8.

como glosadores: buscan la autoridad de la “razón escrita” universal, que el Digesto supone expresar; de aquí el florecimiento de libros que toman el nombre de *Instituciones* o de *Pandectas*. Ninguna preocupación, entre estos autores, por una búsqueda histórica o erudita, ninguna voluntad de respetar cronología alguna: el derecho romano está acá sólo para reforzar la legitimidad técnica y política del código civil. Sin embargo este recurso al derecho romano no es la unánime: incluso sin hablar de los partidarios de la *Thémis*, que desean promover el estudio “científico”, algunos autores son testigos de una sociedad “arcaica” demasiado alejada de las ideas que promueve una Francia moderna.

La misma ambigüedad se encuentra a propósito de Pothier, que suscita otra controversia. Los autores de principios del siglo XIX no se preocupaban mucho de él. Pero el regreso de los realistas en los asuntos conlleva una discusión *política* del código civil: para alumbrar un contra fuego, los exegetas le atribuyen entonces la paternidad a Pothier, hombre del Antiguo Régimen y que encarna *a priori* la tradición francesa. Son publicadas en este sentido numerosas obras, que vuelven a poner a la orden del día los trabajos de Pothier: Bugnet asociará su nombre para numerosas generaciones de juristas. Pero la autoridad reconocida en los sucesivos al padre del código civil será contestada en su momento por los partidarios de una Francia que quiere entrar al mismo nivel de la modernidad del siglo XIX. Troplong por ejemplo incrimina a Pothier, por estimar que sus ideas ya tuvieron su momento. A decir verdad, no será seguido y Pothier continuará siendo una útil referencia, un poco como los trabajos preparatorios del código y quizás mejor que ellos. ¿No es más ordenado, como lo escribe Marcadé, que los redactores del código civil, los cuales habrían debido elegir según el esquema de exposición?⁹⁶

Más allá de las divergencias, los exegetas están al menos de acuerdo sobre el objetivo común que se asignaron: *aclimatar* la sociedad francesa al código⁹⁷. Esta preocupación explica también el estatus que le atribuyen, no más a los precedentes históricos sino que a la jurisprudencia.

c) La relegación de la jurisprudencia

En la época de los exegetas, la jurisprudencia no es todavía estudiada por ella misma, sino simplemente como un elemento que permite comprender el código. No es entonces sino un argumento de apoyo a su servicio, de manera que no hay lugar para analizarla en sus menores detalles ni de manera sistemática.

El mismo análisis presentaría incluso a sus ojos un defecto mayor, completamente olvidado en nuestros días, pero que explica el éxito mitigado de la jurisprudencia durante los primeros años del siglo XIX: ¡el de reintroducir el desorden en el lugar mismo en donde el código civil había entendido poner orden! Seguir la jurisprudencia en sus meandros, y una jurisprudencia que no se identifica todavía a los

⁹⁶ V. sobre el rol de Pothier en el siglo XIX, Halperin, J.L.: “La lecture de Pothier par la doctrine du XIXe siècle”, en Monéger, J.L.: Souriou et A. Terrason de Fougères (sous la dir.), *Robert-Joseph Pothier, d’hier à aujourd’hui*, Economica, 2001, p. 65 s.s.

⁹⁷ V. el estudio general de Rémy, Ph: “Le rôle de l’exégèse dans l’enseignement du droit au XIXe siècle”, *RHFD*, 1985, n° 2, p. 91 s.s.

solas sentencias de la Corte de casación, es hacer penetrar de manera incidental la diversidad de hechos en la unidad del derecho querida por los codificadores. Ahora bien, los exegetas son hombres de orden: la jurisprudencia debe servirle al código.

Además, hay que decir que estos jurisconsultos no le tiene todavía una gran confianza al juez (al menos al punto de vista doctrinal), porque no creen que sea posible extraer principios jurídicos a partir de decisiones que son seguidas motivadas por circunstancias puramente de hecho.

Y hay algo más trivial todavía: todos se acuerdan de los propósitos amargos de d'Aguesseau sobre las recopilaciones de sentencias, "que muchas veces tienen más autoridad de lejos que de cerca", de tantas aproximaciones y errores que contienen. Ahora bien, como lo veremos⁹⁸, la edición de recopilaciones fiables no hace sino comenzar a la época de la exégesis.

En total y así como lo escribe Troplong, que es bastante representativo de sus pares, la jurisprudencia no representa nada más para el jurisconsulto que "el espectáculo de la ley en acción". Sólo sirve para aclarar el sentido y delimitar su alcance. Incluso si el número de sentencias es creciente en los tratados y comentarios, la primacía del código no está de ninguna manera puesta en dudas: la jurisprudencia no tiene todavía valor *en si*.

Aún más porque debajo de la jurisprudencia no está solamente la ley sino que con mayor razón los *principios*, que todos los autores de la época ubican debajo de la ley misma: tanto los legisladores como el juez son quienes se supone que deben poner en marcha los principios. Con esta noción, tocamos el corazón de la doctrina del siglo XIX, si es que no es el corazón de la doctrina, simplemente. Es en efecto sobre los principios – y principalmente sobre ellos – que se hace de manera discreta, pero certera, la unidad de la escuela del código.

d) La búsqueda de principios

Si los exegetas desconfían un poco de la jurisprudencia, esto no quiere decir que se desinteresen de los problemas concretos. Bien por el contrario, están siempre en busca de ejemplos y si los que proveen las decisiones de justicia parecen muy fácticos y no son suficientemente explícitos, ¡inventarán otros mejores! Pero al otro lado de la mesa, también inventan principios. En suma, los exegetas fueron a la vez, de *fabricantes de casos*, y bajo el alero de principios, *fabricantes de principios*.

Sea cual sea el método que utilizan (exegético puro, sistemático o intermediario), todos los exegetas tienen en común este objetivo: no hay un sólo autor de la época que no pretenda fijar principios, incluso los que escriben simples *Repeticiones* para presentarles los artículos del código civil a los estudiantes. Es lo que ocurre con Moulon, quien entiende establecer "principios generales", o de Delsol quien pretende extraer "un conjunto de principios". Aún mejor, los principios que tienen por

⁹⁸ V. *infra*, p. 101 s.s.

vocación ordenar el conjunto de saber jurídico, del que constituyen en alguna manera el punto de llegada. Toullier lo expone de manera explícita en la 1ª edición de su comentario, publicada en 1811: “Mi método no es para nada el de los hombres sabios que me precedieron. *Busqué primero los principios de la teoría y procuré extraerlos no solamente de la historia, de la comparación de nuestras nuevas leyes con las antiguas, de las leyes romanas, e incluso algunas veces de las legislaciones vecinas...*”.

A pesar de todo, los principio no son la expresión del derecho natural: forman parte del derecho positivo, en la medida en que el código contribuye a establecerlos. Podrían multiplicarse los ejemplos en este sentido, bajo la pluma entre otros de Delvincourt, Proudhon o Marcadé. En realidad, son casi todos los exegetas franceses quienes buscan fijar principios, más allá de las disposiciones literales del código, pero por su intermediario. En cuanto al jurista belga François Laurent, quien prolonga en 1881 la obra del los exegetas franceses, es igualmente claro cuando ve en el derecho “una serie de principios que se extraen de la ley o que se deduce de ésta”. De manera significativa, su voluminoso comentario del código (que comprende 33 tomos) se titula *Principios del derecho civil francés*. Por lo demás, es así como lo entenderá la Corte de casación: se puede destacar desde 1873, una sentencia de la Cámara de admisibilidad del recurso de casaciónn haciendo referencia no ya a ciertos artículos del código civil, sino que los *principios* provenientes de esos artículo⁹⁹, y existen probablemente decisiones más antiguas que van en el mismo sentido.

En todo caso no hay que confundirse respecto del estado de espíritu de los exegetas: cuando comparen ciertas disposiciones del código civil o proceden por inducciones y deducciones a partir de tal o cual artículo, no es por preocupación de mantenerse sólo en la gramática de los textos, ni por admiración beata o ingenua de una codificación que habría, en alguna manera, absorbido al derecho natural, sino porque entienden *sobrepasar* la letra del código con el fin de extraer principios. En efecto, y a diferencia de lo que preconizará más tarde Saleilles, no quieren sobrepasar el código mismo: decididamente legalista, su búsqueda de principios no aspira sino a darle su pleno significado. Esa es la tarea primordial que legitima su trabajo de autor.

Se trata acá en efecto de una apuesta mayor, consistente en saber si los doctores pueden pretender erigir en *ciencia* el derecho que deducen del código: y la respuesta afirmativa se sostiene únicamente en que, bien antes del triunfo de la Escuela llamada científica, los exegetas, se dedican a deducir y a fijar principios. Demante lo proclama claramente, cuando se entrega a sus reflexiones sobre la formación de estudiantes: “lo que hay que enseñarles es que resuelvan ellos mismos las diversas cuestiones que se presentan todos los días bajo nuevas caras; y para esto, hay que iniciarlos en el *conocimiento de los principios que constituyen la ciencia*”¹⁰⁰. Esta misma razón explica porqué Marcadé aprecia tanto la materia de las obligaciones (que se sigue pensando hoy en día – hecho significativo – que está en el centro del derecho civil): “es sobre todo para esta parte del Código que deberá

⁹⁹ Req., 30 Julio 1873, S. 1873, 1, p. 448.

¹⁰⁰ Demante, A.M: *Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, Alex-Gobelet, t.1, 1830, p.VIII.

encontrarse en los comentarios un sano método, divisiones lógicas, soluciones racionales sobre las cuestiones capitales; en una palabra, todo lo que puede merecer un conjunto de doctrinas el nombre de *ciencia*¹⁰¹.

Gracias a esta ciencia, los exploradores del código -quienes se convirtieron entonces en científicos a sus propios ojos -pueden construir un sistema jurídico y un sistema armonioso que no contiene ya ninguna laguna ni zona oscura: habrá siempre un principio del que podrán prevalerse cuando los textos permanezcan silenciosos frente a una u otra cuestión práctica. Por lo demás, es frecuente que los exegetas entreguen al público comentarios razonados: que se piense por ejemplo en la *Teoría razonada del Código civil* de Taulier, en donde éste entiende ¡“restituir a la ciencia del derecho civil el contenido de pureza que la vuelve bella!”¹⁰², *In fine* la función reguladora de los principios así descubiertos permite sostener que el código civil ocupa la totalidad del espacio jurídico y se identifica con el derecho civil.

Así promovido al rango de ciencia, la búsqueda de principios presenta entre otras ventajas la de permitir la creencia en el respeto de la legalidad¹⁰³, aunque los exegetas se toman a veces algunas libertades con ella: ¡los principios no contradicen el código porque éstos son deducidos a partir de aquel! De hecho pueden ejercer una función subversiva, pero bien difícil de poner al día, porque el principio que se opone una disposición del código será él mismo proveniente de otra de dichas disposiciones...

El procedimiento tiene todavía la ventaja de no expresar ninguna subjetividad aparente; por el simple enunciado de principios, provenientes de la planificación de los múltiples artículos de un código constituido en sistema, los exegetas se limitan – en teoría – a descubrir una racionalidad que los supera, la cual es inherente al derecho. De ahí la impresión de neutralidad axiológica, de la cual lo menos que puede decirse es que no concuerda con la biografía de los juristas plenamente implicados en su siglo. Pero esta neutralidad de fachada fue con mayor razón más fácilmente mantenida por el hecho que iba a convertirse poco a poco en la base misma del poder doctrinal. Su neutralidad permite en efecto a los autores de ser a la vez quienes enuncian los principios y quienes son los mejores guardianes, eso sin incurrir en el menor reproche ¡porque se limitan a *describir* alguno externo a ellos!

En esta época sin embargo (recordemos que se trata, grosso modo, de la primera mitad del siglo XIX), los principios supuestamente gobiernan por sobre la jurisprudencia, porque ésta viene *sólo después* de la elaboración de aquellos. La misma visión le prohíbe entonces al juez extraer él mismo nuevos principios y en la práctica le impide también introducir la referencia a las necesidades sociales en la interpretación del código. Es sobre este punto que los sucesores de los exegetas romperán con ellos, cuando se entregarán a la exploración de la jurisprudencia.

¹⁰¹ Marcadé, V: “Le code civil et ses interprètes”, art. citado, p. 289 (el destacado es del autor).

¹⁰² Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, t.1, A. Delhomme, 1840, p. 5.

¹⁰³ En este sentido, Béchillon, M: *La notion de principe général en droit privé*, PU Aix-Marseille, 1998, p.135.

□ **2 LA EXPLORACIÓN DEL LA JURISPRUDENCIA**
(segunda mitad del siglo XIX)

Prólogo: los nuevos comentaristas de sentencias

En el espíritu de los exegetas, la jurisprudencia no venía sino como complemento del código civil y de los principios. Es lo que van a discutirle sus sucesores, que ven en ella un objeto de estudio autónomo, susceptible de permitir por sí mismo la edificación de los principios y la elaboración de construcciones jurídicas de envergadura.

El origen de esta controversia es complejo. Se trata primero de una cuestión de generación: la que hace eclosión hacia 1850, para alcanzar su máximo esplendor en los últimos treinta años del siglo, viene después de los grandes trabajos de desciframiento del código y debe entonces adquirir una legitimidad intelectual, aunque esto fuera en oposición con sus predecesores.

Además, el código comienza a envejecer y ya no está en condiciones de dar soluciones a todas las cuestiones jurídicas nuevas, especialmente las que suscita el desarrollo de la sociedad industrial. Ahora bien, estas preguntas son muchas veces los jueces quienes las resuelve a través del contencioso que son llamados a resolver. Si los doctores no quieren ser sobrepasados por la historia en curso, ni desbordados por jueces cada vez más activos, requieren interesarse en las sentencias para intentar controlar el desarrollo.

Es entonces una lucha más o menos consciente por el poder -contra la generación precedente, contra los jueces-. lo que explica el interés creciente de los nuevos doctores hacia la jurisprudencia. Los civilistas se hacen comentaristas de sentencias en el sentido contemporáneo de la palabra: no se trata ya como antes de coleccionar las sentencias para llevárselas al conocimiento de los abogados de ejercicio, sino que de comentarlas.

Y este trabajo sobrepasa el ámbito del derecho privado. En derecho administrativo, la actividad relevante y particularmente creadora del Consejo de Estado hace emerger una nueva categoría de doctores a lo largo del siglo XIX, sobretudo durante el último tercio. Aquellos estudian su obra para intentar en su oportunidad dominarla sistematizándola.

Podemos afirmar que el análisis de la jurisprudencia interesa igualmente al derecho privado (A) como al derecho público (B).

A. EL ANÁLISIS EN DERECHO PRIVADO

El análisis de la jurisprudencia civil, que se desarrolla ampliamente en la segunda mitad del siglo XIX, fue precedida por dos acontecimientos precursores.

Intelectualmente primero, por influencia de la escuela histórica alemana sobre algunos autores franceses, que adoptan la ideología en el contexto nacional y que piensan las sentencias *como de la historia a la obra*. Podemos entonces decir que estos autores, en alguna medida, fundaron una “escuela histórica francesa”¹⁰⁴. Materialmente enseguida, por el mejoramiento de los soportes, porque las recopilaciones de jurisprudencia cada vez más confiables van a permitir conocer finalmente el tenor exacto de las sentencias.

A partir de ahí, los autores pueden comenzar lo que llamarán “el examen doctrinal de las sentencias”, entendiendo por esto un trabajo de sistematización por el cual literalmente inventan la jurisprudencia en el sentido actual: esta palabra ya no designa más la ciencia del derecho, sino que ahora designa al producto de la actividad de los tribunales, racionalizado por la doctrina.

Estudiaremos sucesivamente el desarrollo de la escuela histórica francesa (1°), el mejoramiento de los soportes (2°) y el “examen doctrinal de las sentencias” (3°).

1°) El desarrollo de una escuela histórica francesa

Desde la época de la exégesis, algunos autores ponen en tela de juicio los métodos de una manera ostensible y militante. No sin exagerar, le reprochan a sus pares el hecho de limitarse a un estudio gramatical y lógico de los textos, apoyados a lo más en una cultura libresca, para llegar al resultado de desarraigar el derecho francés de su historia y de su contexto político. También desean extender el horizonte de juristas por el estudio sabio del derecho romano y de la “jurisprudencia de las sentencias”. A partir de los primeros años de la Restauración, los juristas de la nueva generación fundan un movimiento que, pretendiendo ser deliberadamente competidor de la exégesis, encontrará una tribuna en la revista *Thémis* (a). Este movimiento alcanzará cierto éxito a lo largo del siglo XIX, porque autores como Wolowski, Fœlix y Laboulaye se exigirán para animar nuevas revistas militantes e intentar darle a los estudios jurídicos una orientación innovadora (b).

a) Los fundadores: alrededor de la *Thémis*

Liderado por jóvenes autores, el movimiento contestatario nace quizás de su aburrimiento: a comienzos del siglo XIX, la frecuentación de las facultades de derecho franceses no tiene nada de apasionante. El método del dictado no está hecho para entusiasmar los espíritus y la presentación del código artículo por artículo parece privilegiar más la memoria que la inteligencia. Es la época en donde el héroe de la *Educación sentimental* habla de su aburrimiento en ver a “trescientos jóvenes nobles,

¹⁰⁴ Según la expresión de Poumadère, J: “Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse”, en Journès, CJ (bajo la dirección), *La coutume et la loi, études d'un conflit*, PU Lyon, 1986, p. 97. Sobre esta escuela, cf. Gaudemet, J: “Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXe siècle”, *RHFD*, 1998, n19, p. 87 s.s.

cabeza desnuda, (que) llenaban un anfiteatro en donde una anciano disertaba vestido de rojo...¹⁰⁵.

En contraste, Alemania presenta todas las virtudes, porque a falta de un código civil que muchos no quieren, es posible dedicarse a la verdadera ciencia. Las universidades alemanas, erigidas como modelo, entienden formar jurisperitos más que gente de la nobleza, sabios más que praticiens. Sus maestros gozan entonces de un gran prestigio y sobretodo el Berlinés Savigny (1779-1861), fundador de la escuela histórica. Siguiendo en esto un movimiento más general, los jóvenes doctores franceses se vuelcan hacia Alemania, en donde por lo demás llegan de forma voluntaria, con la idea de renovar el pensamiento jurídico y primero la enseñanza oral en su país.

En la cabeza del movimiento encontramos a Athanase Jourdan (1791-1826)¹⁰⁶. Hijo de un convencional moderado, amigo de colegio de Víctor Cousin, éste sigue los cursos particulares dados por André Dupin, estudiando al mismo tiempo en la Facultad de derecho de París. Abogado a partir de 1812 y doctor en 1813, pierde (contra Bugnet) en el concurso para profesores suplentes abierto en 1822. Pero en esa época es uno de los fundadores y el principal animador de una nueva revista, creada en 1819, la *Thémis o biblioteca del jurisperito*, lo que no deja de suscitar reacciones bastantes aireadas, sobretodo en el círculo de los civilistas más clásicos...

Blondeau contribuye con Jourdan a la creación de esa revista. Nacido en 1784 en una familia de ricos curtidores provenientes de la ciudad de Namur, estudió en Bélgica antes de comenzar su carrera en Estrasburgo. Nombrado profesor suplente en la Facultad de derecho de París en 1809, Blondeau fracasa el año siguiente en el concurso por una cátedra. Se presenta nuevamente en 1819, a pesar de la oposición de sus colegas que le reprochan su particular manera de enseñar el derecho, pero después de diversas peripecias, consigue la cátedra de derecho romano.

Se encuentra entonces al lado de Ducaurroy, otro importante animador de la *Thémis*. Hijo de un abogado del Parlamento que había colaborado en el *Repertorio* de Guyot, se recibió como doctor en derecho a la edad de 23 años, en 1811. Ejerce entonces la profesión de abogado, antes de ser nombrado a su momento, aunque sin pasar por la vía normal del concurso, para una cátedra de derecho romano en París, enseñanza que conservará hasta su muerte en 1850. Es en el derecho romano que Ducaurroy consagrará la esencia de su obra, en una perspectiva que pretende ser

¹⁰⁵ Flaubert, G: *L'Éducation sentimentale*, (1869), ch. III. E igualmente, en una carta escrita a Ernest Chevalier en 1844: "... Escríbeme para contarme como te va y que es lo que estás haciendo. ¿Ves algunas veces a Oudot en tus sueños? ¿Sientes en tu pecho el peso de Duranton cuando tienes pesadillas? ¡Que linda invención la Escuela de Derecho para joderte! Es de seguro la más enkikanante de la creación..." (*Correspondance*, choix et présentation de B. Masson, Folio classique, 1998, p. 53).

¹⁰⁶ V. para una biografía más detallada, Bonnecase, J: *La thémis (1819-1831), Son fondatuer, Athanase Jourdan*, Sirey, 2ª. ed., 1914, esp. p. 198 s.s.

científica. Pero esto no le impide interesarse de cerca al derecho civil, especialmente en numerosos y virulentos escritos publicados en la *Thémis*, bajo las iniciales A.T.H.¹⁰⁷

Tres otros jóvenes completan el comité de reacción. Primero Demante, ya evocado y que después olvidará este compromiso de juventud. Luego Dufrayer, el más discreto de los fundadores, sin duda porque desapareció prematuramente-, luego de la creación de la *Thémis*, es profesor suplente en la Facultad de derecho de París, luego de haber enseñando en la ciudad de Coblenza. Finalmente y sobretodo el muy dinámico Warnkœing, quien estudió en las Universidades de Heidelberg y de Göttingen (en donde enseña Hugo, uno de los maestros de la escuela histórica), antes de ir a enseñar el derecho romano a la ciudad de Liège. Warnkœing, quien mantendrá durante mucho tiempo una correspondencia con toda Europa, será fiel a la *Thémis* e intentará incluso de lograr su publicación en Bélgica luego del deceso prematuro de Jourdan en 1826.

Al lado de los principales animadores, algunos autores jugarán un rol importante en la difusión de las ideas alemanas. Lermnier (1803-1857), que escribe a veces en la *Thémis*, es así un excelente conocedor de la escuela histórica. Su tesis de doctorado le permitió introducir en Francia las ideas de Savigny sobre la posesión y publica en 1829 una *Introducción general a la historia del derecho*, directamente sacadas de las ideas del maestro berlinés. Infatigable vulgarizador del pensamiento alemán en los medios liberales y san simonianos, le es conferida por la monarquía de Julio en 1831, una cátedra de historia general de las legislaciones comparadas en el Colegio de Francia.

Aunque alejados de la doctrina alemana, otros redactores de la *Thémis* llaman la atención: algunos de los primeros especialistas de derecho administrativo como Gérando, Cormenin o Macarel, vienen a exponer el esquema de sus cursos, sin hablar de Désiré Dalloz, uno de los futuros fundadores de la célebre Jurisprudencia general, que revela así su apertura de espíritu. Incluso Dupin, aunque más tarde acuso a la *thémis* de ser “una pequeña secta que se esfuerza de introducir el germanismo en Francia”, no deja de publicar dos artículos...

En pocas palabras, una fracción bastante amplia de la joven generación liberal parisina - la que se identifica con el periódico *El Globo*¹⁰⁸ y que a veces tiene conflictos con las facultades de derecho – pasará por la *Thémis* en un momento o en otro, entre 1819 y 1826, pero para realizar un programa que no deja de tener cierta ambigüedad.

Estos autores extraen de la escuela histórica alemana su ambición de renovar el estudio de la historia del derecho y más específicamente la del derecho romano. Se trata para ellos de terminar con la glosa de los textos de Cujas o Doneau y de volver a las fuentes romanas auténticas. Sin embargo no retoman a su cuenta la idea de un derecho proveniente del espíritu del pueblo (*Volksgeist*), ni tampoco la oposición virulenta de los autores alemanes a cualquier especie de codificación. Sobre este

¹⁰⁷ V. como un ejemplo de polémica, Demante, G: “Dupin Aîné et Ducaurroy”, *Revue critique de législation et jurisprudence*, nouv. Série, t. 23, 1894, p. 55 s.s.

¹⁰⁸ Sobre el cual, Globot, J.J: *La jeune France libérale, Le Globe et son groupe littéraire*, 1824-1830, Plon, 1995.

punto, podemos incluso decir que los autores de la *Thémis* se encuentran en las antípodas de la escuela alemana de la que repudian el fatalismo histórico. El estudio del derecho romano es para ellos el medio de restablecer la “cadena de los tiempos” (expresión muy querida por Klimrath), procurando hacer del código civil, no la obra exclusiva de Napoleón sino que el resultado de una larga tradición¹⁰⁹.

Si el código civil no es entonces a sus ojos el Alpha del derecho, no constituye tampoco el Omega: contrariamente a lo que se escribe más allá del Rin, ¡1804 no paró el curso de la historia! Para lo partidarios de la *Thémis*, el código es un texto a perfeccionar y hace falta en consecuencia reunir todas las opiniones propias a mejorarlo. Es lo que explica la parte creciente que ocupan en esa revista la comparación bibliográfica de las principales obras y sobretodo la parte consagrada a la “jurisprudencia de las sentencias”.

En todo caso la idea de proceder al examen de las sentencias es lanzada, pero en un espíritu particular. Sus partidarios no desean tanto acumular las decisiones de justicia para venir en ayuda de los praticiens, como de seguir, a través de ellas, la evolución en la interpretación del código. La jurisprudencia será claramente percibida como un elemento primordial de la historia en curso, pero de una historia que debe ser razonada, porque los jurisconsultos no sabrían derivar en casuistas¹¹⁰: la *Thémis* presenta entonces a sus lectores “tableros razonados” de jurisprudencia.

No estamos en definitiva tan lejos de los exploradores del código civil: para la *Thémis* se trata siempre de comentar el código, pero de otra forma. La prueba está quizás en que Blondeau, quien llevó la revista sobre los fondos bautismales, se convertirá en el ardiente alabador del método exegético cuando en 1830 sucederá a Delvincour en las funciones de decano de la Facultad de derecho de París. Ahora bien, Blondeau no cambió de dirección como más tarde Demante, porque lo encontraremos entre los continuadores de la *Thémis*.

b) Los continuadores: Fœlix, Wolowski y Laboulaye

La *Thémis* tuvo sus continuadores, que a decir verdad no están tan interesados en la jurisprudencia. Los mencionaremos sin embargo porque le aportaron al pensamiento jurídico y de manera de mostrar que el movimiento de ideas lanzadas al principio del siglo no tenía nada de incendiario.

Aunque fallecido en 1837 a la edad de treinta años, Klimrath merece ser citado por haber contribuido fuertemente a la crítica del método exegético. El definiendo la idea de un derecho iluminado por todas las luces de las ciencias históricas, filosóficas, políticas y económicas, *pero a pesar de lo anterior no rompe con el código*.

¹⁰⁹ Rémy, Ph: “La “Thémis” et le droit naturel”, *RHFD*, nº 4, 1987, p. 145 s.s.

¹¹⁰ Jourdan, A: “Coup d’œil sur l’Histoire de la Science du Droit en France, suivi de quelques réflexions sur la découverte d’un manuscrit de Gaius”, *Thémis*, t. 2, 1820, esp. p. 81.

Es en el mismo espíritu que Fœlix (1791-1853), abogado parisino de origen alemán, funda la *Revista extranjera de legislación y de economía política*, con el deseo de promover el estudio de las legislaciones extranjeras y de mejorar de esta forma el derecho francés. Su revista contendrá crónicas jurisprudenciales, pero no tan numerosas en los hechos. Dejará de aparecer con la muerte de Fœlix en 1853.

Otro inmigrante, Wolowski es también fundador de la revista. Nacido en 1810 en Varsovia, participa en las jornadas revolucionarias polonesas de 1830, lo que le cuesta ser enviado como diplomático a París por el nuevo poder, luego condenado a muerte por contumacia después que las autoridades rusas retomaron el poder... nacionalizado francés en 1833 y aliado a las ideas de Le Play, Wolowski será entonces abogado, ¡pero también diputado, profesor de legislación industrial y de economía política en el Conservatorio de artes y oficios e incluso fundador del Crédito hipotecario de París! En 1834 crea la *Revista de legislación y de jurisprudencia*, con la participación de reconocidos autores como Troplong, Blondeau, Royer-Collard, Valette e incluso Demolombe. Tan ecléctica como la *Fœlix*, la revista *Wolowski* – no le designarán nunca sino es bajo ese nombre – deberá su supervivencia a su fusión, en 1853, con la *Revista crítica de jurisprudencia*, creada dos años antes con un espíritu netamente más práctico. De esta fusión nacerá la más prestigiosa de las revistas generalistas francesas durante tres cuartos de siglo, la *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia*.

En 1855, una nueva revista toma explícitamente el relevo de la *Thémis*: es la *Revista histórica de derecho francés y extranjero*, fundada por Laboulaye (1811-1883). Este romanista que es entre otras cosas discípulo de Tocqueville, ocupa, desde 1849, la cátedra de “historia general y filosófica de las legislaciones comparadas” en el Colegio de Francia y tendrá una influencia considerable sobre la evolución del pensamiento francés. Como anécdota, Laboulaye es también, en nuestro conocimiento, el único profesor de derecho francés que tiene su propia estatua en Nueva York, erigida en reconocimiento de la idea que tuvo, y activamente apoyada, de ofrecerle a los Norteamericanos una efigie colosal representando la Libertad¹¹¹.

Discípulo de Savigny, Laboulaye no denigra sin embargo el código civil. Sin duda desea ligar el derecho actual a los veinte siglos que le precedieron. Pero evitando el hecho de ceder a la fatalidad de la historia. Participará todavía en 1870 en la creación de la *Revista de la antigua y moderna legislación francesa y extranjera*, en donde es posible encontrar el espíritu de la *Thémis* con cincuenta años de distancia.

Esta continuidad autoriza a hablar de una escuela histórica francesa, cuyas tesis prepararon, fuera esto de manera lenta o subterránea, el entusiasmo de los juristas hacia la jurisprudencia. Sin embargo, la exploración del ésta no habría podido realizarse sin el mejoramiento de los soportes.

¹¹¹ La estatua de Laboulaye (de porte normal) se encuentra en *Liberty Island*, a la cabeza de seis personajes quienes contribuyeron en gran parte al éxito de la empresa, siendo los otros cinco Bartholdi, Eiffel, Pulitzer, Hunt y Emma Lazarus. Debe notarse que, al igual que Moisés, Laboulaye no entró jamás a la tierra prometida, siendo la estatua de la Libertad inaugurada después de su muerte.

2º) El mejoramiento de los soportes

A comienzos del siglo XIX, el débil aprovechamiento de las sentencias se debe a varios factores, entre mucho de los cuales hay que contar un cierto retroceso del poder judicial frente a omnipotencia de la ley¹¹². Se agrega también el hecho de que la técnica de la casación ignora todavía la falta de base legal, lo que limita necesariamente el número de sentencias pronunciadas¹¹³. Pero sobretodo la rareza de las referencias a la jurisprudencia se debe a que las recopilaciones son de una bastante mala calidad¹¹⁴. No se distinguen de los mediocres volúmenes del Antiguo derecho, a los que d'Aguesseau no le otorgaba el más mínimo crédito y que los profesionales del siglo XVIII no siempre tenían en sus bibliotecas, ¡de lo desaconsejado que estaba su uso!

La primera mitad del siglo XIX será ampliamente consagrada al mejoramiento de las recopilaciones de jurisprudencia. Pero el año 1790 marca ya una fecha importante, porque la ley del 16-24 de agosto 1790 instituye una Corte de casación para el conjunto del territorio nacional: es posible entonces no limitar más el ámbito geográfico de una recopilación a un ámbito particular, antiguamente el de un solo Parlamento. Además esta misma ley obliga a los jueces a motivar sus decisiones, de manera que las personas encargadas de recolectar las sentencias no estarán más obligadas a asistir a las audiencias ¡para procurar transcribir los argumentos de hecho y de derecho sostenidos por las partes! Finalmente una ley, de fecha 27 de noviembre de 1790, ordena la impresión de todas las sentencias de casación. Bajo el Directorio, un decreto con fecha de 28 *vendémiaire*¹¹⁵ del año V ira incluso hasta prescribir de no dejar más estas sentencias bajo forma de hojas separadas debiendo reunirse en el seno de un boletín oficial.

Esta iniciativa facilitará la tarea de numerosos editores privados, quienes se encargan pronto de publicar las decisiones des las diferentes jurisdicciones para hacer conocer la interpretación del reciente código y cuyos lazos con la práctica son estrechos. Sus publicaciones, que conocen un gran auge en el siglo XIX, se dividen en dos grandes categorías.

a) La primera categoría privilegia una presentación *por orden alfabético*. Comprende los repertorios y diccionarios, que son de fácil manejo, pero condenados a frecuentes reediciones so pena de rápida obsolescencia.

¹¹² En este sentido, Serverin, E: *De la jurisprudence en droit privée*, PU Lyon, 1985, p. 74. Comp. Hilaire, J: "Jugement et jurisprudence", *APD*, t. 39, 1995, esp. p. 187, que deja en evidencia que el juez tuvo muy tempranamente el poder de interpretar la ley *in concreto*.

¹¹³ En este sentido, Beignier, B: "La conscience du juge dans la application de la loi au début du XIXe siècle. La jurisprudence au temps de l'exégèse", in Carbasse, J.M y L. Depambour-Tarride (bajo la dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, esp. p. 278.

¹¹⁴ Sobre este tema, Meynial, Ed: "Les recueils d'arrêts et les Arrêtistes", *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, Société d'études législatives, t. 1, 1904, esp. p. 177 à 183.

¹¹⁵ *Vendémiaire* (del latín *vindemia* "vendimia") es el primer mes del calendario republicano que comenzaba el 22 (o el 23) de septiembre (nota del traductor).

Este género comprende en primer lugar las Preguntas de derecho de Merlin de Douai, que dominarán hasta mitad de los años 1830. Pero hay que agregar (entre otros) la *Jurisprudencia del Código civil* de Bavoux y Loiseau, que conocerá numerosas ediciones (¡once sólo en el periodo de 1803-1807!): los autores estimaron, según el prefacio, ¡“que los mejores intérpretes de las leyes serían los tribunales” y que iban entonces a ofrecer una recopilación de sus decisiones a modo de comentario! Del mismo modo el *Diccionario de las sentencias modernas en materia civil y criminal, de procedimiento y de comercio*, publicada en 1814 por Dupin, Loiseau y Delaporte, parece encontrar un éxito aún mayor, al menos según ciertos redactores de la *Thémis*. Sus dos volúmenes tienen la particularidad de contener sólo sumarios de sentencias, conteniendo también la indicación de las diferentes recopilaciones en donde son recogidos. El método evoca aquel de los *Códigos anotados*, que son un buen medio de dar a conocer la jurisprudencia y van a multiplicarse pronto, encontrándose estas obras a medio camino entre las publicaciones alfabéticas y periódicas.

b) La segunda categoría de publicaciones consagradas a la presentación de las sentencias consiste en *recopilaciones periódicas*. Éstas, que privilegian la presentación por *orden cronológico*, van a jugar un rol considerable en la construcción del hecho jurisprudencial. Es en el curso de los años 1830 que estas recopilaciones o revistas toman su aspecto más o menos definitivo. Después de un periodo bastante largo de tentativas, marcado en particular por la búsqueda muchas veces difícil de decisiones de los jueces sobre el fondo, las nuevas ediciones terminan por ser satisfactorias.

Tres revistas se imponen más particularmente entre numerosas revistas editadas en esta época (se pueden encontrar una decena en París hacia 1820).

Primero el *Boletín del Palacio*, cuya primera edición remonta al año IX. Algunos decenios más tarde, su editor habrá optado definitivamente por la presentación cronológica y por la reproducción íntegra de las sentencias. Puede entonces afirmar, en 1842, que “ninguna sentencia, ni una sola, se nos puede haber escapado”¹¹⁶. Y Ledru-Rollin, en la misma edición, llama a la colaboración de los profesores¹¹⁷: deseo que será satisfecho en 1859, cuando Labbé dará a este boletín la primera de una larga serie de notas bajo sentencia¹¹⁸, inaugurando de esta manera el trabajo de *comentadores de sentencias* en el sentido contemporáneo de la palabra (el que comenta la sentencia).

Citemos enseguida la *Recopilación general de leyes y de sentencias*, que terminará por absorber al *Boletín del Palacio* en 1891, pero cuyos inicios habrán sido bastantes conmocionados. Publicado desde el año X, bajo forma de cuadernos mensuales, toma definitivamente este nombre en 1808, en el momento en que Jean-Baptiste Sirey (1762-1845) será en adelante el único en asegurar la dirección. Entre

¹¹⁶ Patris, F.F: “Avis de l’éditeur pour la troisième édition du Journal du Palais”, *Journal du Palais*, 3e éd. Par Ledru-Rollin, t. 1, 1842, p. VIII (son avis est daté de 1837).

¹¹⁷ Ledru-Rollin: “Coup d’œil sur les praticiens, les arrêtiistes et la jurisprudence”, *ibid.* p. IX s.s.

¹¹⁸ V. para un estudio general, Jamin, Ch: “Relire Labbé et ses lecteurs”, *APD* 1992, p. 247 s.s.

paréntesis, éste es un verdadero personaje de novela: antiguo sacerdote y vicario general del obispo de la ciudad de Perigueux, un tiempo secretario de Merlín de Douai, luego vinculado al comité de legislación de la Convención, se une con Tronchet, Sieyès y Bigot-Préameneu, antes de ser perseguido por el Tribunal revolucionario, que termina sin embargo por absolverlo luego de trece meses de privación de libertad. Bajo el Directorio, se le encarga en el ministerio de Justicia revisar las antiguas listas de inmigrantes, lo que le valdrá dejar los hábitos para desposar a la hija de uno de ellos, antes de convertirse más pacíficamente en el editor y abogado en la Corte de casación. Pero esta doble carrera no lo salvará de morir arruinado, perseguido por sus yernos por sombrías historias de dote, ¡mientras que su hijo será asesinado en duelo en el gabinete de una célebre cortesana! Pero cerremos el paréntesis: su recopilación, que fue retomado en 1831 por dos abogados, Devilleneuve y Carette adopta también el orden cronológico. Comprende dos partes de un volumen más o menos igual, la primera consagrada a la Corte de casación y la segunda a las cortes de apelaciones. No es sino en 1881 que se agregarán otra dos partes, significativamente dedicadas al Consejo de Estado y a la jurisprudencia extranjera.

Y está finalmente el *Boletín de las Audiencias*: éste toma en 1825 la denominación de *Jurisprudencia general del Reino*, cuando accede a su dirección Désiré Dalloz (1795-1869), abogado de la corte de casación que había adquirido primero un sólida reputación como civilista en Palacio. Esta recopilación parece desconfiar de la Recopilación general de las leyes y las sentencias de Jean-Baptiste. La presentación de las decisiones tiene lugar siguiendo un orden cronológico ya sea en su integridad, o bajo forma de sumarios y la política editorial es acotarlos, esto de manera breve y anónima, para no limitarse a un informe básico.

Hacia 1840, el objetivo que se habían fijado los editores a principios del siglo es más o menos conseguido: los nobles tienen a su disposición, bajo diversas formas, una documentación de calidad. Y en lo sucesivo todos los autores, ya sea provenientes de la Escuela o del Palacio, pueden proceder al examen doctrinal de las sentencias: también se dedicarán a gran escala y de una manera que se pretende ser cada vez más sistemática.

3°) “El examen doctrinal de las sentencias”.

Este examen se practica sobre todo en las revistas periódicas, pero según dos filosofías distintas. Para los autores reputados clásicos (a), es decir próximos a los exegetas, la principal función de la jurisprudencia consiste en esclarecer el sentido de la ley en contacto con la multitud y la diversidad de hechos. Para los autores que llamaremos modernos (b), que se inspiran explícitamente o no en los trabajos de la escuela histórica francesa, la jurisprudencia no es nada menos que la historia en marcha. No perderemos de vista, por cierto, que clásicos y modernos trabajan aproximadamente en la misma época, principalmente en la segunda mitad del siglo XIX: salvo destacar que los primeros vivirán pronto una pérdida de velocidad, mientras que los segundos jugarán un rol mayor en la creación doctrinal del hecho jurisprudencial.

a) Los clásicos: el modelo de la *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia*

A pesar de la leyenda, decididamente bien acentada, los exploradores del código no habían dejado de animar revistas teniendo por objeto el estudio de la jurisprudencia. Es así que Valette y Duvergier se hacen cargo, desde 1844, de la parte francesa de lo que es desde entonces la *Revista de derecho francés y extranjero*. ¡Y por este hecho son ellos quienes inauguran las crónicas de jurisprudencia!

El interés de los clásicos por la jurisprudencia aparece todavía luego de la creación, en 1851, de la *Revista crítica de la jurisprudencia en materia civil, administrativa, comercial y criminal formando el complemento doctrinal de las recopilaciones de sentencias*, cuyo título un poco largo es en sí mismo un programa, los fundadores se llaman Demolombe, Marcadé, Pont, Cormenin (antiguo vicepresidente del Consejo de Estado) y Moliner (profesor de derecho criminal en la Facultad de Toulouse). Su objetivo, a decir verdad modesto, es simplemente publicar un “complemento doctrinal a las recopilaciones de sentencias”.

Es sin embargo en esta revista que se reclutan los primeros comentaristas de sentencias en el sentido actual del término. Es acá también en donde los grandes profesores comienzan a disertar sobre las sentencias y no en las revistas que crean quienes se dedican a la ejercicio práctico de la profesión, de donde viene quizás la frustración de estos últimos. Lo que en efecto desean los fundadores, es asociar las facultades al movimiento de análisis de sentencia, de tanto que la jurisprudencia “ejerce sobre la ciencia del derecho una acción incesante y considerable”¹¹⁹. Es, en otros términos, hacerlos participar “en este gran trabajo cotidiano de interpretación de las leyes por la práctica de los asuntos”¹²⁰. Pero no se trata todavía de analizar la jurisprudencia en sí misma, en cuanto podrían traducir la realidad social en movimiento: a los ojos de los clásicos, la jurisprudencia es a lo más un complemento del código.

Un complemento que se hace cada vez más necesario. Pero su estudio debe servir a ilustrar la ley y no solamente a sobrepasarla. la idea aparece claramente en 1853 cuando la nueva revista absorbe a la *Wolowski* para convertirse en la *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia*, que será pronto la más prestigiosa revista jurídica francesa *generalista*, hasta su desaparición en 1939. Faustin Hélie, encargado de escribir el prólogo del primer número, se queja del gran número de sentencias y del desorden de la jurisprudencia, ¡sin embargo bien benigno a la vista de lo que podríamos observar hoy en día! Hace falta entonces, según él, de *disciplinar* estas sentencias para ubicarlas bajo la autoridad de los principios¹²¹.

El método es el exacto opuesto del que van luego a seguir los modernos y que teorizarán más tarde Saleilles y Esmein. Mientras que éstos últimos se alegrarán con la

¹¹⁹ *Revue critique de la jurisprudence*, t. 1, 1851, p. 1.

¹²⁰ *Ibid.* p.1.

¹²¹ Hélie, F: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. III, 3er año, 1853, p. IV à VII.

intrusión de los hechos en el derecho por el intermediario de la jurisprudencia, ninguna alegría anima a sus predecesores: los *hechos jurisprudenciales* son un factor de confusión que hay que canalizar. Más precisamente, los autores deben comparar la doctrina de los jueces a la del legislador para someter los primeros al segundo, ¡respetando siempre los principios! Si pensamos, este método es la copia del de los exegetas, pero ejercido sobre un material nuevo.

Igualmente es sobre este modelo que se crean un cierto número de revistas jurídicas a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. Se trata siempre de analizar la jurisprudencia sin otra pretensión que completar el estudio de la ley por el de las sentencias, esto va de la *Revista práctica de derecho francés*, fundada en 1852, hasta la *Francia judicial*, creada en 1877. Y el mismo objetivo se encuentra en numerosas revistas destinadas a explorar las ramas del derecho como por ejemplo los *Anuales teóricos y prácticos del derecho comercial y marítimo* creadas algunos años antes (1842) por dos abogados parisinos o todavía la *Revista internacional del derecho marítimo* fundada en 1885 por un abogado de Marsella.

Sin embargo, si se mira de cerca, este objetivo oficial es cada vez menos respetado: la jurisprudencia es casi analizada en sí misma. Así, a medida que el siglo avanza, el modelo de la *Revista crítica* se debilita (lo que no quiere decir que la revista misma se debilite, sino bien por el contrario). En realidad, este modelo ya estaba y desde hace mucho tiempo puesto en duda por quienes llamaremos los modernos.

b) Los modernos: de la *Recopilación Sirey* a la *Revista trimestral de derecho civil*

Entre los modernos, figuran primero, en orden cronológico, los editores de las principales recopilaciones periódicas. Estos no desean sólo dotar de una reserva de argumentos a los litigantes. Animados por una ambición intelectual más amplia que los une a la escuela histórica, ven en las sentencias mucho más que el complemento de la ley o su mejor comentario: la parte viviente del derecho y una levadura de progreso.

Devilleuue y Carette lo expresan ya en marzo de 1840, en el prefacio de la nueva edición de la *Sirey*: según ellos, el estudio de las sentencias permite sólo aplicar el método experimental a la ciencia del derecho, saliendo este último del letargo en el cual la hundió la publicación de los códigos¹²². Bien entendido, no podemos dudar que Désiré Dalloz comparte las mismas ideas, porque participó en las aventuras editoriales de las revistas *Thémis*, *Fœlix* y *Wolowski*.

Igualmente, en 1842, Ledru-Rollin tiene en el *Boletín del Palacio* propósitos que lo sitúan de golpe en la línea recta de la escuela histórica francesa, porque para él la jurisprudencia ejerce sobre la ley “una acción disolvente, y, extendiéndola sin cesar, aspira a reemplazarlas”. Sin embargo y siempre en esta línea, el efecto disolvente de las sentencias no sabría poner en duda la supremacía de los códigos. Sobre este punto, Ledru-Rollin permanece firme: sería retroceder, observa, volver al caos de

¹²² Devilleuue, L. y A.A Carette, “Préface”, précipitée, p. VI.

antaoño. Y la codificación, aunque no debemos paralizarla, permanece como algo adquirido irreversiblemente.

Dicho esto, y a pesar del gran interés en general por los comentarios anónimos de las sentencias publicadas por las revistas periódicas, el verdadero despegue de la jurisprudencia comienza un poco más tarde, en el último tercio del siglo XIX, cuando los profesores se consagran a su estudio. Es así que para Edmond Thaller, que funda en 1887 los *Anales de derecho comercial francés, extranjero e internacional*, la realidad del derecho comercial reside más en la jurisprudencia que en el código de comercio. La misma constatación puede hacerse tratándose del *Boletín de derecho internacional privado* publicado por el abogado Édouard Clunet, cuyo primer número aparece en 1874. El profesor Demangeat, quien firma la introducción, lleva la jurisprudencia a su pináculo, porque deja claramente entender, de manera novedosa para la época, que esta rama del derecho en antes que todo jurisprudencial.

De manera general, si el nuevo examen doctrinal de las sentencias adquiere una real amplitud es bajo el impulso de los autores que, diferenciándose de sus predecesores exegetas, insisten sobre la dinámica de la historia en la evolución del derecho. El movimiento proviene en particular de la nueva generación de profesores, provenientes del primer concurso nacional de agregación de las facultades de derecho realizado en 1856.

Joseph-Émile Labbé (1825-1894) figura a la cabeza, pero de manera quizás involuntaria, porque siendo romanista busca inspirarse en el antiguo método de los *prudents*. Adaptar sin cesar la regla del derecho abstracto a las necesidades prácticas nuevas, esa es la tarea a la cual se consagra en las numerosas notas bajo las sentencias que da al *Boletín del Palacio*, luego al *Sirey*, entre 1859 y 1891, sobre los temas más diversos del derecho civil. Sin embargo Labbé no pone en práctica un método verdaderamente histórico, porque tiene siempre en el espíritu la voluntad racionalista de forjar principios. ¿Se acerca entonces a los exegetas? No mucho más, porque para éstos la jurisprudencia no venía sino *después* de los principios, y debía entonces someterse a éstos, mientras que para Labbé la jurisprudencia puede ayudar a establecer los principios y en consecuencia vendría, llegado el caso, *antes de ellos*.

Esta semi ruptura que Labbé se limita a practicar, será teorizada por su colega de concurso Claude Bufnoir, alumno de Valette, por medio del *método científico histórico*, del que es el verdadero promotor. Profesor en la Facultad de derecho de París hasta su muerte en 1898, Bufnoir no dejó mucha obra escrita. Pero su influencia sobre la nueva generación de civilistas parece haber sido considerable, generación que como veremos inventará precisamente la doctrina en el sentido actual del término¹²³.

El método histórico de Bufnoir es a decir verdad confuso: se presenta “como un nuevo método de filosofía del derecho que busca el fundamento, la razón de ser de las reglas jurídicas, no más principios establecidos *a priori*, pero en los estados de hechos sucesivos engendrados por el movimiento mismo de las sociedades siguiendo la vía

¹²³ 1 V. *Infra*, p. 142 s.s.

natural de su formación”¹²⁴. Bufnoir no discute entonces que haya que establecer principios: lo que no admite es su carácter *apriorístico*. También preconiza seguir la evolución de las reglas jurídicas en sus estados de hechos sucesivos, éstos dependiendo estrechamente de los movimientos de la sociedad.

De manera imperceptible, pero al parecer decisiva, Bufnoir y Labbé acaban de desplazar el curso en relación al método casuístico clásico: ya no es más el código civil el que sirve de punto de apoyo para la edificación de los principios, sino que los *movimientos de la vida*, sólo susceptibles de hacernos comprender el fundamento de las reglas. Se concibe desde entonces que la jurisprudencia está cerca de adquirir un rol central: le bastará con ser considerada traduciendo la acción de las fuerzas sociales para que los juristas le ubiquen en el primer plano...

El toque final, es Raymond Saleilles (1855-1912)¹²⁵, el propio yerno de Bufnoir, quien la pondrá. Mejor que cualquiera, Saleilles comprendió que la jurisprudencia debe ser confinada al primer plano. Y primero por una razón de carácter práctico un poco inesperada: ¡se trata de salvar a los civilistas de una irremediable decadencia! Mientras que el siglo XIX toca a su fin, Saleilles pudo observar que economistas y publicistas (comprendido a quienes llamamos hoy en día los politólogos) seducen a la juventud estudiantil, porque tienen esa enorme ventaja de hablarle de los problemas sociales de la época, mientras la vieja guardia de los civilistas está todavía comentado el código como si nada hubiese cambiado desde 1804¹²⁶. Los profesores de derecho civil deben entonces modificar su método. Con el fin de unir la interpretación de los textos a los grandes problemas sociales del momento. Ahora bien, ¿cómo establecer esta unión, si no es por el estudio de una jurisprudencia que, incluso sobre las cuestiones más áridas del derecho civil, es cotidianamente confrontada al incesante movimiento de la vida? Saleilles luchará entonces para que los civilistas se entreguen al estudio profundizado de las decisiones de justicia.

Convertido en profesor de la Facultad de derecho de París en 1898, participa activamente en la creación de un nuevo órgano editorial destinado a servir este deseo particular¹²⁷. Cuando aparece por primera vez en 1902, la *Revista trimestral de derecho civil* es precedida de un artículo inaugural de Adhémar Esmein (1848-1913), que no deja ninguna duda sobre las intenciones de sus fundadores. Se trata de romper francamente con los exploradores del código, porque la nueva palabra de orden es de una parte que “la doctrina... toma la jurisprudencia como su principal objeto de estudio”¹²⁸ y por otra parte que este estudio se realiza por el famoso método histórico,

¹²⁴ “Allocution de M. le president Bufnoir”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. 20, 1890-1891, p. 66.

¹²⁵ V. su biographie par l'un de ses élèves, Gaudemet, E: “Raymond Saleilles (1855-1912)”, Extrait de la *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, t. XXII, n°4, 1912, spéc. p. 5 a 49.

¹²⁶ Más específicamente, Saleilles, R: “Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit”, *RIE*, t. 19, 1890, p. 482 sq.- “Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse”, *ibid.* t. 44, 1902, p. 313 s.s.- “Droit civil et droit comparée” *ibid.* t. 61, 1911, p. 5 sq.

¹²⁷ V. sobre este punto, Jamin Ch: “Les intentions des fondateurs”, *RTD civ.* 2003, p. 646 s.s.

¹²⁸ Esmein, A: “La jurisprudence et la doctrine”, *RTD civ.* 1902, p. 101.

del que Esmein él también un arduo defensor¹²⁹. Sin embargo la doctrina no deberá dejar de dedicarse a la “síntesis”, es decir que extraerá de la jurisprudencia *principios* susceptibles de guiar las evoluciones futuras del derecho.

Saleilles comparte evidentemente estas visiones. Queriendo terminar con la abstracción y los excesos de deducciones lógicas sacada de los artículos del código, que atribuye la paternidad a los partidarios de la doctrina clásica, es decir a los exegetas, desea además liberar a la jurisprudencias de la autoridad de la ley – y por lo tanto del código civil – confiriéndole más netamente que Esmein “un largo poder de interpretación”¹³⁰. Pero esta jurisprudencia así liberada será implícitamente sometida a la doctrina, porque su estudio realza el método histórico preconizado por la mayoría de los autores de la época¹³¹.

En realidad y bajo la cubierta de un método que se quiere nuevo, se trata *de aplicarle a la jurisprudencia el mismo cuidado de racionalización y de sistematización que los exegetas aplicaban al código*. Esta manera es de hecho la que se impondrá en el seno de la doctrina francesa. Ella no difiere por lo demás sensiblemente de la que los especialistas del derecho administrativo van ellos mismos promover, siempre en la segunda parte del siglo XIX.

B. LA EXPLORACIÓN EN DERECHO PÚBLICO

Cada uno conoce la célebre fórmula de Jean Rivéro, que hace nacer la doctrina administrativa “sobre las rodillas de la jurisprudencia”¹³². Pero esta fórmula puede ser fuente de confusión. Primero no revela por sí misma que en la materia existen desde siempre dos doctrinas, la de los consejeros de Estado y la de los profesores: la “doctrina jurisprudencial” y la doctrina “enseñante”, según la expresión del mismo Rivéro¹³³. Enseguida deja creer que quienes se dedican al derecho administrativo habrían comenzado su obra en la época en que la jurisprudencia del Consejo de Estado realmente alcanzó un franco desarrollo, es decir entre 1880 y 1931¹³⁴. En realidad, desde la primera mitad del siglo XIX, hubo autores, consejeros o profesores que se consagraron a la materia y ¡es más bien ésta la que nace o renace al final del

¹²⁹ Halpérin, “Adhémar Esmein et les ambitions de l’histoire du droit”, *RHD*, 1997, p. 415, s.s.

¹³⁰ Saleilles, R: “École historique et droit naturel”, *RTD civ.* 1902, p. 101.

¹³¹ Es aproximadamente el mismo proceder que preside en la creación de *la Revue de droit international privé et de droit penal international* tres años antes: el estudio de la jurisprudencia constituye su objeto, pero bajo el control de la doctrina quien le pertenece el rol principal; cf. Lainé, A: “Introduction”, *Revue de droit international...*, 1905, p. 1 s.s.

¹³² Rivéro, “Jurisprudence et doctrine dans la élaboration du droit administrative”, *EDCE* 1955, p. 30.

¹³³ *Ibid.*, p. 35.

¹³⁴ V. de manera general, Burdeau, F: *Histoire du droit administratif*, PUF, 1e éd., 1995, spec. p. 323 s.s. – Comp. Bienvenu, J.J: Les origines et le développement de la doctrine”, *Revue administrative*, n° special: “Le conseil d’État et la doctrine”, 1997, p. 13 s.s., quien de manera idéntica, liga el desarrollo de la doctrina al de la jurisprudencia, pero estima que el movimiento se remonta más bien a 1850. – Comp. con el clásico (pero muy esquemático), Hariou, M: “Droit administratif”, in *Répertoire de droit administratif*, t. XIV, 1897, esp. n° 78 s.s.

siglo! Se constata en todo caso que tanto en derecho administrativo como en derecho civil, los autores abandonaron en el mismo momento el estudio de los textos para entregarse a la sistematización de la jurisprudencia.

Pero mientras que los profesores de derecho privado aprovecharon la circunstancia para afirmar su autoridad sobre la obra de los tribunales, nada parecido se produce en derecho administrativo. A diferencia de los privatistas, los profesores de derecho público no lograron monopolizar el trabajo de racionalización de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado. En efecto, el reino casi indiscutido del derecho privado en el seno de las facultades de derecho durante la mayor parte del siglo XIX, no permitió que emergiera un cuerpo autónomo y suficientemente poderoso de profesores de derecho administrativo, constituyéndose este cuerpo sólo más tarde. Y los miembros del Consejo de Estado adquirieron la costumbre, no sólo de comentar y poner en orden sus propias sentencias, sino que también de enseñar el derecho administrativo en todo los lugares en donde son formados los futuros administradores: ahora bien, respecto a este poder, no están dispuestos a renunciar a él.

Contrariamente a lo que ocurre en derecho privado, los profesores que sistematizan la obra jurisprudencial en la segunda mitad del siglo XIX no benefician de la misma consideración en el círculo de los jueces: los consejeros de Estado continúan reservándose el primer rol en la edificación sabia del derecho administrativo, lo que los lleva lógicamente a acentuar el carácter jurisprudencial.

A lo más podemos decir que el poder tradicional de los miembros del Consejo de Estado (1°) no eclipsa completamente la autoridad, por lo demás consistente a lo largo del siglo, de las facultades de derecho (2°).

1°) El poder tradicional del Consejo de Estado

Este poder no se impuso de un golpe con la sistematización de una jurisprudencia innovadora. A lo largo de todo el siglo XIX, numerosos miembros de la alta función pública, de la cual la mayoría pertenece (o perteneció) al Consejo de Estado, contribuyeron a descifrar un derecho administrativo en formación (a). Pero éste no alcanzó verdaderamente su desarrollo sino al final del siglo, con la publicación del tratado de contencioso administrativo redactado por Édouard Laferrière, vicepresidente del Consejo de Estado (b).

a) Los descifradores

Estos descifradores no puede verdaderamente compararse a los exegetas del código civil. Mucho menos numerosos y más tardíos, ¡su obra se reciente por el hecho que el objeto de estudio arranca modestamente y no tiene el mismo brillo! Se desarrolla, sobre todo a partir de 1840.

Sin embargo, la enseñanza del derecho administrativo es bastante anterior. Entregada en primer lugar a las escuelas centrales, no fue sacrificada totalmente por la

famosa ley del 22 ventoso¹³⁵ del año XII, que organiza las nuevas escuelas de derecho, porque un curso de “derecho civil en sus relaciones con la administración pública” debe ser enseñado en licencia.

En París, es el antiguo convencional Portiez de l'Oise (1755-1810) quien asume el cargo durante dos años. Saca de esta enseñanza, en 1808, un bastante mediocre *Curso de legislación administrativa* fundado sobre la distinción de Justiniano entre las personas, las cosas y las acciones¹³⁶: este esquema influenciará sin embargo a varias generaciones de autores, en cuyo primer rango figura su sucesor Gérando (1772-1842).

Éste, católico convencido y anteriormente condenado a muerte por la Convención, es miembro del Consejo de Estado desde 1808: es a este título que retoma la cátedra de Portiez de L'Oise entre 1819 y 1822, a partir de 1828. En el esquema del curso que publica en la *Thémis* en 1819, Gérando no hace ninguna referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado y tampoco la menciona en sus *Instituciones de derecho administrativo*, que publica en 1818. Este trabajo, que no es verdaderamente un tratado ni un manual, pretende fundarse sobre principios para poner en orden y coordinar una legislación y una reglamentación abundantes, con el fin de hacer “sentir la armonía” y preparar la redacción de un futuro código administrativo.

Esta exégesis de textos bastante plana sólo durará una época. La óptica no es ya la misma en Macarel, quien dicta un curso de “administración general” entre 1842 y 1849. Nacido en 1790, este antiguo secretario de la administración de correos fue sucesivamente abogado en los consejos, luego auditor, consejero de Estado (será incluso presidente de sección durante algunos años) y director de la administración departamental y comunal en el ministerio del interior, entre 1837 y 1839. Al igual que su predecesor Gérando, del que fue su adjunto, pretende extraer del derecho administrativo principios generales que permitan extraer “una cierta armonía”. Pero no desea limitarse a la sola reglamentación. Su experiencia en el Consejo de Estado lo incita a hacer conocer las sentencias. Desde 1818, comienza a divulgarla y a clasificarla en *Elementos de jurisprudencia administrativa*. Luego en 1821, funda la recopilación periódica de las sentencias del Consejo de Estado conocida hoy en día bajo el nombre de compilación *Lebon* y cuyo éxito no decaerá.

Cormenin irá en el mismo sentido. Proveniente de una familia noble, este ferviente católico entra al Consejo de Estado en 1814 a la edad de 26 años. Presidirá la sección del contencioso casi treinta y cinco años más tarde, después de haber tenido una importante carrera política. Virulento oponente a la monarquía de Julio y brillante panfletista, es elegido en 1848 en la Asamblea constituyente, donde preside la comisión encargada de redactar la Constitución. Muy ligado a la soberanía popular,

¹³⁵ Ventoso es el nombre del sexto mes del calendario republicano francés, el tercero de la estación invernal, que dura desde el 19, 20 ó 21 de febrero hasta el 19 ó 20 de marzo, según el año. Coincide aproximadamente con el paso aparente del Sol por la constelación zodiacal de Piscis (nota del traductor),

¹³⁶ V. sobre la obra y su autor, Mestre, J.L.: “Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le “*Cours de législation administrative*” de Portiez de l'Oise (1808)”, *RFDA* 1993, p. 239 s.s.

logra que el presidente sea elegido por medio de sufragio universal, lo que no le impedirá aliarse más tarde al régimen imperial...

Su activismo político alimenta una obra jurídica abundante. En esa época, el derecho administrativo parece aún más caótico, lo que es fruto de numerosos regímenes políticos. Muy atento a la voluntad del Consejo de Estado de ordenar esta materia, Cormenin sistematiza los principios jurisdiccionales en un sentido liberal. Como la mayoría de sus contemporáneos entre la Restauración y el fin del segundo Imperio, trata de limitar la arbitrariedad de la administración construyendo el derecho administrativo “a partir de derechos subjetivos de los administrados”¹³⁷.

Gérando, Macarel y Cormenin son los precursores más conocidos del derecho administrativo moderno. Pero muchos otros miembros del Consejo de Estado los acompaña. Algunos se limitan a la exégesis de los textos: es el caso de Bouchené-Lefer, quien quiere tomar apoyo sobre las leyes para intentar de extraer, apoyándose sobre la lógica y la naturaleza de las cosas, principios estables susceptibles de sobrevivir a las vicisitudes políticas. Pero él es minoritario y la generación que le sucede le otorga un lugar cada vez más preponderante a la jurisprudencia. Boulatignier (1805-1895), quien fue presidente de la sección del contencioso, se vincula considerablemente a la enseñanza de las sentencias. Ocurre lo mismo con Léon Aucoc (1828-1910), quien accesoriamente dicta desde 1848 un célebre curso de derecho administrativo en la Escuela de Ponts et Chaussées. Perteneciente al elemento “profesional” del Consejo de Estado, es decir a los juristas de profesión por oposición a los miembros nombrados por razones políticas, Aucoc intenta promover, bajo el segundo imperio, la voluntad de autonomía jurisdiccional de la institución, lo que lo lleva a presentar el derecho administrativo como un conjunto coherente desvinculado de la ciencia política¹³⁸. Participará enseguida en la creación del renovado Consejo de Estado de la III República.

Pero la obra doctrinal de consejero de Estado, o al menos su obra anterior al tratado de Laferrière, encuentra quizás su mejor expresión en 1882, con la publicación de los 28 volúmenes del Repertorio de derecho administrativo, que dirige Léon Béquet y de cual Laferrière retomará más tarde la dirección. Béquet reclutó a casi todos sus colaboradores (son más de cincuenta) en el seno del Consejo de Estado y su repertorio pretende ser el equivalente del que Dalloz dio cuarenta años antes en derecho civil. Para él, el tiempo no está más en debate – que había tenido su hora de gloria a principios del siglo XIX – sobre la codificación del derecho administrativo: la multiplicación de nuevas materias, de leyes y reglamentos sucesivos la hizo imposible. Mejor vale entonces dejar en manos del Consejo de Estado, que supo “escapar a los disturbios de nuestras inconsistencias políticas”, el cuidado de poner en obra su “jurisprudencia reguladora”¹³⁹.

¹³⁷ V. sobre la obra y su autor, Mestre, J.L.: “Aux origines de l’enseignement du droit administratif: le *“Cours de législation administrative”* de Portiez de l’Oise (1808)”, *RFDA* 1993, p. 239 s.s.

¹³⁸ Blanpain, F.: “Léon Aucoc, praticiens et théoricien du droit administratif”, *RHD*, 1974, p. 733 s.s.

¹³⁹ Béquet, L.: “Avant-propos”, *Répertoire de droit administratif*, t. 1, 1882, esp. pp. VI-VII.

Béquet se inscribe en la corriente mayoritaria de los autores que intentan legitimar la existencia del derecho administrativo poniendo cuidado de distinguirlo de la esfera política, - un poco a la manera de lo civilistas que lograron legitimar el código civil despolitizándolo, es decir negándose a hacer solamente un producto del proyecto de Napoleón. Y el medio utilizado por estos autores es el mismo en derecho civil: procediendo a un trabajo de racionalización formal, todos buscan desentrañar, detrás del aparente desorden de la ley y reglamentos, la armonía escondida, pero pretendidamente real, de un derecho administrativo en donde los principios serían mucho más estables y coordinados de lo que parecen... De ahí la literatura que, del mismo modo que en derecho civil, multiplica las referencias a los principios y a la existencia de un sistema coherente que pretende unirlos; libre, como lo confiesa un día un autor, para ¡“dejar en la sombra los accidentes infinitos que revela la práctica”!...¹⁴⁰

Sin embargo, y a diferencia de los civilistas, todos estos autores estiman que no es la Facultad, sino que el Consejo de Estado, el que está mejor ubicado para extraer los principios y los relieves entre ellos de una manera racional. Los consejeros de Estado, al mismo tiempo que contribuyen a forjar la jurisprudencia en materia contenciosa, se encargan de hacer conocer esta obra en el exterior y resaltan la función de puesta en orden, una puesta en orden que, de crearles, se limitan a *constatar*. Además, se subentiende que esta basta empresa colectiva no puede sino incitarla á zanjar el debate sobre la famosa codificación del derecho administrativo, porque ésta arriesgaría con arruinar la función de racionalización, y en consecuencia el poder, de la institución de la cual son miembros...

Al menos el trabajo emprendido habrá formidablemente logrado, a lo largo del siglo XIX, legitimar la obra del Consejo de Estado, a combatir la arbitrariedad de la administración y a racionalizar una multitud de leyes y reglamentos administrativos provenientes de regímenes políticos sucesivos. Encuentra su consagración con la publicación, en 1887, del célebre trabajo de su vicepresidente consagrado a la jurisdicción administrativa.

b) Édouard Laferrière

Figura emblemática del derecho administrativo francés, Édouard Laferrière es un miembro del Palacio. Hijo de un profesor de derecho administrativo que fue también inspector general de las facultades de derecho y miembro del Consejo de Estado, comienza su carrera como abogado en el *Bureau* de París. Virulento oponente republicano al régimen imperial, lo que le costará la prisión, no cesa de denunciar los atentados a las libertades públicas, maestro de las *rêquetes* en el Consejo de Estado entre 1870 y 1879, se convierte en vicepresidente en 1886, antes de ser nombrado Gobernador general de Algeria en 1898, luego Procurador general en la Corte de casación, poco tiempo antes de su muerte en 1901.

Durante los veintiocho años que pasa en el Consejo de Estado, Laferrière contribuye a poner al servicio de las ideas republicanas una institución

¹⁴⁰ Dareste, R: *La justice administrative en France ou Traité de contentieux de l'administration*, Durand, 1862, p. VII.

considerablemente marcada por el sello imperial, lo que lo lleva a combinar la necesidad de una administración poderosa con la preservación de los derechos individuales. Esta tensión encuentra en particular su expresión en su *Tratado de la jurisdicción administrativa*, ¡cuya audiencia seguirá siendo considerable durante más de sesenta años!¹⁴¹

Proveniente de un curso de doctorado que profesa en la Facultad de derecho en París desde 1883, este tratado constituye la quintaesencia de la ideología de miembros del Consejo de Estado¹⁴².

Su autor sella primero la punzante cuestión de la codificación: esta última es imposible de realizar, porque a diferencia de las leyes civiles, que son constituidas de preceptos jurídicos que el juez debe aplicar, las leyes de administración son leyes de acción y de organización de servicios públicos, cuyo objeto no es prever y resolver dificultades jurídicas.

Esta diferencia de naturaleza entre las leyes civiles y las leyes administrativas dicta el trabajo de los juristas. Mientras que el derecho codificado requiere la exégesis de los textos y le confiere a la jurisprudencia un estatus de auxiliar, no ocurre lo mismo en el derecho administrativo en donde la multiplicidad de textos, la diversidad de sus orígenes y su falta de armonía vuelve esta exégesis imposible. Hay que dirigirse hacia la jurisprudencia, porque “en ella radica la verdadera fuente de la doctrina, porque ella sola puede extraer los principios permanentes de las disposiciones contingentes en las que están envueltos, establecer una jerarquía entre los textos, remediar su silencio, su oscuridad o su insuficiencia, recurriendo a los principios generales del Derecho y a la equidad”¹⁴³. Es entonces el Consejo de Estado el que, a pesar de la brevedad de sus motivaciones, el que supuestamente debe conferirle al derecho administrativo su estatus de *ciencia*.

Desde entonces, Laferrière puede dedicarse exclusivamente a elaborar una síntesis de las reglas jurisprudenciales, a la que se dedica con mucho más rigor que sus predecesores. Es en efecto el primero en distinguir tan claramente el estudio de la organización administrativa – que abandona completamente – del contencioso administrativo. Este punto de vista le permite una mirada transversal sobre el conjunto del derecho administrativo y ofrece una teoría completa del recurso contencioso, que organiza en cuatro ramas distintas: jurisdicción plena, nulidad, interpretación y represión¹⁴⁴. Bajo la pluma nítida y sobria de Laferrière, el contencioso administrativo toma la apariencia de un derecho perfectamente organizado y de una incontestable racionalidad formal. Gastón Jèze lo escribirá, no sin ser un entusiasta elogio pero en términos que no pueden resultar más característicos: antes de Laferrière era “el caos,

¹⁴¹ De manera general, Gonod, P: *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, 1997, esp. P. 1 a 32.

¹⁴² Laferrière, E: *Traité de la juridiction administrative et de recours contentieux*, 2 vol. Berger-Levrault y Cia, 1887.

¹⁴³ *Ibid*, p. VII.

¹⁴⁴ V. sobre este punto, Burdeau, F: *op. cit.*, p. 330.

una masa más o menos confusa de soluciones incoherentes, arbitrarias, de prácticas empíricas, muchas veces injustificable y injustificadas.... Finalmente Laferrière vino, y lo primero, en Francia, trató de aportar orden y método, de explicar las soluciones de la práctica: su inmenso mérito fue el de buscar las *ideas generales*, los *principios generales* que se encuentran detrás de todas las soluciones.... A Laferrière le pertenece el honor de haber provocado tratados verdaderamente científicos de los cuales en la actualidad Francia puede estar y justificadamente orgullosa”¹⁴⁵.

Los miembros del Consejo de Estado encontraron también un maestro que supo a la vez liberar al derecho administrativo de la pretendida influencia de los métodos del derecho civil (incluso si los civilistas están tratando de desligarse de la exégesis) y justificar la preeminencia de esta jurisdicción, bien entendido sobre un plan científico. Sin embargo el Palacio Real no absorbe toda la función doctrinal la cual es reclamada al menos en parte, por las facultades de derecho.

2) La autoridad creciente de las facultades de derecho

El aumento en la potencia de la Escuela tiene lugar, acá también, a lo largo del siglo XIX, pero sobretudo a partir de los años 1840. Mientras que la enseñanza del derecho administrativo en la Facultad de derecho de París parece más bien reservada a los miembros del Consejo de Estado, en las facultades de provincia es confiado a jóvenes agregados y sale poco a poco de la clandestinidad. Dejando de lado algunas excepciones, es la provincia la que proveerá al derecho administrativo moderno de sus precursores (a). y es todavía a ella a quien se le deberá la eclosión de la dupla mítica constituida por Duguit y Hauriou (b).

a) Los precursores

Desde la monarquía de Julio, todas las facultades de derecho de provincia tienen su cátedra de derecho administrativo, lo que conlleva la eclosión de una literatura de origen universitario. Pero ésta es menos reverencial con respecto a la jurisprudencia y pretende ser más sistemática que la que emana de los miembros del Consejo de Estado.

Esta menor reverencia se encuentra primero en Foucart (1799-1860), quien obtiene en Poitiers, en 1832, la primera cátedra de derecho administrativo abierta en provincia. Éste publica, desde 1835, el primer tratado de derecho administrativo significativamente titulado *Elementos de derecho público y administrativo, o exposición metódica de los principios de derecho público positivo*. Para este autor, un jurisconsulto crítico debe saber tomar sus distancias con respecto al Consejo de Estado y situar la casuística de las sentencias bajo la autoridad de los principios. En claro, es a la teoría jurídica quien debe acordársele la primera importancia en la sistematización del derecho administrativo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Jèze, G: “Notes de jurisprudence”, *RDJ* 1914, p. 314 y 315.

¹⁴⁶ Guglielmi, “Émile-Vicotr Foucart ou le sacerdote du droit public et administratif” *RDJ* 1996, esp. p. 1309 a 1311.

Esta misma preocupación de establecer el derecho administrativo bajo la eminente autoridad de los principios se encuentra bajo la pluma de Firmin Laferrière (1798-1861), el padre de Édouard Laferrière. Su nominación en 1838 a la cátedra de derecho administrativo que acababa de ser creada en la Facultad de Rennes, lo lleva a publicar, a partir del año siguiente, un *Curso de derecho público y administrativo* que conocerá un éxito prolongado. El autor entiende privilegiar el método sintético en vista de ordenar el conjunto del derecho administrativo alrededor de las ideas de conservación y progreso. Todo llevado a principios y a instituciones fundamentales en el deseo fijo de llegar finalmente a un futuro código administrativo, ese será el proyecto de Firmin Laferrière quien pretende, como muchos otros, hacer del derecho administrativo una ciencia preservada de las sacudidas políticas¹⁴⁷.

La voluntad de promover una legislación administrativa fuera de la esfera política aparece todavía en Chauveau (1802-1868), quien ocupa la cátedra de derecho administrativo en Toulouse desde 1838, mientras que se dedica a publicar una voluminosa *Teoría del Código penal* en colaboración con Faustin Hélie. Pero Chauveau no quiere un código: tenemos la impresión, escribe, que el derecho administrativo es difícil porque nuestros espíritus fueron formados desde hace cuarenta años por una legislación codificada, pero esta parte del derecho puede prescindir de un código desde el instante en que “es susceptible de revestir el estado de ciencia, de avanzar con sus teorías, con sus principios incontestables...”¹⁴⁸.

Chauveau se dedicará entonces a hacer del derecho administrativo una ciencia, procediendo a la reunión de principios, reglas, precedentes y opiniones. Citemos entre sus obras los *Principios de competencia y de jurisdicción administrativas*, en donde se prohíbe la mínima crítica en relación al derecho positivo, con el fin precisamente de no quebrantar “la fe en los principios”¹⁴⁹. En 1853, Chauveau crea con Batbie el *Boletín de derecho administrativo*, en vistas de “proyectar un poco la claridad sobre esta legislación administrativa... de la cual se desconfía porque se ignora”.

Fundar *científicamente* el derecho administrativo moderno, por la puesta al día de los principios jurídicos extraídos de la obra del Consejo de Estado y bien distintos de los principios políticos, luego coordinar el todo de manera racional para procurar hacer un conjunto armonioso: ese es en definitiva el programa que se fija la mayoría de los universitarios a lo largo del siglo XIX.

Serrigny por ejemplo es representativo de los jurisconsultos de su tiempo. Nacido en 1800, es decano de la Facultad de derecho de Dijon y Presidente del Colegio de abogados. Alabando el Consejo de Estado que supo elevar al derecho administrativo al rango de ciencia, se dedica en uno de sus obras más conocidas, a demostrar que la codificación se convirtió en una quimera y que la organización del

¹⁴⁷ La exposición de su método en la 5ª edición de su *Cours de droit public et administratif*, Cotillon, t. 1, 1860, p. I a XLVIII.

¹⁴⁸ Chauveau, *Principes de competence et de jurisdiction administrative*, Cotillon & Durand, t. 1, 1841, P. XIV.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. VII.

derecho administrativo es tan fuerte y poderosa ¡que es en adelante susceptible de resistir a todos los cambios políticos!¹⁵⁰

Trolley (1808-1869), profesor de derecho administrativo en la Facultad de Caen a partir de 1836 y Presidente del Colegio de abogados entre 1850 y 1852, va en el mismo sentido. Y todavía Ducrocq, cuyo *Curso de derecho administrativo* (que alcanzará siete volúmenes luego de su séptima edición publicada entre 1897 y 1905) es proveniente de la enseñanza que dispensa en la Facultad de Poitiers desde la muerte de Foucart en 1860: este trabajo pretende ser una obra de generalización y no de comentario, de exposición y no de discusión. En cuanto al menos conocido Gautier que enseña en Aix, su objetivo es difundir en el círculo de los estudiantes los “principios” del derecho administrativo, reconociendo que éstos le deben mucho a la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵¹.

Sin embargo todos los autores se esfuerzan en ordenar de manera convincente las diferentes partes del derecho administrativo. La Escuela llamada de Poitiers, es decir Foucart y Ducrocq, intenta fundarlo enteramente sobre las limitaciones que le aporta al libre ejercicio de las libertades individuales en nombre del interés público. Otros autores reparte metódicamente la materia en función de la distinción tripartita de Justiniano entre personas, cosas y acciones: este método, que domina en Gérando y Chauveau, predomina todavía veinte años después en Batbie (1828-1887). Auditor durante un tiempo en el Consejo de Estado (revocado luego del golpe de Estado de 1852), es nombrado profesor en la Facultad de derecho de París en 1857 y se interesará rápidamente en la economía política floreciente, antes de empezar una bella carrera política¹⁵². En 1861, Batbie publica un rica *Introducción general al derecho público administrativo*. Bastante reservado en relación a la jurisprudencia, porque no responde a la nuevas interrogantes que solo “la plena posesión de principios y de las doctrinas” permite abordar, Batbie se decide a adoptar un esquema extraído de “la naturaleza de las cosas”, que en realidad proviene también de las *Instituciones*. Pero todo esto se asemeja todavía demasiado al derecho civil...

El derecho administrativo tiene entonces dificultad para encontrar su autonomía en cuanto disciplina universitaria, más aún considerando que el fin del segundo Imperio y los principios de la III República conocen en este ámbito una relativa esterilidad doctrinal¹⁵³. La salvación llegará con dos profesores provenientes del concurso de admisión de 1882: Duguit y Hauriou.

¹⁵⁰ Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Durand, t. 1, 1842, preface.

¹⁵¹ Gautier, *Précis des matières administratives*, Lahure, t. 1, 1879, preface.

¹⁵² Sobre su vida y su obra: Vidal, R: “Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif”, *RDP* 1950, p. 804 s.s.

¹⁵³ En este sentido, Lavigne, P: “Les manuels de droit administratif pour les étudiants des Facultés de 1829 a 1922”, *RHFD*, 1985, n° 2, esp. p. 30.

b) Duguit y Hauriou

No es necesario disertar largamente respecto de esta mítica dupla, cuyas ideas son bien conocidas y han sido ampliamente debatidas¹⁵⁴. A los ojos de sus contemporáneos, los dos tienen la inmensa ventaja de romper con la “estancamiento” que domina la enseñanza del derecho administrativo y de darle finalmente una perspectiva de conjunto¹⁵⁵. La gloria de Duguit y Hauriou se basa en que supieron construir dos formidables teorías generales que suponen darle sentido y coherencia a todo el derecho administrativo. Poco importa entonces que éstas se opongan en el fondo, porque cada uno constituye de alguna manera un tipo ideal de trabajo doctrinal contemporáneo.

Léon Duguit (1859-1928) forja la teoría la más sistemática, poniendo su extraordinario potencia lógica al servicio de una concepción objetivista que funda el derecho sobre las solas evidencias de la vida social. Según esta concepción, que pretende ser a la vez científica y realista, el derecho administrativo sólo puede extraer su legitimidad de las necesidades sociales que debe atender. Éste se define entonces por las misiones que lleva a cabo y que constituyen el servicio público, noción que el autor sitúa en el centro de su sistema. La idea será enseguida retomada y desarrollada por una “escuela del servicio público” de la cual Gastón Jèze (1869-1953)¹⁵⁶ será uno de sus líderes.

A diferencia de Duguit, quien le reprocha de promover ideas metafísicas, Maurice Hauriou (1856-1929) defiende una concepción subjetivista del derecho administrativo. A penas lo enseñó durante cuatro años en la Facultad de derecho de Toulouse cuando llega a la conclusión que “la teoría de la personalidad lo comprende, lo explica todo, lo organiza todo”. En este espíritu, el derecho administrativo no puede tener como único objetivo organizar los poderes correspondientes a las administraciones públicas, cuyo poder es infinitamente superior a la de las personas privadas. El poder público entregará entonces el criterio del derecho administrativo, del que Hauriou entregará la síntesis en las sucesivas ediciones de su famoso *Compendio de derecho administrativo y de derecho público*. La primera edición de éste se remonta a 1892, deja en desuso de un golpe a las obras de derecho administrativo del siglo XIX, salvo evidentemente la de Édouard Laferrière. Como lo escribirá Rivéro: el libro de Hauriou tiene la incomparable ventaja de proporcionar “la idea estratégica”, que articula de manera coherente y precisa todas las unidades del derecho

¹⁵⁴ Recientemente, Millet, M: “L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse politico-juridique (1889-1929)”, in Herrera, C.M (bajo la dirección), *Les jurists face a la politique*, éd. Kimé, 2003, p. 85 s.s., el texto y las referencias del pie de página 5.

¹⁵⁵ En este sentido, Mestre, A: “L'évolution du droit administratif (Doctrine) de 1869 a 1919”, *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*, LGDJ, 1923, t.2, p. 19 s.s.

¹⁵⁶ Sobre el cual, “Colloque Gaston Jèze”, *RHFD*, 1991, n° 12, p. 9 s.s. – Adde, Walines, M: “L'œuvre de Gaston Jèze en droit public”, *RDP* 1953, p. 879 s.s.

administrativo, que sus antecesores se limitaban a hacer desfilar, en una gran parada en la que no faltaban ningún detalle!¹⁵⁷

Pero Hauriou no es un espíritu sistemático. Los hechos sociales son, según él, muy complejos para ser reducidos a fórmulas. Controlará entonces esta complejidad por medio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que estudiará a la manera de los Comentaristas de sentencias contemporáneos: ¡entre 1892 y 1928, sus anotaciones harán referencia a 334 sentencias en un total de 2200 Páginas!¹⁵⁸. Hauriou aprovecha así la creciente parte reservada al derecho público en las principales revistas generalistas (*Dalloz*, *Sirey* o *Revista crítica*), en una época en donde aparecen además algunas revistas más específicamente dedicadas al derecho administrativo, las que emanan directamente de la administración activa (la *Revista general de administración* es creada en 1878) o de los universitarios (Larnaude funda la *Revista del derecho público y de la ciencia política* en 1894).

En el fondo, el método de Hauriou es sensiblemente el mismo que el de los civilistas a finales de siglo: la realidad social cambiante es escrutada a través del atento estudio de la jurisprudencia. Hauriou tiene sin embargo una ventaja sobre los privatistas: sus notas le permiten entablar un largo y fructífero diálogo con los comisarios del gobierno. Instituidos en 1831 en la perspectiva de defender los intereses de la administración frente al Consejo de Estado, éstos adquirieron una gran independencia de espíritu que los hace muchas veces tomar la defensa del administrado. La calidad de sus conclusiones, de las cuales las más importantes son publicadas, le vale ejercer una influencia decisiva sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ahora bien, algunas entre ellas serán marcadas por el pensamiento de Hauriou. Sus reflexiones sobre la gestión administrativa constituirán así el punto de partida de una teoría innovadora a la que ciertos grandes comisarios del gobierno del siglo XX en sus comienzos vincularán sus nombres: Jean Romieu, Georges Teissier, Georges Pichat o todavía Léon Blue, futuro Presidente del consejo.

Este diálogo entre las dos doctrinas es característico del trabajo dogmático en derecho administrativo. Mientras que a los albores del siglo XX los profesores de derecho privado terminaron por ocupar solos un primer plano, no es (y no será nunca) el caso del derecho administrativo en donde los miembros del Consejo de Estado conservan una posición preeminente, y esto por tres razones al menos. Primero porque habiendo estado en el origen de la enseñanza del derecho administrativo abandonada por las facultades de derecho, o le dejan el monopolio a los universitarios, y en particular en París en donde los profesores de derecho administrativo se enfrentan a la vez al poder del Consejo de Estado y al conservadurismo de los civilistas. Enseguida porque los comisarios del gobierno son capaces de elaborar teorías jurídicas

¹⁵⁷ Rivéro, J: "Maurice Hauriou et le droit administratif", in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Pedone, 1969, esp. p. 143 y 144 (comparaison entre Dicrocq et Hauriou).

¹⁵⁸ Arrighi, P: "Hauriou: un commentateur des arrêts du Conseil d'État", *Le Conseil d'État, livre jubilaire*, Sirey, 1952, p. 341 s.s.

igualmente sabias que la de los profesores¹⁵⁹. Y finalmente porque los universitarios se ubican de golpe bajo la autoridad del Consejo de Estado, estimando que es éste *el que hace el sistema*, mientras que en derecho privado el sistema es *a priori* obra del código civil ¡(el que ha sido él mismo y de origen ampliamente profesoral!)

Resulta entonces que dos cuerpos de doctrina coexisten ligados a dos cuerpos ____ más bien a dos funciones del Estado¹⁶⁰. Entre estas dos doctrinas, la diferencia no es intelectualmente considerable, porque se basa sobretudo en las tensiones y en las preocupaciones de cada profesión: las conclusiones de los comisarios del gobierno no se parecen a las notas de los comentaristas de sentencias, Duguit y Hauriou construyen de manera más amplia y más abstracta que Laferrière. Y es que la universidad comienza ya a introducir en sus trabajos uno __complementario de racionalización y de sistematización, la manera de los profesores publicistas conociendo acá la misma evolución que la de sus colegas privatistas (de la que no se alejará jamás): en las dos disciplinas, se trata de reforzar y de alargar el sistema, sea éste obra del Consejo de Estado o del Código civil, para llevarlo a la quintaesencia con el fin de explicitarlo todavía más.

Así se termina el siglo XIX. Ahora veremos por qué razones los profesores, al principio del siglo XX, se dedicaran a teorizar este método, lo que les permitirá definir la misión de la doctrina –universitaria- y así darle a este concepto el sentido fuerte que le conocemos hoy en día. Pero al mismo tiempo, en el derecho administrativo se agrandará la distancia entre esta doctrina universitaria y la doctrina más pragmática o prudencial de los consejeros de Estado...

SECCIÓN 2 LA DOMESTICACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EN EL SIGLO XX

(o el triunfo de la escuela francesa)

Generalidades: una conquista discreta y colectiva.

Los historiadores generalmente hacen comenzar el siglo XX en el año 1941. Pero esta fecha no marca ninguna ruptura en el pensamiento jurídico francés, ya que la ruptura con el siglo XIX intervino progresivamente entre 1880 y 1920. Y durante ese periodo de transición, las dos fechas emblemáticas son de todas formas 1899 (publicación de las obras maestras de Gény y Planiol) y 1902 (fundación de la *Revista trimestral de derecho civil*). Así, el siglo XX comienza correctamente a su hora, a pesar de signos precursores no despreciables.

¹⁵⁹ V. las reflexiones de Gazier, F: "Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement depuis 1990", *Le Conseil d'État, Livre jubilaire*, précipité, p. 303 s.s.

¹⁶⁰ V sobre la "coexistence d'une doctrine universitaire et d'une doctrine organique" ____, J.J: "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administrative __ *Droits*, t.1, 1985, p. 155 y 156.

A lo largo de este nuevo siglo, las individualidades parecen menos marcadas. No es que los autores carezcan de personalidad o de convicciones, ¡bien por el contrario! Pero profesores son antes que nada – con brillantes excepciones – menos diversos que sus antecesores, menos comprometidos en la vida práctica (litigante) o política y menos presentes en los grandes debates de su tiempo¹⁶¹. Tienen entonces una carrera universitaria más clásica que los conduce a obrar de manera más colectiva y convergente que sus antecesores. En resumen, su bibliografía vale como biografía. Una bibliografía por lo demás imponente, por la cantidad y la calidad de las obra publicadas: la doctrina francesa conoce incluso un periodo particularmente fausto, en el linde del siglo XX, con - la lista no siendo nada de exhaustiva – los Planiol, Géný, Capitant, Josserand, Ripert o Carré de Malberg, sin hablar de Duguit, Hauriou, Esmein y Saleilles, ya evocados. Ahora bien, es en esta época que toma forma, al parecer definitivamente, la cara de “la doctrine”.

Ésta, después de un siglo dedicada a explorar el espacio jurídico, tomó conciencia de su rol y de su valor. Pero tropieza con el desafío de la nuevas ciencias sociales, que adquieren una importancia considerable y en particular con el desafío de la sociología. En lo que concierne a estas nuevas ciencias sociales, la doctrina experimenta una mezcla de fascinación y de temor, pero después de algunos titubeos, el temor terminará por predominar, porque los juristas no aceptan ni compartir su poder científico con otros sabios, ni arriesgar una disolución de su disciplina. La doctrina se dedica entonces a delimitar el espacio jurídico y a conquistar la predominancia aunque procurando reivindicarla oficialmente: es entre las líneas del discurso doctrinal donde se revela esta toma del poder, que en la práctica interviene en dos planos.

Por una parte la doctrina recompone a su beneficio el paisaje jurídico: desacredita la ley, exalta la jurisprudencia, redescubre la costumbre, etc. Por primera vez en la historia teoriza las fuentes del derecho sin olvidar incluirse. Ciertamente se preocupa de limitar su propio estatus a una modesta función de persuasión y de interpretación cognitiva. Pero en contradicción con esta anunciada ausencia de voluntad hegemónica, es ésta quien determina el lugar que le corresponde a cada fuente. Y sobre todo se reconoce el derecho de explicitar el contenido bruto de la ley y la jurisprudencia, lo que tiende ya a transformar su rol de interprete en instrumento de dominación intelectual, en particular sobre los jueces. En suma, la doctrina pretende ser un *consejero oculto*.

Por otra parte la doctrina, para confortar esta dominación, va a construir su poder científico e implícitamente su propia identidad. Con este objetivo, define la ciencia del derecho en términos tales que sólo los *especialistas* y de gran envergadura, puedan consagrarse: en efecto ésta consiste en edificar una dogmática extrayendo principios o, incluso mejor, en ordenar el espacio jurídico por medio de teorías y construcciones de puro derecho. El mismo objetivo, notémoslo al pasar, tiende también en los hechos en reservar la obra científica a especialistas de pleno ejercicio, en suma

¹⁶¹ Sobre la enseñanza de los profesores de derecho en el siglo XX, cf. Millet, M: *Les professeur de droit citoyen*, Th.Paris II, dactyl., 2000, 2 vol.

a profesores. Así liberada de toda competencia, al menos en derecho privado, la doctrina universitaria puede en lo sucesivo adquirir una influencia dominante sobre las otras fuentes, las que *deciden* desde entonces, que su rol de intérprete la conduce a hablar en su nombre.

Veremos entonces como la doctrina del siglo XX domestica el espacio jurídico librándose a dos procedimientos un poco imbricados, pero que conviene distinguir para la claridad de la exposición: uno perfectamente explícito, que consiste en teorizar las fuentes del derecho (§1) y el otro totalmente implícito, que consiste a su vez en la construcción de su propia identidad (§2).

□ 1 LA TEORIZACIÓN EXPLÍCITA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La teorización de las fuentes del derecho no aparece sino hasta el siglo XX o casi. Estalla como un trueno en 1899, con el célebre ensayo de François Gény titulado *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Por primera vez o casi desde la promulgación del Código Civil un autor admite que el derecho positivo pueda tener otras fuentes que la ley y le consagra a éstas importantes desarrollos. En otros términos, Gény rompe deliberadamente con el dogma de la omnipotencia de la ley que había prevalecido a lo largo del siglo XIX. Pero simultáneamente se reconcilia con una tradición más antigua, porque este dogma rompía a su vez – y de forma igualmente deliberada - con el pluralismo del Antiguo derecho. Así el siglo XIX no habrá sido en este punto más que un paréntesis, que explica a la vez el culto revolucionario de la ley y el inmenso prestigio del Código Civil.

En efecto, en esta época sólo algunos espíritus originales o vanguardistas mencionaban la existencia de varias fuentes normativas. La gran mayoría de los autores se limitaba a la única fuente de derecho que vale, la ley y la oponían a sus *intérpretes*, entre los cuales se contaban “los jurisconsultos” y la “jurisprudencia de sentencias”, situadas de esta forma en posición de inferioridad, si es que no de sumisión, en relación a la ley. Bajo toda hipótesis, autores y jueces no tenían otra función más que aplicarla o ayudar a su aplicación.

Para que la situación pueda cambiar, para que un jurista – pronto seguido por todos los demás – ose finalmente criticar al doble mito de la ley y el código civil, hacía falta que el periodo revolucionario se alejara en el tiempo y que el código civil comenzara a dar signos de envejecimiento. Es cosa hecha en la transición hacia el siglo XX, pero evidentemente nadie imaginará que la controversia en relación a la ley que se sigue haya intervenido sin preparación alguna. Este evento no será comprendido entonces sino que operando, al precio de un ligero desvío a nuestro plan, una vuelta hacia el periodo anterior (A). Después, será posible medir la innovación considerable que fue, en el siglo XX, la teoría pluralista de las fuentes del derecho (B).

A. RETORNO AL PERIODO ANTERIOR A LA TEORIZACIÓN DE LAS FUENTES

Durante el siglo XIX, es la ley la que predomina casi sin competencia y la constatación vale para todas las ramas del derecho. Incluso el derecho administrativo no se escapa en un primer momento: estos precursores comienzan por aclarar el laberinto legislativo y reglamentario, ¡envidiando a los civilistas que tienen la suerte de beneficiarse de un código!¹⁶² Si exceptuamos algunos trabajos de vanguardia, la construcción doctrinal del derecho administrativo no se apoya en la jurisprudencia sino que de manera bastante tardía, en el último tercio del siglo XIX, es decir, en el momento en que por su lado, los civilistas descubren también el rol creador de las sentencias.

Este descubrimiento significa al menos que al margen de la ley, todavía teóricamente dominante, jurisprudencia y doctrina crecen poco a poco y se fortalecen la una a la otra. Comentando las sentencias, los autores les dan importancia ¡y recíprocamente el prestigio del tesoro jurisprudencial repercute sobre su inventor!

Pero en defecto de una verdadera reflexión teórica sobre las implicancias *jurídicas* de este fenómeno, en sí anunciador de una decadencia de la ley, los autores no pueden todavía validarlo. Lo que explica el pesado silencio sostenido por la mayoría de entre ellos sobre la eventual existencia de fuentes concurrentes, penetrando éstas sólo por accidente en la literatura jurídica: ¡a lo más se ve crecer el volumen de capítulos consagrados a la interpretación de la ley!

La fachada está entonces intacta: la ley, en teoría, no conoce rival (1°). Pero otras dos fuentes, la jurisprudencia y la doctrina, comienzan, si osamos decirlo, a mostrar la punta de su nariz: nos esforzaremos en seguir su recorrido extraoficial (2°).

1°) El monopolio oficial de la ley

El poder cada vez mayor de una literatura doctrinal diversificada, que cada vez toma más en cuenta a la jurisprudencia, no engendra enseguida una teoría de las fuentes. Esto se constata con la lectura de lo que sería naturalmente el receptáculo: las introducciones al derecho. Que figuren en obras que les son específicamente consagradas (a) o que sean incorporadas en obras más vastas (b), estas introducciones confirman el monopolio de la ley hasta fines del siglo XIX.

a) El monopolio en las obras de introducción al derecho

El proyecto de introducir al estudio del derecho parece haber nacido en las universidades alemanas, con un curso de *Enciclopedia jurídica* tendiente a reforzar la idea que el derecho constituye un *sistema*. Bajo esta influencia, el filósofo Víctor Cousin¹⁶³, entonces Gran maestro de la Universidad, había creado en 1840 *un curso de Introducción general al estudio del derecho* en la Facultad de Derecho de París.

¹⁶² V. *supra*, p. 110 s.s.

¹⁶³ *Moniteur* del 30 de junio de 1840.

Pero quizás había actuado sólo para colmar el deseo del oscuro civilista Xavier de Portets, que esperaba una cátedra desde 1831... En todo caso, fue una derrota, y el curso, que por lo demás no era sancionado por examen alguno, desapareció junto a su titular.

Sin embargo la idea siguió mejorando, algunos juzgando útil completar la enseñanza del Código con un curso preliminar destinado, según el informe de Víctor Cousin, a entregarle a los principiantes, “una visión general de todas las partes de la ciencia jurídica”, debiendo ésta permitir develar “el objeto distinto y especial de cada una de ellas... al mismo tiempo que su dependencia recíproca y el lazo íntimo que las une”.

Desde 1840, la Facultad de Estrasburgo creaba un curso de “enciclopedia” y era confiado al civilista Esbach, a la vez profesor y Presidente del Colegio de abogados. Las ediciones sucesivas de la obra extraídas de su enseñanza hacen de él un precursor inigualado en el siglo XIX. Si la primera edición apuntaba ya el estudio de las diferentes “fuentes del derecho”, la expresión remitía esencialmente y de manera bastante clásica a los orígenes históricos del derecho francés¹⁶⁴. Las fuentes normativas estaban limitadas a la ley, tímidamente completada por las opiniones del Consejo de Estado (antes de 1814) y las ordenanzas reales (después de 1814). La tercera edición, publicada en 1856, puso sin embargo fin a esta casi exclusividad. Las “fuentes del derecho positivo” son entendidas en lo sucesivo como las únicas fuentes normativas y el autor no se limita más a la ley y sus corolarios. En una nueva rúbrica dedicada a la costumbre, que toma posición al lado de la consagrada a la ley, el autor hace figurar la “doctrina de los jurisconsultos” y la “jurisprudencia de las sentencias”¹⁶⁵. Por primera vez un jurista pone en el mismo plano ley, doctrina y jurisprudencia, ¡al menos cuando las dos últimas adquieren un estatus consuetudinario! esta concepción de las fuentes anticipa a aquella desarrollada cincuenta años más tarde por Gény, a quien los juristas franceses considerarán sin embargo un revolucionario... Pero hay que decir en su defensa, que Esbasch es una figura de excepción: ninguna de las introducciones al estudio del derecho redactadas en el siglo XIX retomará sus ideas.

De este modo, Charles Beudant (1832-1898), que publica dos introducciones generales al derecho con casi treinta años de intervalo, no aborda jamás la cuestión de las fuentes desde un ángulo normativo¹⁶⁶. Su primera introducción, la de 1863, está muy marcada por las ideas alemanas: el autor, joven profesor intenta hacer la *enciclopedia* de la ciencia jurídica. Se interesa en presentar un índice de materia de ésta en todas sus partes, a marcar el objeto distinto y especial de cada una de ellas, al mismo tiempo que su dependencia recíproca, y a “unir finalmente el conjunto a la unidad de los principios”. Lo que lo lleva a reflexionar a la vez sobre los orígenes históricos del derecho francés y los fines últimos del derecho, que él pretende no confundir con la ley. Sin embargo, el derecho positivo se identifica todavía con ésta y la

¹⁶⁴ Esbasch, M: *Introduction générale à l'étude du droit*, Joubert, 1ª ed., 1846, p. 139 s.s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, Cotillon, 3e éd., 1856, p. 27 s.s.

¹⁶⁶ Beudant, Ch: *Leçon d'ouverture du cours d'introduction générale à l'étude du droit prononcée à la Faculté de droit de Paris le 16 novembre 1863*, Imp. Noblet. – *Le droit individuel et l'État, Introduction à l'étude du droit*, Rousseau, 1891.

idea de un pluralismo de fuentes no aflora ni siquiera en el pensamiento del autor. Ocurre lo mismo en su segunda introducción, aquella de 1891: *El derecho individual y el Estado*, que constituye más bien una obra de filosofía política en donde Beudant, que es en adelante decano honorario de la Facultad de Derecho de París, asimila el derecho a la única “ciencia de las libertades”, esto para privar de todo significado jurídico la emergente idea de derecho social. De las fuentes del derecho no es en absoluto cuestión, ¡si no es para someter la ley a los fines últimos y metafísicos, por el momento, de inspiración liberal!

A decir verdad, ninguna de las introducciones publicadas hasta el final del siglo XIX abordará verdaderamente la cuestión de la pluralidad de las fuentes del derecho positivo¹⁶⁷. Es más bien el planteamiento sobre los fines del derecho que agita a los espíritus. Es lo que ocurre con la *Preparación al estudio del derecho*, que el economista Courcelle-Seneuil publica en 1857 con el fin de sustituir los principios metafísicos (sobre los cuales apoyaría tradicionalmente el derecho) por principios racionales, claros y probados extraídos de la nueva “ciencia social”. O incluso del *Curso fundamental de derecho natural* que un antiguo profesor de derecho comercial en París, admitido en primer lugar en el concurso de admisión de profesores, Alphonse Boistel, publica en 1870 ¡con el deseo de fundar el conjunto del sistema jurídico sobre el pensamiento del filósofo italiano Rosmini!

Incluso si rompe con este espíritu filosófico, la *Introducción al estudio del derecho civil* que publica en 1898 Henri Capitant (1865-1937), por entonces joven profesor de derecho civil en la Facultad de Grenoble, no contiene mayores desarrollos sobre las fuentes normativas del derecho. El hecho amerita que nos detengamos, porque el libro es considerado incluso hoy en día como la primera introducción verdaderamente moderna al derecho civil.

En esta época, disposición administrativa del 30 de abril de 1895 viene de reformar en profundidad el régimen de la licenciatura en derecho. Este texto, aunque no instituye ningún curso de introducción general al derecho, disminuyó sin embargo el número de materias a enseñar durante el primer año, con el fin de permitirle a los profesores de derecho civil, que en lo sucesivo no están obligados a enseñar su disciplina siguiendo el orden del Código, reservar una parte de su enseñanza al estudio de las cuestiones generales. Capitant aprovechó esta oportunidad, pero no sigue hasta el final a los inspiradores de la reforma (Adhémar Esmein y Bufnoir), quienes tenían por objetivo promover el método histórico. Incluso si él está de acuerdo en su crítica del método exegético, su introducción constituye simplemente la versión francesa más profundizada de un curso de enciclopedia jurídica. Capitant expone “teorías de conjunto sobre las diversas partes” de lo que él llama “el organismo jurídico”¹⁶⁸, insistiendo en los elementos comunes que se encuentran en todas las relaciones de derecho. Es así que presenta una teoría de las personas y de los bienes, antes de

¹⁶⁷ Una interesante bibliografía crítica de las obras de introducción al derecho figura en el prefacio de la *Introduction générale à l'étude du droit* (Sirey, 1947) de Brethe de la Gressaye y Laborde-Lacoste.

¹⁶⁸ Capitant, H: *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, Pédone, 1ª ed., 1898, p. 2.

interesarse en los hechos y en los actos jurídicos y de acabar su obra con algunas “nociones generales sobre la prueba”. Capitant redacta entonces, en un solo volumen de trescientas cincuenta páginas, una síntesis del programa de licenciatura: bajo la influencia de las ideas alemanas, contribuye considerablemente a erigir el derecho civil francés como un sistema completo y coherente.

Pero sobre un eventual pluralismo de las fuentes del derecho, su lector no encuentra nada: luego de una breve referencia a la costumbre, sólo la ley en sentido formal ocupa el primer capítulo de la obra. En cuanto al método histórico, éste es sólo objeto de una mención. Capitant juzga este método como inútil en una obra que se limita a generalidades: el estudio profundizado de la historia no tiene sentido sino “cuando se ha entrado al sistema del derecho civil propiamente dicho, a propósito de cada grupo de instituciones y de cada institución”¹⁶⁹. Es sin lugar a dudas a causa de este prejuicio que los cercanos a Saleilles, en general fanáticos del método histórico, permanecerán reticentes en relación a Capitant...¹⁷⁰ Como sea, ninguna consideración ha abordado todavía el monopolio de la ley, ni siquiera en una obra que aparece cronológicamente como la primera de las introducciones contemporáneas.

b) El monopolio en las introducciones incorporadas en otras obras

Algunas introducciones aparecen también en ciertas obras de derecho civil, en una época en donde todavía el curso supuestamente debe comenzar con una lección sobre el artículo 1° del código... Encontramos en general algunas páginas dedicadas a la exposición de ideas generales, pero ninguna reflexión sobre la pluralidad de las fuentes del derecho en vigor.

Estas introducciones están por lo demás casi todas construidas sobre el mismo modelo. Después de haber vagamente definido el derecho con el fin de diferenciarlo de la moral, sus autores distinguen el derecho positivo del derecho natural, pero sin lograr verdaderamente disociar éste último de la moral, incluso de la religión. Para varios de ellos, este derecho natural fue grabado por Dios (el de los cristianos) en el fondo del corazón de cada hombre... y como se trata de enseñar el derecho civil y no la metafísica, la mayoría se une al pensamiento de Demolombe quien estima “que es más prudente decir que la verdadera ley, es decir la regla civilmente obligatoria, es siempre *positiva*, y que, bajo este análisis, no tenemos más que un *derecho*, más que una especie de *leyes*, a saber: el derecho, las leyes, sancionadas por el poder público”¹⁷¹. Finalmente, entre ellos el derecho no es más que el enunciado de las disposiciones de la ley.

Y esta ley es únicamente entendida en el sentido formal: en la línea del voluntarismo político que predomina en el siglo XIX, ésta sólo puede comprender los

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.14.

¹⁷⁰ V. las reservas formuladas por Tissier, entonces profesor en la Facultad de derecho de Dijon: *Revue critique de législation et jurisprudence*, nouvelle série, t. 27, 1898, p. 186 s.s.

¹⁷¹ Demolombe, Ch: *Cours de code civil*, t.1, Durand, 1ª ed., 1845, n° 8.

textos formulados por los órganos legislativos en sentido amplio. Así las costumbres son irremediablemente relegadas a las fuentes históricas del derecho francés. En cuanto a considerar los comentarios de las sentencias o la doctrina de los autores entre otras fuentes hipotéticas, nadie lo piensa: no son acá más que interpretes de la ley.

Esta actitud persiste hasta fines del siglo XIX, incluso en autores de transición que ya no pueden ser completamente ligados a la escuela del Código. El muy pedagógico *Compendio de derecho civil* en tres volúmenes (para los tres años de licenciatura) del profesor proveniente de la ciudad de Burdeos Baudry-Lacantinerie, cuyas sucesivas y cercanas ediciones prueban que constituyó la biblia de los estudiantes desde su primera publicación en 1882, no rompe en absoluto este silencio. A lo más, su autor se siente obligado de indicar “casi por todas partes en qué sentido se fijaron la doctrina y la jurisprudencia”¹⁷². Lo mismo ocurre con *el Curso de derecho civil francés* de Charles Beudant, que su hijo publica en cinco volúmenes a partir de 1896. Ciertamente y como lo notará Planiol¹⁷³, el fascículo introductorio de esta obra no limita el derecho a una sutil combinación de textos, pero toma en consideración el medio social del cual surgió el Código Civil y las diversas influencias experimentó con posterioridad. Pero ahí se termina la innovación: el título preliminar, que sigue inmediatamente, se limita a constituir una especie de teoría general de la ley.

Así, la omnipotencia de la ley hace imposible cualquier reflexión acerca de la noción de fuente del derecho en el sentido en que lo entiende la doctrina contemporánea, no entendiéndose hoy en día esta noción sino a condición de atribuir *varias* expresiones normativas al derecho aplicable¹⁷⁴. La ley, en consecuencia, queda sola en escena, los capítulos consagrados a sus intérpretes habiendo simplemente adquirido volumen. Sin embargo, un cambio puramente semántico en apariencia, pero significativo del recorrido oficial llevado a cabo por las otras fuentes, había ya aparecido desde mitad del siglo XIX: casi todos los autores se habían unido en una terminología sustituyendo “la jurisprudencia” a “la jurisprudencia de sentencias” y “la doctrina” a “la doctrina de los jurisconsultos”.

2°) La evolución extraoficial de las otras fuentes

Veremos sucesivamente cuales fueron los factores de un cambio (a) marcado por la discreta entrada en escena de la jurisprudencia (b) y de la doctrina (c).

a) Los factores de cambio

El siglo XIX experimentó una paradoja. Mientras que la producción doctrinal es particularmente abundante, la doctrina no existe como tal. No hay todavía más que jurisconsultos aislados susceptibles de producir doctrinas de autores, la palabra

¹⁷² Baudry.Lacantinerie, G: *Précis de droit civil*, Larose et Forcel, 1ª ed., 1882, p. VII.

¹⁷³ Planiol, M: *Revue critique de legislation et jurisprudence*, nouv. Série, t. 25, 1896, p. 659 s.s.

¹⁷⁴ Para un análisis crítico de la expresión “fuente del derecho” y de sus diversas acepciones (metafísica, histórica y normativa): Amselek, P: “Brèves réflexions sur la notion de “source de droit”, APD, t. 27, 1982, esp. p. 252.

“doctrina” siendo entendida acá en su sentido corriente, el de opinión. Pero esta paradoja se explica por el hecho de que no existe en la época ninguna otra fuente de derecho más que la ley.

Para que se pueda hablar de fuentes del derecho en plural, para que, en consecuencia *la* doctrina – y por lo demás *la* jurisprudencia – puedan existir como tales, será necesario que el cerrojo del monopolio de la ley ceda, lo que no tendrá lugar sino hasta fines del siglo XIX. Pero el evento habrá sido precedido de signos vanguardistas: con el desarrollo espectacular de las revistas jurídicas, la masa de opinión y de sentencias publicadas llega a ser tal que capta la atención de todos. Y sobre todo quienes participan en esta masa no se limitan más a querer aplicar la ley, sino que reivindican un rol creador, en los hechos sino en derecho. Viene entonces un momento en el cual los juristas no pueden seguir limitándose a la ley. Como lo escribía Demolombe desde 1845, el código civil fue incesantemente comentado y aplicado, al punto que se “formó sobre varios puntos, *un depósito de máximas y de decisiones*, un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia, que se volvieron, por así decirlo, inseparables de las decisiones legislativas, en el sentido que ya no es posible en lo sucesivo ignorar las unas o las otras”¹⁷⁵.

¡He ahí entonces este fenómeno de masificación tempranamente sacado a la luz por un autor sin embargo reputado clásico! Ahora bien, la obra doctrinal, ya voluminosa a la hora en que Demolombe efectúa esta lúcida observación, está destinada a incrementarse de manera considerable con el auge de una literatura jurídica consagrada a la presentación y al comentario de las sentencias. Sin embargo, la sola masificación de las opiniones y de las “máximas” no engendra, como lo hemos visto, ninguna teoría de las fuentes más que metafísica o histórica y en consecuencia no produce casi ningún efecto más que el cambio considerablemente educativo del vocabulario: así como lo acabamos de señalar, “la jurisprudencia” reemplaza a “la jurisprudencia de las sentencias”, mientras que “la doctrina” sustituye a “la doctrina de los jurisconsultos”. El fenómeno se observa a partir de los años 1840, es decir el momento en donde el volumen de la literatura jurídica comienza a tomar una verdadera amplitud.

El curioso paralelismo de esta doble evolución semántica ciertamente no es fruto del azar. El nuevo sentido de las dos palabras traduce, desde el segundo tercio del siglo XIX, un cambio importante en el paisaje y el pensamiento jurídico, pero un cambio implícito que sólo será teorizado más tarde. En lo inmediato, conviene primero tomar nota. Imaginemos entonces cómo la doctrina, nombrando a la jurisprudencia y nombrándose ella misma, firma la discreta entrada en escena de dos nuevas fuentes.

b) La entrada en escena de la jurisprudencia

Cuando los autores comienzan a hablar de “la jurisprudencia” en vez de “la jurisprudencia de las sentencias”, abandonan una expresión que había aparecido en el siglo XVIII, con un sentido a la vez preciso y sutil. Combinaba la palabra

¹⁷⁵ Demolombe, Ch: *Cours de Code civil*, t. 1, Durand, 1ª ed., 1845, p. IV.

“jurisprudencia”, tomada de su significado clásico de “ciencia del derecho”, con una referencia a las “sentencias”, designando el objeto sobre el cual trata esta ciencia. En otros términos, “la jurisprudencia de las sentencias” supuestamente debía caracterizar la actividad sabia de los jurisconsultos (y de los abogados) del Antiguo derecho, cuando trataban de elucidar el sentido de un derecho pretoriano marcado por la ausencia de motivación de las decisiones de justicia¹⁷⁶.

Es en esta acepción que los fundadores de la *Thémis*, en 1819, utilizan la expresión para titular la segunda parte de su revista. Pero aunque todavía utilizada aquí o allá hasta fines del siglo XIX e incluso después, la expresión no es más aquella que empleaban los fundadores de la *Revista crítica de la jurisprudencia en materia civil, administrativa, comercial y criminal* en 1851. Y numerosos autores de tratados los imitan, entre los cuales figura, a partir de 1845, Demolombe.

El progresivo abandono del sintagma “de las sentencias” marca la *autonomización* de la actividad pretoriana frente al mundo sabio, el mismo tiempo que anuncia un cambio profundo en el significado de la “jurisprudencia” la que no puede seguir confundándose con la sola ciencia del derecho. La palabra designa ahora un conjunto de decisiones, de las que un investigador pudo recientemente decir que eran reputadas “formar un conjunto coherente, ver un sistema, fuera de toda intervención doctrinal”¹⁷⁷: es lo que deja entrever ya Demolombe, cuando habla de un “cuerpo” de jurisprudencia y es lo que confirma Adhémar Esmein en 1902, cuando ve en la jurisprudencia un conjunto “armónico”. La jurisprudencia, tomada en este nuevo sentido, se convierte de alguna manera en una ciencia *en si misma*, formada por las decisiones de justicia. Pero para constituir este conjunto, ver este *sistema* que implica la palabra “jurisprudencia” fue necesario que estas decisiones fueran a la vez en número suficiente y suficientemente conocidas, lo que comienza a ser el caso a partir de 1840. La evolución semántica que debuta en este instante es entonces un efecto indirecto de la masificación. Y ocurre lo mismo en el caso de la “doctrina”.

c) La entrada en escena de la doctrina

A principios del siglo XIX, la palabra es todavía empleada en un sentido que no tiene nada de específicamente jurídico. Hablar de la doctrina de los autores o de los jurisconsultos, es hablar de las opiniones (en el sentido corriente) emitidas por una categoría particular de individuos. Pero este sentido comienza a cambiar a cambiar durante el segundo tercio del siglo XIX, cuando la doctrina evoca cada vez más una colectividad. Y en la misma época, el empleo de la palabra “jurisconsulto” se vuelve más raro, lo que traduce un cierto retroceso de los individuo en beneficio del grupo.

Acá de nuevo, si los redactores de la *Thémis* reservan la tercera parte de su revista a la “doctrina de los autores”, no es más el caso para los fundadores de *los Anales teóricos y prácticos del derecho comercial*, que en 1842 agregan una rúbrica consagrada a “la doctrina” a la que trata de la jurisprudencia (tomada en su sentido

¹⁷⁶ V. las explicaciones de Hakim, N: L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX e siècle.

¹⁷⁷ Hakim, N; *op.cit.*, p. 232.

actual). Igualmente, en 1856, el número inaugural de la *Revista práctica de derecho francés* es subtitulada “Jurisprudencia, doctrina, legislación”. Ni siquiera la Sala de admisibilidad de recursos deja de hacer referencia, en 1866, a *la* autoridad de la doctrina para reforzar una de sus sentencias¹⁷⁸.

Poco a poco el sentido de la palabra “doctrina” se enriquece, al mismo tiempo que se vuelve más complejo. Pronto la doctrina no se limitará únicamente a las opiniones de los autores sobre el derecho, designará también las obras en las cuales estas opiniones son expresadas, al mismo tiempo que el conjunto de autores que las expresan¹⁷⁹. A lo más, la palabra evocará una manera específica de aprehender el derecho, combinando la “crítica racional” y la “síntesis metódica”¹⁸⁰.

Desconectando sistemáticamente la “doctrina” de los “autores”, los juristas del siglo XIX le confirieron a ésta una característica netamente más colectiva, al mismo tiempo que le atribuyen quizás, a la imagen de lo que habían hecho con la jurisprudencia, las calidades de un sistema convertido en autónomo en relación a sus miembros. La doctrina no está más formada sólo de opiniones expresadas por los individuos, sino que comienza a englobar al conjunto de estas opiniones, al mismo tiempo que los juristas que las emitieron y esto en una perspectiva netamente más sistémica.

Se observa también la desaparición progresiva de la palabra “jurisconsulto” en la literatura jurídica del siglo XIX: mientras que estaba en situación de monopolio a principios del siglo, éste término empieza a aparecer de manera muy episódica a finales del siglo. Su menor frecuencia no marca tanto la separación, dado al surgimiento de un derecho codificado, entre la actividad doctrinal y el proceso¹⁸¹, como el reflejo de una visión individualista, sino *heroica* de la actividad sabia: contrariamente al jurisconsulto que crea el derecho, “la doctrina” aparece más bien como una masa casi anónima de opiniones sobre un derecho creado por otros... Pero à la imagen de *la* jurisprudencia, que no sabría ser reconducida a una masa indeterminada de decisiones, la doctrina es desde esa época una masa non desnudada de una cierta lógica interna. En esto la doctrina prefigure desde ya esta construcción, propia del siglo XIX, en donde creímos haber sacado a la luz la marca de una verdadera entidad.

Los juristas del siglo XIX inventan entonces dos conceptos -*la* doctrina y *la* jurisprudencia- que van a ayudar al surgimiento de una teoría de las fuentes del derecho. Porque el hecho que estos dos conceptos no designen una simple colección de sentencias y opiniones, les confiere una *densidad* mucho más grande y les permitirá afrontar esta otra entidad que es la ley. Dicho de otra forma la evolución semántica, que principia hacia 1840 y se cristaliza a fines del siglo XIX, hace posible en lo

¹⁷⁸ Req., 24 julio 1866, *DP* 1866, 1, p. 429.

¹⁷⁹ En este sentido, Hakim, N: *op. cit.*, p. 13, el texto y el pie de página 58.

¹⁸⁰ Appert, G: “De l'interprétation des volontés dans le code civil”, *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, t. VII, nouvelle série, 1878, p. 272.

¹⁸¹ En este sentido, F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 254.

sucesivo una teoría normativa de las fuentes, al mismo tiempo que le entrega los elementos futuros.

B. LA ECLOSIÓN DE LA TEORÍA PLURALISTA DE LAS FUENTES

Al extremo fin del siglo XIX, la teoría pluralista de las fuentes hace su aparición porque la ley se cae de su pedestal, esencialmente bajo del brutal ataque de una parte de la joven generación de civilistas. Por diversas razones, estos rebaten la autoridad de un código civil que estiman envejecido y del que esperan liberarse. Pero deben entonces admitir que este código no es la única fuente del derecho y en consecuencia construir con todas sus piezas una teoría de las fuentes, la que al principio no tiene otro objetivo que debilitar la omnipotencia de la ley. Esta primera etapa los llevará a situar, en el seno de la nueva teoría, lo que en adelante es llamado *la doctrina*, porque la noción de doctrina – al menos en un sentido contemporáneo que no la limita a ser sólo una opinión – sólo es concebible en un contexto pluralista.

La innovación es considerable: incluso los juristas del derecho Antiguo, que veían en el pluralismo de las fuentes un fenómeno natural, no habían hecho jamás una teoría, salvo quizás un pequeño bosquejo bajo la pluma lejana de Bártolo... Hay entonces un nexo evidente entre el término de la omnipotencia de la ley (1°) y la nueva presentación de las fuentes (2°).

1°) El término de la omnipotencia de la ley

La omnipotencia de la ley había comenzado a desmoronarse bajo el efecto de una masificación de opiniones, que acompañaba necesariamente su despersonalización y de alguna manera, su colectivización. Va a caer bajo los golpes de una polémica que marcará verdaderamente la entrada al siglo XX y la invención de un concepto francés de *la doctrina*.

Es primero el exclusivismo de la ley la que numerosos autores rechazan en esta época (a). Pero su crítica recae también sobre esta idea, que se había instalado en los espíritus desde el periodo revolucionario y según la cual los doctores o los jueces no deben poner en cuestión la autoridad de la ley en las interpretaciones que emiten. La controversia de la ley pasa entonces por la crítica de esta manera, llamada *exegética*, de interpretar la ley (b).

a) La crítica al exclusivismo de la ley

El siglo XVIII y las Luces había glorificado la ley al punto de rendirle un verdadero culto: según un discurso bien conocido, la ley – general, abstracta e impersonal – permite ella sola asegurar la igualdad de todos frente a la regla de derecho, al mismo tiempo que es un elemento determinante de la seguridad y de la libertad. Dicho de otra forma, el amor por las leyes marca la ruptura con los defectos del Antiguo Régimen. En este contexto, se comprende la fascinación que pudo ejercer la obra napoleónica de codificación, que no sólo consagra el triunfo de la ley, sino que además es supuestamente la que forjar el sistema racional... Ahora bien, a fines del

siglo XIX, es precisamente esta codificación la que es impugnada. El código civil en particular, cuya carga simbólica es por lejos la más grande, no aparece más a la par con la realidad del momento. En una palabra, ¡el código ha envejecido! Es más, algunos los consideran sospechoso de constituir un “obstáculo al progreso social”¹⁸².

La expresión es significativa, porque el fin del siglo XIX acaba de inventar la cuestión social¹⁸³. En lo sucesivo, los tiempos no estarían ya para exaltar de los principios individualistas que se volvieron ineptos para regular las relaciones sociales. La excesiva industrialización, la aparición de la cuestión obrera y el incremento del pauperismo urbano dejan pensar que la República es “sin aliento” y terminan con una puesta en duda de su supuesto fundamento: la filosofía de las Luces. Lo que hace falta en adelante – y los juristas juegan acá un rol de primera importancia – es aferrarse de más cerca a la realidad social, con el fin de crear nuevas categorías jurídicas susceptibles de restaurar una armonía social deseada. En este espíritu, se trata de fundar el nexo social menos sobre los principios de autonomía y de responsabilidad individual que sobre la idea, reputada más real y concreta, de solidaridad. Es en este sentido que se pronuncia Duguit, cuando intenta asentar una teoría del Estado sobre la idea de “solidaridad social”¹⁸⁴. Y es todavía en un proyecto de este género que trabaja Saleilles, cuando inventa la teoría del riesgo profesional, noción que él entiende sustituir a la de falta como fundamento de la responsabilidad civil¹⁸⁵.

Pero el derecho positivo no es el único puesto en tela de juicio: la invención de lo *social* produce también sus efectos sobre el terreno de las fuentes¹⁸⁶. Participa primero en el decaimiento de la ley, que pierde su autoridad intemporal. Y si los juristas no siguen en gran medida a Demogue, cuando estima que “la ley no es más que una manifestación social como cualquiera”¹⁸⁷, son por el contrario varios en querer reformar el código civil de 1804: esta cuestión está por lo demás en el corazón de las manifestaciones organizadas con ocasión de su centenario¹⁸⁸. Para los autores de la época, la ley sostendrá en lo sucesivo su autoridad gracias a su adaptación a las realidades sociales y a las aspiraciones del momento, lo que prefigura una nueva manera de concebir el trabajo legislativo. Como lo prueba el programa de la *Sociedad de estudios legislativos*, fundada en 1901 bajo el impulso de Saleilles, quien es el secretario general: cada proyecto de reforma deberá ser precedido de encuestas realizadas en los medios interesados y competentes, porque son en adelante los

¹⁸² Saleilles, R: “Méthode historique et question sociales”, *Atti del congresso internazionali di scienze storiche (Roma 1903)*, extrait du vol. IX, Rome, 1904, p. 14 – De manera general, Tellier, F: “Le droit à l'épreuve de la société – Raymond Saleilles et l'idée de droit social”, *RHFD*, n° 20, 1999, p. 147 s.s.

¹⁸³ Más específicamente, cf. Donzelot, J: *L'invention du social*, Seuil, coll. Point-Essais, 1994.

¹⁸⁴ En particular, Duguit, L: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901.

¹⁸⁵ Análisis largamente desarrollado por Saleilles en *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Rousseau, 1897.

¹⁸⁶ Hecho sintomático de la obsesión de la época: Jean Charmont publica en 1903 una “Leçon d'introduction d'un cours de droit civil” que se titula precisamente “La socialisation du droit” (*Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380 s.s.)

¹⁸⁷ Demogue, R: *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 568.

¹⁸⁸ *Le code civil -1804-1904 – Livre de la Société d'études législatives*, 1904, spéc. p. X. et XI.

hechos y el método experimental los que deben predominar frente a toda otra consideración¹⁸⁹.

Esta voluntad de adaptar el derecho a la realidad social no sólo reduce la autoridad de la ley, sino que también incita a inflar la de la jurisprudencia. ¿Quién mejor que el juez, en efecto, está en condiciones de conocer esta realidad cambiante a la que el derecho debe sin cesar adaptarse? Los tribunales están en contacto directo con los hechos y con los múltiples intereses que entran en juego en el seno de la sociedad: el estudio de sus decisiones es entonces el que supuestamente debe proporcionar la clave de la evolución sociales. Aún mejor – y el hecho reviste una importancia capital – esta primacía reconocida a la jurisprudencia en el conocimiento de la sociedad y de sus aspiraciones le confiere una nueva legitimidad en la edificación del derecho. En otros términos, la cuestión social es susceptible de consagrar la jurisprudencia como una de las instancias legítimas para “decir el derecho”, ¡como una fuente en consecuencia! Y esto porque los jueces podrán liberarse de la autoridad formal de la ley, porque el pensamiento del siglo XX, les permitirá esta conducta gracias a una crítica radical del método exegético.

b) La crítica del método exegético

Estamos en octubre de 1899. Joven profesor en la Facultad de Derecho de Dijon, François Géný (1861-1959) abre el siglo XX con un libro que rápidamente tendrá una inmensa repercusión: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo – Ensayo crítico*¹⁹⁰. Las dos primeras partes de esta voluminosa obra contienen páginas decisivas sobre las insuficiencias de lo que Géný llama todavía el “método tradicional” de interpretación de la ley. Y él denuncia los límites del análisis gramatical y lógico de los textos, así como las construcciones arbitrarias y artificiales en las que se encerraron sus antecesores, quienes sacrificaron así la necesidad de justicia y de utilidad por exigencias de coherencia abstracta. Géný critica entonces esta ficción, según la cual la ley, forzosamente completa, proveería la respuesta a toda cuestión planteada delante del juez. Según él, son las “relaciones incesantemente variables de la vida social” las que dan nacimiento a las instituciones jurídicas¹⁹¹.

El propósito no es completamente nuevo: así como él mismo Géný lo reconoce, Labbé y Boufnoir lo habían sostenido veinte años antes para justificar el estudio de la jurisprudencia y por lo demás no habían hecho más que profundizar el surco cavado por los partidarios de la escuela histórica francesa poco después de la promulgación del código civil. Pero el gran mérito de Géný es haber redactado *la* recopilación sobre el asunto. En lo sucesivo la joven generación de civilistas – la que sufre de la estrechez de espíritu reinante entonces en algunas facultades de derecho – puede unirse a la célebre instrucción que lanza Saleilles en el prefacio de la obra, ¡la de ir “más allá” del código civil!

¹⁸⁹ “Note de la rédaction”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, p. 19 et 10.

¹⁹⁰ V. un siglo más tarde, Thomasset, C; J. Vanderlinden y Ph. Jestaz (bajo la dir.), François Géný: *Mythe et réalités*, Dalloz, Bruylant & éd. Yvon Blais, 2000.

¹⁹¹ Géný, F: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Chevalier-Marescq & Cie, 1899, n° 63.

Así los civilistas van a poder liberarse de este código que en esa época es todavía un monumento. Y entrenarán rápidamente a los abogados en su enseñanza, como lo prueba el discurso que pronuncia el Primer presidente de la Corte de casación luego de las celebraciones consagradas al centenario del código. Ciertamente este Alto magistrado rechaza ver la fuente del derecho en alguna otra parte que en la ley, pero después de haber hecho referencia a los recientes trabajos de la doctrina, no duda en afirmar que el juez “tiene los poderes de interpretación más amplios” para adaptar “el texto a las realidades y a las exigencias de la vida moderna”¹⁹². En esta época por lo demás, los tribunales han dado ya algunos ejemplos de un uso bastante libre de los textos y estos ejemplos golpean aún más los espíritus porque afectan al el ámbito reputado como el menos cambiante del derecho civil, él de las obligaciones: admisión del enriquecimiento sin causa, primera decisión sobre el abuso del derecho o surgimiento de la responsabilidad del hecho de las cosas¹⁹³.

Incluso si no innova totalmente, la obra de Géný marca el fin de una época. La ley y el código no será más exactamente lo que eran... y quienes lo interpretan de una manera considerada muy literal son en adelante vilipendiados: durante los treinta primeros años del siglo XX, ciertos autores van literalmente a *inventar* una “Escuela de la Exégesis”¹⁹⁴, ¡a la que resultará de buena educación calumniarla durante los decenios que seguirán! En todo caso, la vía está despejada para construir una teoría necesariamente pluralista *de las fuentes*.

2º) La nueva presentación de las fuentes

La cuestión de las fuentes se convierte en el gran asunto de los primeros años del siglo XX, pero se plantea de la manera más anárquica. Al reconstituir los hechos posteriormente, parece ser que la presentación de las fuentes ha conocido dos aproximaciones. Por una parte la aproximación centrífuga y abierta sobre las fuentes externas del derecho positivo, llamadas en la época *fuentes reales* del derecho. Por otra parte la aproximación centrípeta, según la cual la doctrina se repliega sobre las fuentes positivas, las que son llamadas todavía hoy en día *fuentes formales* del derecho. Es esta segunda concepción la que terminará por predominando. Pero en lo inmediato, las dos concepciones suscitan dos debates distintos, aunque entremezclados, porque ambos nacen a partir de la puesta en dudas de la omnipotencia de la ley.

¹⁹² “Discours de M. Ballot-Beaupré”, *Le centenaire du Code civil – 1804-1904*, Société d'études législatives, 1904, p. 27

¹⁹³ Es quizás lo que hace todavía creer a numerosos juristas que esta época inauguró un periodo fastuoso para la jurisprudencia, a pesar de las reservas que se pueden formular sobre este punto: Halperin, J.L.: *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Quadriges, 1ª ed., 2001, n° 119.

¹⁹⁴ En particular Bonnecasa (*L'école de l'Exégèse en droit civil*, de Bocard, 1919) y Eugène Gaudemet, el alumno y colega de Géný (*L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Helbing & Lichtenhahn et Sirey, 1935; nueva edición por la Mémoire du droit, 2003, con una presentación de los mencionados autores).

El debate relativo a las fuentes reales equivale a volver a interrogarse sobre los orígenes del derecho. Para numerosos autores, en lo sucesivo es en la sociedad en donde hay que buscarlas. Los juristas – publicistas y privatistas – se interesan a la vez en el método experimental (él de Claude Bernard) y en la sociología naciente (que desarrollan Tarde y Works, dos juristas, y Durkheim). Algunos de ellos, cansados de las abstracciones lógicas de sus antecesores, se unirían incluso a un positivismo sociológico e irían hasta ver en la famosa realidad social una proveedora de normas. Pero se enfrentan a los defensores de un derecho natural renovado, deliberadamente menos abstracto que en el siglo XIX, y eventualmente dotado de un contenido variable (según la palabra del jurista Alemán Stammler). Volveremos sobre este primer debate, porque por el momento, es el segundo el que nos interesa más directamente.

El debate relativo a las fuentes formales del derecho consiste en interrogarse, una vez puesto en dudas el monopolio de la ley, sobre las otras fuentes normativas susceptibles de participar en la creación del derecho positivo. Para medir la evolución de las ideas en este punto, todavía lo mejor es retomar el estudio de las introducciones al derecho, que evidentemente van a reflejar la nueva teoría de las fuentes (a). Veremos además que esta teoría deja un lugar particular a la doctrina, cuyo estatus oficial queda así progresivamente determinado (b).

a) Una presentación que renueva las introducciones al derecho

La renovación de las introducciones se debe en gran medida al ensayo ya citado de Gény. En 1899, este autor inventa el concepto de *fuentes formales* – esas fuentes que “*se imponen socialmente sólo si reviste una determinada forma*”¹⁹⁵ – y determina una tipología que se convertirá en la mayor referencia para numerosos autores del siglo XX.

La ley constituye siempre la primera de estas fuentes. Pero contrariamente a lo que pensaba la mayoría de sus antecesores, Gény estima que no es la única: la costumbre también forma parte. Nada en la ley se opone, porque el legislador no ha fijado su estatuto. Y todo – razón y necesidades sociales – milita en este sentido, porque la costumbre responde muy específicamente a exigencias de seguridad, estabilidad e igualdad¹⁹⁶.

Sin embargo, la puesta en duda del monopolio de la ley no va más allá de esta primera y única audacia: la jurisprudencia y la doctrina son en efecto relegadas al rango de simples “autoridades”¹⁹⁷. La esencia de las explicaciones entregadas por Gény concierne a la jurisprudencia. A diferencia de la costumbre, su estatus es determinado por la ley constitucional: organizando un sistema de separación de los poderes, ésta le prohíbe expresamente a la autoridad judicial invadir las competencias del legislador, lo que traduce la prohibición de las sentencias de reglamento del artículo

¹⁹⁵ Bonnacase, J., *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 3ª ed., 1939, n°76.

¹⁹⁶ Gény, F: *op. cit.*, esp. n°116.

¹⁹⁷ *Ibid*, n°138.

5º del Código Civil¹⁹⁸. Gény no tiene entonces que preguntarse si la razón y las necesidades sociales ordenan o no de incluir a la jurisprudencia en las fuentes formales: es desde un primer momento y por razones puramente dogmáticas, que se encuentra excluida de la categoría.

El razonamiento es todavía más expedito a propósito de la doctrina. Incluso cuando concuerdan para hacer causa común sobre una cuestión en particular, las opiniones doctrinales no tienen fuerza obligatoria alguna, porque “no se ve de ninguna forma, a qué título, un poder negado al órgano oficial de la justicia (jurisprudencia), podría, en ausencia de toda institución de juristas patentados, serle reconocido a los sabios, cuya opinión, aunque expresa un sentimiento colectivo, no traduce jamás más que los esfuerzos de razón individual, sin ningún carácter de publicidad, y por así decir de autenticidad, que lo impone a una razón igualmente independiente”¹⁹⁹.

Simple autoridades, jurisprudencia y doctrina, no son entonces según Gény, sino opiniones a favor de tal o tal solución jurídica, del que sólo el número y la coherencia hacen la fuerza, incluso si emanan de personas o cuerpos a los cuales el juicio público reconoce una innegable competencia. No serán entonces jamás fuentes autónomas de derecho, pero pueden, eventualmente constituir “gérmenes” de costumbre o todavía “propulsores” de éstas (según una palabra extraída de Ihering).

Esta teoría de las fuentes, que opone las fuentes formales (ley y costumbre) a las autoridades (jurisprudencia y doctrina), constituirá el punto de partida de numerosas reflexiones a lo largo de todo el siglo XX, siendo la famosa metáfora hidrológica criticada bastante tardíamente y sólo por una minoría de autores²⁰⁰.

A decir verdad. Gény no es el único que organiza una teoría de las fuentes. El mismo mes en el que su ensayo aparece en las librerías, Marcel Planiol (1853-1931), titular de una cátedra de derecho civil en París desde 1895, publica su *Tratado fundamental de derecho civil* en tres volúmenes. Ahora bien, éste contiene un párrafo introductorio consagrado a las “principales” fuentes productoras de reglas: la ley y la costumbre. Además de existir entonces otras fuentes, la costumbre hace su entrada con fuerza en los manuales de derecho positivo: ya no hace referencia a un pasado fenecido, sino que constituye un elemento de la “legislación viviente”²⁰¹. Y más interesante aún, esta costumbre comprende a la jurisprudencia. Es lo que Planiol deja ver en su prefacio, cuando emplaza a los civilistas a tomar “la jurisprudencia por lo que es, por un derecho costumbrista de formación reciente”²⁰².

Así, con algunos días de diferencia y sin que los dos autores se hayan concertado, Planiol le entrega al público su propia teoría de las fuentes, pero

¹⁹⁸ *Ibid*, n°146.

¹⁹⁹ *Ibid*, n°150.

²⁰⁰ Además del artículo ya citado de P. Amssek, V. de Béchillon, D: *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, O. Jacob, 1997, p. 218 y 219.

²⁰¹ Planiol, M: *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1ª ed., 1899, n°9.

²⁰² *Ibid*, p. IX.

claramente más sucinta y ligeramente diferente: ahí donde Gény hacía tímidamente de la jurisprudencia un propulsor de la costumbre, Planiol (que publicará 137 comentarios de sentencias) ve un derecho costumbrista y por lo tanto una fuente propiamente tal – aunque fuera *secundaria* porque pasa mediante la costumbre. El mes de octubre de 1899 viene entonces a golpear de obsolescencia todo el pensamiento jurídico francés y particularmente la obra de Capitant, que sin embargo ¡data sólo del año precedente!

Es aún más cierto que no habrá vuelta atrás. Todas las introducciones al derecho posteriores comprenderán un pasaje más o menos importante reservado a la cuestión de las fuentes. Y ningún autor pensará en discutir la pertinencia de esta presentación plural, centrándose las variaciones sólo sobre el contenido respectivo de las diferentes fuentes.

¡Y también sobre su número! Gény y Planiol permanecen bastante tímidos: se limitan a apuntar la ley y la costumbre, luego a fijar la suerte de la jurisprudencia en referencia a la costumbre. Pero otros autores tendrán una visión netamente más dinámica. Tomemos un solo ejemplo, pero característico: en su *Introducción general al estudio del derecho*, publicada en 1947, los profesores de Burdeos Brèthe de la Gressaye y Laborde-Lacoste retoman, bajo otra denominación, la distinción entre fuentes reales – “los elementos constitutivos de la regla de derecho” - y fuentes formales – “los modos de expresión de la regla de derecho”. En el seno de esta última rúbrica y bajo la influencia de los publicistas (más especialmente de Duguit, del cual uno fue su alumno²⁰³), distinguen entre las fuentes que revisten la categoría de actos jurídicos y todas las otras fuentes. Figuran así en el primer grupo la ley, el derecho corporativo, los actos jurídicos individuales y la jurisprudencia, mientras que pertenecen al segundo, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho. Esta inflación en el número de fuentes caracterizará por lo demás la literatura del siglo XX: y este crecimiento se acentuará incluso – no sin una reflexión desilusionada acerca de la anarquía reinante en el seno de la categoría – con el surgimiento de fuentes europeas y de un derecho constitucional sustancias proveniente de la jurisprudencia del Consejo constitucional.

Pero el lugar respectivo de las diferentes fuentes agita también los espíritus. Así algunos autores se interrogaron sobre que lugar debía ocupar la costumbre en un sistema fundado en los sucesivo en la primacía de la ley, lo que por lo demás en general los llevaba a constatar su “debilitamiento progresivo”²⁰⁴. Pero es sobre todo a propósito de la jurisprudencia que el debate se enfureció. Gény estaba conciente de la dificultad²⁰⁵ y su desacuerdo con Planiol sería suficiente para probar que la cuestión estaba ya a la orden del día en 1899. Pero no dejó de repercutir y de suscitar ambigüedades. Es así como en 1930, el decano Jossierand (1868-1941) presentaría una teoría de las fuentes extraordinariamente clásica, distinguiendo ley y costumbre y

²⁰³ Brèthe de la Gressaye, J; M.Laborde-Lacoste: *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, nº 206, en donde los autores hacen un reenvío a la crítica de la presentación clásica de las Fuentes hecha por los tres publicistas: Duguit, Jèze y Bonnard.

²⁰⁴ Bonnacase, J: *op.cit.*, nº82.

²⁰⁵ Gény, F: *op. cit.*, p. 426 s.s.

relegando a la jurisprudencia a un estatus de intérprete de la ley²⁰⁶. Pero al mismo tiempo, reducía las leyes a un rango subalterno de simples “documentos legislativos” destinados a no ser más que ¡“los materiales cuyo ensamblaje y puesta en marcha” habían sido confiados a la jurisprudencia! ¡Y se proponía entonces estudiar la jurisprudencia con prioridad!²⁰⁷ A decir verdad, Josserand parece bastante representativo de una especie de esquizofrenia de la doctrina francesa, que está principalmente interesada en la jurisprudencia (según la instrucción de los fundadores de la *Revista trimestral de derecho civil*), no osando sino muy raras veces hacerla una fuente autónoma de derecho. Este debate continúa por lo demás hoy en día, como lo prueba la publicación, con intervalos regulares, de crónicas con respecto al tema...

La duda persistente sobre el estatus de la jurisprudencia sin embargo no tuvo jamás su equivalente en lo que concierne a la doctrina. Según la opinión unánime, la doctrina no cumple más que una labor de interpretación; y si hay discusión, está se centra solamente sobre la mejor manera en que ésta puede interpretar a las otras fuentes.

b) Una presentación que le otorga estatus oficial a la doctrina

Notémoslo de entrada: se trata del estatus oficial de la doctrina. Ciertamente Géný, en 1899 no utiliza todavía el término y prefiere la expresión de “autoridades doctrinales”²⁰⁸, que extrae quizás del *Repertorio* de Merlin. Pero por una vez, va más atrás que su tiempo, porque hace ya algunos años que “la doctrina” a pasado al lenguaje corriente de los juristas. Y esta expresión se impondrá rápidamente en los otros autores que le consagran en adelante una párrafo de su teoría de las fuentes. El siglo XX no hablará más de “autoridades doctrinales” – incluso si la mayoría de los autores ven en *la doctrina* una autoridad.

En cuanto a los “jurisconsultos”, que casi habían desaparecido en el siglo XIX, éstos no reaparecerán en el siglo siguiente. El testigo está en adelante en las manos de la doctrina, como lo indican casi por incidente Colin y Capitant en su *Curso fundamental de derecho civil* (cuya primera edición remonta a 1914), cuando se preguntan si “la Doctrina del siglo XX” se mostrará digna de “nuestros grandes jurisconsultos de antaño”²⁰⁹. Un pequeño testigo que no significa sin embargo que no volveremos a reencontrar esta palabra bajo algunas plumas. Pero será más bien para marcar un apego nostálgico (y vagamente iusnaturalista) hacia los jurisconsultos romanos – ver para recoger algo de su gloria: esta actitud se inscribe entonces dentro de una estrategia más o menos conciente tendiente a recrear el poder doctrinal de decir el derecho, ver incluso el *buen* derecho, él que el jurisconsulto romano tenía la ventaja de crear... Pero no se trata acá más de un fenómeno marginal, porque desde que el principio del siglo XX vio la aparición de la doctrina, ésta predomina sobre toda otra expresión.

²⁰⁶ Josserand, L: *Cours de droit civil positif*, Sirey, 1ª ed., 1930, p. 14 s.s.

²⁰⁷ *Ibis*

²⁰⁸ Géný, F: *op.cit.*, n°150.

²⁰⁹ Colin, A; H. Capitant: *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, t. 1, 4ª ed., 1923, p. 34.

Y contrariamente a la jurisprudencia, es sin ninguna dificultad que la doctrina encuentra su lugar en el seno de la teoría de las fuentes. Nadie discute verdaderamente: como lo escribe Gény, la doctrina vendrá necesariamente después de todas las otras fuentes. Es sólo la terminología la que cambia: según los autores, la doctrina es una simple autoridad o una fuente puramente material, a menos que se la ubique del lado de los intérpretes de la ley, lo que permite entonces extraer un bello medio de fuentes formales, pero sin arriesgar nada sobre el fondo, porque esta presentación no pone en duda la estructura binaria ley / costumbre, que sigue siendo ampliamente dominante.

La razón de este modesto lugar se basa evidentemente – y todos los autores lo admiten – en la constatación de que la doctrina ejerce una influencia “exclusivamente espiritual”²¹⁰ sobre la creación del derecho. Dicho más bruscamente, la doctrina no crea normas directamente: a lo más puede incitar a esta creación ejerciendo su influencia – su *autoridad*, por naturaleza intelectual – sobre quienes tienen el poder de decidir. Como lo escriben sustancialmente numerosos autores, ¡nadie se encuentra obligado a respetar las injerencias de la doctrina!

Así, a principios del siglo XX, *la* doctrina (con o sin mayúscula) ve su existencia definitivamente reconocida bajo este nombre y encuentra sin dificultad su lugar entre las fuentes del derecho. Queda por dotarle contenido precisando y reforzando su misión. Es por acá que la doctrina, a lo largo de los primeros años del siglo XX, terminará de construir su propia identidad, con su estatus y sus objetivos: años decisivos, porque hoy en día todavía la gran mayoría de los juristas franceses permanecen ampliamente dependientes de esta herencia.

□ 2 LA CONSTRUCCIÓN IMPLÍCITA DE LA IDENTIDAD DOCTRINAL

Introducción: la doctrina frente a las ciencias sociales

La construcción de la identidad doctrinal permanece ampliamente implícita. Después de haberse designado explícitamente como una fuente del derecho en el seno de su teoría de las fuentes, la doctrina no dirá nada más sobre su propio ser. Desde luego, frente al mundo se da una misión, lo que en una agrupación se llamaría un *objeto*. Pero la doctrina es una agrupación de las más informales y sobre todo curiosamente tácita, porque hoy en día todavía una parte de sus miembros rechaza reconocerla como tal. ¡Y este “conjunto”, porque es el único nombre admitido por todos, se traducirá poco a poco, en un comportamiento de conjunto! Así, es sólo definiendo su misión que la doctrina se construye; pero esta misión reviste una importancia a sus ojos capital.

En la época de esta construcción (aproximadamente entre 1880 y 1920), la literatura jurídica desplazó el centro de gravedad del derecho de los sabios. El código

²¹⁰ Brèthe de la Gressaye, J; M.Laborde-Lacoste, *op. cit.*, n° 317.

civil y las leyes en general no son más los únicos objetos de la reflexión doctrinal. Esto es verdad para los civilistas pero también para quienes se especializan en otras ramas del derecho, algunas de las cuales están en plena expansión luego de un siglo de dominación del derecho civil. Por diferentes razones, los administrativistas, los comercialistas, los internacionalistas, los penalistas o incluso los precursores de la “legislación industrial” (el futuro derecho laboral) miran todos más allá de los textos: hacia la jurisprudencia (masivamente) y la costumbre (mucho menos), pero también del lado de la economía, de la estadística, de la historia, de la antropología y sobre todo de la sociología.

Estas nuevas ciencias fascinaron a ciertos juristas antes de inquietar a la mayoría de ellos. En un primer momento, los autores que inventaron al teoría de las fuentes les asignaban, entre otras funciones, la de legitimar la mirada dirigida hacia lo que llamaban las fuentes reales²¹¹, es decir, las crecientes ciencias sociales. Habiendo éstas adquirido el estatus de fuente, ya no resultaba incongruente de hacerlas valer en sustento de una argumentación: se insertaban en lo sucesivo en el discurso jurídico, de manera que invocarlas, era incluso *hacer derecho*.

Este movimiento de una amplitud sin precedentes presentaba sin embargo un riesgo mayor que Gény comprendió perfectamente (pensando en los jueces): si los juristas ya no siguen suponiendo que la ley es completa y exclusiva de toda otra fuente, si esta ley no es más su horizonte insuperable, el centro de gravedad de la potencia formal, generadora de reglas jurídicas, va a desplazarse de manera imprevisible. Desde entonces, ¿no se arriesga con caer “en el abismo de la arbitrariedad individual? ¿No iremos, por regocijo, a exponernos a todos los peligros de los juicios empíricos o de ocasión y sacrificar así esta necesidad primordial, absoluta, indiscutible, la certeza del Derecho, de donde se extrae la seguridad misma de la vida social? Esta es seguramente la objeción más fuerte, que amenaza las nuevas tendencias”²¹².

Para conjurar este riesgo, se vuelve indispensable dotar de “sólida armadura” (la expresión es también de Gény) al derecho de nueva manera. La solución vendrá con una renovación de los métodos del derecho de los sabios. Como lo destaca en 1912 un alumno de Eugène Gaudemet, el futuro profesor Emmanuel Gounot, ya no es posible limitarse a “proveerle a la práctica judicial las soluciones de los problemas que sostiene la vida jurídica de cada día”²¹³. Los sabios deben cambiar la escala e interesarse en las grandes cuestiones teórica de manera distinta que por medio de algunas generalidades y falsas “ideas claras” sobre el derecho. Forjar *construcciones jurídicas* de una más vasta amplitud que las del siglo XIX, porque deberán tomar en cuenta, ordenar y canalizar los aportes de todas las fuentes del derecho – formales y reales – ¡lo que se convierte en una imperiosa necesidad!

²¹¹ Esta idea manifestada en raras ocasiones, aflora sin embargo, en Bonnacase: op. cit., p.182 s.s.

²¹² Gény, F: op. cit., n° 86.

²¹³ Gounot, E: *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Rousseau, 1912, p.8.

Dicho de otra forma, ¡la teoría de las fuentes pierde bastante rápido sus aspectos centrífugos! Frente al riesgo de dispersión, revela su verdadera lógica interna, que consiste en hacer ordenar todas las fuentes por medio de una sola de ellas, a saber la doctrina: en lo sucesivo ésta tendrá por misión dominar los desbordes que las nuevas tendencias arriesgan engendrar y dominarlos por un retorno a la dogmática, incluso renovada al pasar. De efecto, se trata sobre todo de reforzar esta dogmática, lo que no podrá ser el hecho sino que por *verdaderos* sabios, entendidos como quienes detentan un saber global que sobrepasa el sólo ámbito del derecho de aplicación práctica inmediata. Ahora bien, esto implica que disponen del tiempo suficiente y de los conocimientos necesarios. Los grandes abogados redactores de tratados, conocidos hace bastante tiempo porque el modelo era el del jurisconsulto romano, serán en los hechos excluidos de un campo doctrinal en búsqueda de autonomía, un campo reservado en lo sucesivo a los profesores de pleno ejercicio, que por su lado tienden a dejar la abogacía²¹⁴.

Es así que la doble afirmación sobre la primacía de la dogmática (A) y del magisterio de profesores (B) sirve de fundamento implícito a la identidad doctrinal.

A. UNA IDENTIDAD FUNDADA SOBRE LA PRIMACIA DE LA DOGMÁTICA

Así como le hemos visto, la efervescencia intelectual que conoce el principio del siglo XX, se acompaña también de un verdadero desconcierto: muchos profesores franceses, que enseñan y publican en esta época, son “juristas inquietos”²¹⁵. Habiendo caído bajo el método tradicional de interpretación (que atribuyen a una desastrosa “Escuela de la Exégesis”, imaginada después para las necesidades de la causa), estos juristas no pueden asegurarse sino inventando un método propio a evitar la arbitrariedad del juez. Pero su búsqueda de una supuesta objetividad científica (1°) origina en realidad un retorno progresivo a la ortodoxia jurídica (2°), en nombre de la cual se fijarán entonces el estatus y las funciones de la doctrina en el siglo XX.

1°) La búsqueda de la objetividad científica

La profunda inquietud de los juristas provoca en ellos una reflexión abundante (a), pero que terminará bruscamente y finalmente no desembocará en una verdadera conmoción (b).

²¹⁴ Y no volverán, por razones financieras, sino que a partir de 1970.

²¹⁵ Esta expresión es de Ernests Glasson, decano de la Facultad de derecho de Paris entre 1899 y 1906. Provoca hoy en día una renovación del interés gracias a los trabajos de una colega franco-canadiense especializado en el estudio del pensamiento jurídico francés: Belleau, Marie-Claire: “Les “juristes inquiets”: classicisme juridique et critique du droit au débuts du XXe siècle en France”, *Cahiers de Droit*, vol. 40, 1999, p. 507 s.s. – Comp. Arnaud, A.J: *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 75 s.s., que habla de manera más peyorativa de un “tiempo de alborotadores”.

a) Una reflexión abundante

Son sobre todo los civilista los que se inquietan, porque son los más directamente afectados por la puesta en duda de los métodos clásicos de interpretación del código. Pero lo que los toca no deja indiferente a ningún jurista: en una época en donde las especializaciones no están muy marcadas y en donde el derecho civil predomina todavía en la formación de los juristas, todos son más o menos civilistas. Además, todas las ramas del derecho son afectadas por este movimiento, lo que demuestra le ebullición de ideas nuevas de las que son objeto entre 1880 y 1920.

La cuestión central que algunos autores intentan resolver durante estos años cruciales se anuncia más o menos así: ¿cómo hacer entrar la vida al derecho sin sacrificar la seguridad jurídica? Y su respuesta será: ¡haciendo ciencia! La palabra sin embargo no tendrá jamás en sus espíritus más que un significado ambiguo: ¿se trata solamente de observar la realidad social, procedimiento que cada uno sabe hoy día que no puede en caso alguno *dictar* la solución jurídica? ¿O se trata ya de ordenarla en espíritu en la perspectiva, conciente o no, de su planificación por el derecho positivo?

Para comprender esta ambigüedad en el pensamiento de los “juristas inquietos”, primero hay que revelar que todos están marcados por el surgimiento ya evocado de lo *social*. Si bien no todos tienen como objetivo restaurar la armonía de una sociedad presa de numerosos conflictos, lo que supone una conciencia política muy desarrollada, al menos la idea de lo social crea un cierto *clima* intelectual que ninguno de ellos podría ignorar. En particular, nadie puede admitir que la lectura gramatical de los textos sea suficiente para responder a las nuevas cuestiones que hace surgir una sociedad en plena evolución. Ciertamente nadie pretende sacrificar la seguridad jurídica. Pero esta seguridad no será más impuesta de manera autoritaria y abstracta (a la manera de los juristas del siglo XIX, un poco caracterizada a propósito). Esta prevalecerá al final de un *razonamiento* destinado a *conciliar* los diferentes intereses contradictorios que la observación de la realidad social habrá sacado a la luz. En claro, y aunque los interesado no tengan conciencia, ¡esta seguridad prevalecerá por la voluntad del jurista y no por la leyes, reales o imaginarias, de la ciencia!

En todo caso, en lo sucesivo es conveniente que a la crítica de la exégesis le suceda una obra de reconstrucción, cuya parte teórica será tratada por Saleilles y Gény y en menor grado por Lambert. Estos tres autores, cada uno a su manera, van a intentar una posible conciliación entre las exigencias de la objetividad científica, o la que se pretendió como tal, y las de la dogmática jurídica.

1) Saleilles está en el centro de un grupo, a la vez informal y de geometría variable, de juristas enérgicamente decididos a renovar el pensamiento jurídico. Algunos son o serán pronto conocidos en diferentes ámbitos: François Gény evidentemente (colega de Saleilles en Dijon, entre 1890 y 1895), pero también Étienne Bartin²¹⁶ (a la vez internacionalista y civilista, porque retomará y enriquecerá la obra de Aubry y Rau), Eugène Gaudemet, Édouard Lambert, el procesalista Albert Tissier e

²¹⁶ Sobre el cual, du Pontavice, E: “Éloge d’Étienne Bartin”, *Annales de la Faculté de droit et de ciencias sociales*, Université de Clermont, 1966, fasc. 3, p. 189 s.s.

incluso el publicista Léon Duguit. En el seno de este grupo, Saleilles intenta poner en marcha el método Histórico, que se basa enteramente en la consideración de una realidad social cambiante y compleja, combinada con una búsqueda de estabilidad y de seguridad. Esta puesta en conformidad del derecho con la vida, incita a Saleilles a sustituir “el método «racional» fundado en la lógica sociales... por el método «razonante» fundado en la lógica formal”²¹⁷.

Esto parece significar concretamente que los juristas deberán apoyarse en las nuevas ciencias sociales para conocer *científicamente* la realidad social y que van luego a traducir esta realidad al derecho por medio de *construcciones jurídicas*. Saleilles definió estas construcciones, y al mismo tiempo la ciencia del derecho como “la traducción a fórmula positiva de ideas racionales, sacadas del punto de vista social y reconducidas a precisiones que las sustraen, tanto como sea posible, de la arbitrariedad”²¹⁸.

2) Este programa no está tan alejado al que Gény propone bajo el título de “libre investigación científica”²¹⁹. Habiendo brillantemente refutado la teoría clásica, Gény liberó a los juristas (al menos en parte) de la tiranía de la ley. Pero como teme ver ceder al intérprete frente a su propia subjetividad, propone un método bajo una forma alternativa. Ya sea que el texto a previsto el caso concreto del que se trata y el intérprete debe limitarse a éste, procediendo a una interpretación estricta. O bien sus redactores no lo había previsto y el intérprete puede entonces liberarse del texto, pero a condición de hacer una obra *científica*. Para este fin, deberá “escrutar [...] la naturaleza individual y social de la humanidad”²²⁰, utilizando todos los recursos que le ofrecen las ciencias morales y políticas: sociología, economía, política, filosofía general, ética, sicología, “derecho público racional”, etc. Todo esto con la constante preocupación de encontrar en las relaciones de la vida jurídica “los elementos de la armonía que el derecho positivo tiene por misión realizar”²²¹. Porque para Gény, es esta armonía la que hay que poner al día de la manera más objetiva posible, pudiendo aportar ella sola los medios necesarios para equilibrar los “intereses en conflicto”: se reconoce al mismo tiempo una terminología que Gény toma prestada del jurista alemán Jhering (1818-1892), cuyas ideas – las de la “jurisprudencia de intereses”²²² – conocen en este momento un éxito considerable en Francia²²³.

3) Es esta manera de proceder la que critica Édouard Lambert (1866-1947). Habiendo sostenido en 1893 una tesis innovadora sobre la promesa de hecho ajeno

²¹⁷ Sobre el cual, du Pontavice, E: “Éloge d’Étienne Bartin”, *Annales de la Faculté de droit et de sciences sociales*, Université de Clermont, 1966, fasc. 3, p. 189 s.s.

²¹⁸ Saleilles, R: “Droit civil et droit compare”, *RIE*, t. 61, 1911, p. 20.

²¹⁹ Gény, F. *op. cit.*, p. 457 s.s.

²²⁰ *Ibid.*, n°168, p. 512.

²²¹ *Ibid.*, n°168, p. 517.

²²² Cf. en particular, Fasso, G: *Histoire de la philosophie du droit, XIXe et XXe siècles*, LGDJ, 1976, esp.p. 149 s.s.

²²³ Un éxito no carente de cierta ambigüedad: cf. Whitman, J.Q: “Jhering parmi les Français, 1870-1918”, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouv. Série, n°1, 1997, p. 151 s.s.

(una de las primera en apoyarse en la jurisprudencia), fue admitido en primer lugar en el concurso de admisión de 1896. Profesor en la Facultad de derecho de Lyon, se consagra rápidamente al estudio del derecho comparado. Después que Saleilles lo invitó a participar en el primer congreso internacional de derecho comparado, que se realizó en París durante la Exposición universal de 1900, publica en 1903 un libro, el primero de una larga serie, consagrado a “la función de derecho civil comparado”. Y después del primer conflicto mundial, funda el Instituto de derecho comparado de Lyon, que conocerá un notable desarrollo²²⁴.

Desde 1900, Lambert intenta prolongar la obra de Géný, de la cual percibió los puntos débiles. El reproche esencial que dirige a la libre búsqueda científica se basa precisamente en la imposibilidad de descubrir con una objetividad suficiente la “naturaleza de las cosas positivas”. Él no cree por lo demás que el recurso a las nuevas ciencias sociales, que Géný señala en sustento de su método, tenga alguna utilidad, porque éstas están todavía en un estado embrionario. Para Lambert, existe una tarea mucho más urgente: “hacer reconocer al derecho civil su verdadero carácter de ciencia de observación, restituirle son real objeto: el sistema jurídico complejo y móvil de la hora precedente”²²⁵. Tanto así que hace falta abandonar el estudio del código civil para sustituirlo por el estudio, mucho más fecundo, de la jurisprudencia. Pero observar esta jurisprudencia no es suficiente: hay que acompañar su evolución. ¿En dónde encuentra entonces “los puntos de apoyo indispensables para poder así guiar la marcha de la jurisprudencia? En la ciencia del *derecho civil comparado* o del *derecho común legislativo*”²²⁶. El derecho comparado – o más exactamente el método comparativo – proveería entonces un sustituto a la libre búsqueda científica²²⁷. La objetividad que Géný creía encontrar en la búsqueda de una “naturaleza de las cosas positivas”, Lambert la busca en una “conciencia jurídica internacional”²²⁸, idea que no cesará de defender con posterioridad.

Método histórico, libre investigación científica, método comparativo: cada vez el objetivo es el mismo, consiste en liberar a los juristas de la autoridad de la ley procurando no ceder a su propia subjetividad, fuente eventual de desórdenes. Pero esta reflexión no podría acabar, porque se trataba acá de una tarea imposible.

b) Un reflexión inacabada

Bajo el resguardo de objetividad, Saleilles, Géný y Lambert, cada uno a su manera, aportó una visión personal del derecho, de manera que la conciliación entre dogmática y ciencia queda todavía por hacerse... Saleilles, que es el jurista de las antinomias, no cesará de trabajar para intentar superarlas. Del mismo modo, es para

²²⁴ Sobre éste: Basdevant –Bastid, S: “L’institut de droit compare de Lyon”, *Introduction à l’étude du droit comparé, Recueil d’Études en l’honneur d’Édouard Lambert*, LGDJ, 1938, p. 11 s.s.

²²⁵ Lambert, E: “Une réforme nécessaire des études de droit civil”, *RIE*, t. 40, 1990, p. 238.

²²⁶ *Ibid.*, p. 240.

²²⁷ Sobre este tema, Jamin, Ch: “*Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité*”, RIDC 2000, p. 733 s.s.

²²⁸ Lambert, E: “Le droit compare et la formation d’une conscience juridique internationale”, *Revue de L’Université de Lyon*, t. V, 1929, p. 441 s.s.

conciliar intereses conflictivos que Géný quiere promover una libre investigación científica, destinada a encontrar una hipotética armonía en lo profundo del derecho positivo. Y Lambert le sigue el paso, salvo en el hecho que él cree sacar a la luz esta armonía en la conciencia jurídica internacional, que el método comparativo tiene por objetivo de poner al día, al menos en los pueblos que han alcanzado un estado de desarrollo análogo al nuestro. En este punto enunciaremos que sólo la dogmática podrá entregar esta armonía y que finalmente predominará cuando estos juristas se cansen de estar divididos.

En un primer momento sin embargo, sus tentativas dan una inmensa bocanada de aire fresco al conjunto del pensamiento jurídico francés. Su ámbito se alargó de la noche a la mañana y de manera considerable, a la vez del lado de las fuentes normativas y de las fuentes llamadas reales.

Del lado de las fuentes normativas, en lo sucesivo es legítimo interesarse con prioridad en la jurisprudencia (y no solamente en el derecho administrativo) y de concebirla de una nueva manera, porque la obra de los tribunales pasa por ser la mejor capaz dar cuenta de la vida social y de su evolución. Varias construcciones jurídicas innovadoras toman así apoyo sobre el estudio de la jurisprudencia, como la famosa teoría del abuso del derecho, que Josserand lanza desde 1905 antes de desarrollarla en 1927: teoría aún más emblemática de la época en que el abuso se ve caracterizado por un desvío de la función *social* de los derechos subjetivos²²⁹.

Del lado de las fuentes “reales”, la penetración de las nuevas ciencias sociales en el derecho tiene lugar sólo en cierta medida. Es en particular la sociología que suscita el interés de los juristas: así Hauriou, quien fue primero una feroz adversario de “sociologismo”, termina por unírsele (su teoría de la institución le debe mucho). En cuanto a Duguit, su teoría “realista” del derecho, destinada a romper con toda concepción metafísica reposando sobre los conceptos abstractos, se inspira en Durkheim a quien frecuenta en la ciudad de Bourdeau.

Pero esta bocanada de aire fresco contiene en germen su contrario. Por ejemplo, la libre búsqueda científica implica ya, bajo el nombre de ciencia, una visión sistemática y *a priori* del derecho. Porque Géný, así como tampoco ningún autor de la época, no pretende someter el derecho a los caprichos de la vida social, limitándose a tomar acto de su complejidad y de sus contradicciones. Los juristas de principios de siglo son hombres de orden y literalmente obsesionados con la seguridad jurídica, incluso aunque se les haya a veces dirigido – a Duguit sobre todo - el polémico reproche de querer destruir las estructuras tradicionales del derecho.

He aquí porqué el método *científico* que pretenden poner en marcha no es puramente especulativo: es de medios de acción de lo que tienen necesidad, porque observan siempre del lado del *sollen* y no del *sein*. Lo testimonia el debate que tiene lugar luego del famoso congreso internacional de derecho comparado de 1900. Una de sus principales cuestiones en la vocación que conviene asignarle al derecho

²²⁹ Josserand, L: *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927.

comparado naciente, sucesor de la “legislación comparada”: ¿hace falta crear una disciplina erudita y especulativa, incluso crítica, o por el contrario un instrumento al servicio de todos los juristas, que encontrarán un útil sustituto al método clásico de interpretación, el derecho comparado siendo entonces decididamente constructivo y puesto al servicio de la acción práctica? Ahí todavía se presiente que la segunda tesis predominará, en el contexto de una ciencia normativa que tiende a disciplinar el espacio jurídico.

Es en efecto una ciencia muy particular la que están creando los juristas inquietos. Incluso la observación de los hechos, que pretenden privilegiar, llena en la mayoría de ellos, una función en realidad dogmática: la de proveerle una base indiscutible a las construcciones o teorías jurídicas, y partiendo por conferirles una *autoridad* empírica destinada a confortarlas *científicamente*. Así el hecho de la solidaridad social, que Duguit moviliza para forjar su sistema, no es según él ni discutido ni discutible: ¡“es un hecho de observación que no puede ser objeto de controversias”!²³⁰ Los fenómenos observados a través del prisma de las nuevas ciencias sociales no están entonces destinados a ser discutidos, sino simplemente constatados, para proporcionarles a los juristas un elemento complementario en su búsqueda de la objetividad. Y constatados luego de una selección que sólo retiene a los que considera como pertinentes, estilizándolos al mismo tiempo.

“A la objetividad resultante del texto, base eminentemente preciosa de certeza jurídica, escribe Saleilles en 1903, hace falta en adelante añadir la objetividad resultante de las realidades económicas y sociales”²³¹. Además el carácter utópico de una objetividad semejante, venimos de ver que Saleilles no pretende tomar en cuenta las realidades en su estado bruto, sino que más bien convertirlas en construcciones jurídicas para ordenarlas de una mejor manera²³².

Volcada hacia la acción, es decir hacia la práctica, jugando en permanencia sobre el doble registro de lo descriptivo y de lo prescriptivo, movilizando finalmente las nuevas ciencias sociales al servicio de una preocupación de orden bajo un manto de objetividad, la ciencia del derecho que se instala olvida la “libre búsqueda científica” o sus equivalentes para volver a una mayor ortodoxia.

2°) La vuelta a la ortodoxia jurídica

La paliza que el heterodoxo René Demogue (1872-1938) recibe de sus pares ilustra perfectamente este retorno. Pero relatemos primero los hechos. En 1911, Demogue pone en duda el fundamento de las construcciones jurídicas y Gény, que una vez comprendido lo que estaba en juego es este debate, consagrará en adelante la esencia de su obra a continuar el desafío planteado por Demogue: con éxito, porque la tendencia que el encarna terminará predominando. Sin embargo, si bien Demogue

²³⁰ Duguit, L: *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, t. 1, 3ª ed., 1927 p. 86.

²³¹ Saleilles, R: “Méthode historique et codification”, *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche (Roma 1903)*, extracto del vol. IX, 1904. P. 19.

²³² V. *supra*, p. 142 y 143.

perdió la partida, ¡no es seguro que Géný la haya realmente ganado! Así como Saleilles tampoco pudo antes de él, Géný no logró poner en marcha el método que no dejar de proclamar. Pero otros lo consiguieron: Planiol, Hauriou, Adhémair Esmein, Jèze, Thaller, Bartin, Tissier... ¿Su ventaja sobre Saleilles y Géný? Es haber sabido redactar importantes *compendios, tratados, manuales*, que son también “teorías generales” (o “construcciones jurídicas”, para hablar como Saleilles) sobre los aspectos más variados del derecho

Así la respuesta teórica de Géný al desafío de Demogue (a) se traduce en los hechos de una respuesta, implícita pero deslumbrante, la de los grandes fundadores de las construcciones jurídicas o “teorías generales” (b). Su victoria es tal que, a lo largo de todo el siglo XX, los nuevos desafíos no tendrán mayores éxitos: éstos desafíos no obtendrán más respuesta que un silencio arrogante (c).

a) La respuesta teórica al desafío de Demogue

Mientras sigue siendo profesor en la Facultad de derecho de Lille, René Demogue publica en 1911 una obra consagrada a las *Nociones fundamentales* del derecho privado, que subtitula de manera significativa “*ensayo crítico*”, en honor a François Géný, que había usado el mismo subtítulo doce años antes. Por lo demás Demogue se inscribe explícitamente en la continuidad de ciertas ideas defendidas por Géný, como lo revela la advertencia que precede a su libro: después de haber criticado la manera en la cual los autores del siglo XIX abordaban el derecho, Demogue proclama un arte jurídico hecho de teorías menos abstractas y más cercanas a las realidades prácticas, teorías que piden prestado algunos datos de la economía política y avanzan más cerca de la jurisprudencia. Pero las primeras frases de su declaración marcan también una ruptura con las ideas de un movimiento del que forma sin embargo parte (porque asegura la crónica del derecho de las obligaciones en la *Revista trimestral de derecho civil* desde 1902): buscando diferenciarse de Henri Capitant y de Planiol, para quien los “principios generales” suponen dominar el derecho privado positivo, Demogue pretende ubicarse “en un punto de vista crítico para mostrar sin buscar disimular en lo más mínimo los conflictos y las contradicciones que sin lugar a dudas agitaran siempre el derecho civil”²³³.

La frase resume el contenido del libro: su autor comienza a develar las contradicciones que estima están en el corazón del derecho – del derecho positivo, el único que le interesa, porque el resto no es más que especulaciones y metafísicas. E incluso si reconoce que su conciliación debe constituir el objetivo último del jurista, se convence progresivamente que éste es un ideal imposible de alcanzar. Toda construcción jurídica, en tanto sea poco armoniosa, se convierte entonces en irrealizable. En el momento mismo en que sus colegas se esfuerzan en renovar los métodos del derecho, con el fin de encontrar los medios *científicos* de superar las antinomias que acarrea el sistema jurídico, he aquí un autor que, *junto con invocar sus propias ideas críticas*, demuestra en extenso, en setecientas páginas, ¡la vanidad de

²³³ Demogue, R.: *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. VII.

una trabajo igual! Ninguna teoría que valga, ninguna armonía posible, ninguna técnica jurídica certera, a lo más algunos equilibrios inestables e imperfectos: tal es la conclusión hacia la cual tiende inexorablemente esta obra, en donde la mayoría de las construcciones del derecho privado, pero también en derecho público, son reducidas al estado de artificios.

Por supuesto, nadie podía aceptar una tesis tan abiertamente contraria a las ideas en vigor y menos aún Gény quien consagrará al libro una reseña asesina, de la que puede extraerse este pasaje como ejemplo: “el sistema de desintegración, de disolución à ultranza, practicado casi exclusivamente por nuestro autor.... y conduciendo a esos cuadros caleidoscópicos que vuelven su obra tan profundamente original, arriesga con desarticular la vida social, de privarla de toda armadura sólida, capaz de contener los impulsos o de dirigir las tendencias”. En una palabra, Gény le reprocha al libro “un pesimismo abatido” y le predice un futuro dudoso, “a falta de satisfacer ciertas necesidades esenciales del espíritu como de a disciplina jurídica”²³⁴.

El mismo tono se encuentra en los numerosos comentarios que suscita la obra de Demogue: ningún lector aprueba sus conclusiones y todos – privatistas o publicitas – le reprochan el hecho de ser un autor decepcionado, cuyas convicciones faltan de consistencia. La opinión de Perreau (cercana a Gény) es sintomática: “La armonía, la simetría y el ritmo son una necesidad natural del espíritu y del corazón del hombre... Los principios son causa de armonía. No los borremos entonces de nuestro derecho, que perdería tanto en autoridad como en claridad”²³⁵.

Pero hay más. Al mismo tiempo, un François Gény toma conciencia de la pendiente “nihilista” hacia la cual empuja su propia crítica del método tradicional, cuando ésta es retomada y desarrollada por autores como Demogue. Es en parte para continuar el desafío de éste, que Gény publicará entre 1915 y 1924 los cuatro volúmenes bastantes indigestos de *Ciencia y técnica en derecho privado positivo*. La controversia entre los dos autores se desarrolla en dos planos.

Primo Gény le reprocha a Demogue su rechazo de interrogarse sobre “los fines últimos del derecho”, en resumen de no creer en el derecho natural. Por su parte, desarrolla una defensa iusnaturalista, incluso francamente católica, del derecho, pero que intenta justificar a través de la ciencia. Como ya lo había escrito en 1911, ésta consiste a la vez en el “examen más minucioso de las condiciones sociológicas, que envuelven la vida de la humanidad”, pero también en un “arranque hacía lo ideal, que justifica la fuerza vinculante de las proposiciones que postulan”²³⁶, - fórmula oscura que no corresponde mucho a los objetivos habituales de la ciencia... sobre este punto, parece que el debate no tuvo mucho eco. Ciertamente el principio del siglo XX estuvo marcado por un confrontación entre quienes creen en un “renacimiento del derecho natural” – título de un ensayo publicado en 1910 por Jean Charmont (1859-1922) – y

²³⁴ Gény, F: *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1991, p. 122, 123 y 125.

²³⁵ Perreau, E.H: *Révue générale du droit*, 1912, p. 304. – Comp. Lafférière, J: *RDP* 1911, p. 795 s.s.; Dessertaux, M: *Annales de droit commercial* 1911, p. 107 s.s., Capitat, H: *RTD civ.* 1911, p. 729 s.s.

²³⁶ Gény, F: “Les procédés d’élaboration du droit civil”, *Les méthodes juridiques*, pref. P. Deschanel, Giard & Brière, 1911, p. 183.

quienes (privatistas o publicistas) toman la defensa del positivismo jurídico. Pero este debate debilita bastante rápido. A lo más puede decirse que la segunda guerra mundial tuvo como efecto el de reanimar el vago matiz iusnaturalista de la mayoría de la doctrina francesa pero sin que la cuestión haya sido realmente discutida ni que haya adquirido una real importancia. Los autores del siglo XX se parecen en efecto a sus antecesores del siglo XIX: luego de algunas reflexiones muy generales sobre el derecho natural, es siempre el derecho positivo y sus pormenores los que ocupan lo esencial de sus preocupaciones. Lo que hizo decir hace algunos años, a M. Wiederkehr que ellos eran “vagamente iusnaturalista(s), superficialmente idealista(s) y realmente muy positivista(s)...²³⁷”

Secundo Gény le reprocha a Demogue una concepción de la técnica jurídica que no permite darle objetividad y certeza al derecho. Para Demogue, la técnica es un simple instrumento, por lo demás cambiante, que acaba en compromisos inestables, o bien entonces hay que darle una firmeza que peca en exceso de abstracción. Para Gény al contrario, la técnica permite a los juristas darle a los elementos proporcionado por la ciencia “una forma, contornos, maneras de ser”, que las modifican “en vista de adaptarlos a la vida”²³⁸. Ésta sola, en efecto, “ofrece al jurisconsulto un campo de acción autónomo, en donde el pueda verdaderamente alimentar el espíritu de crear y de renovar el derecho positivo postulado en el pasado reciente”²³⁹. En este espíritu, Gény tratará largamente de elaborar una teoría de la técnica especialista en dotar de armaduras sólidas a la sociedad, gracias a instrumentos suficientemente precisos y sólidos, pero siempre evitando caer en la abstracción. Era esta una tarea imposible y esta teoría cayó en el olvido: la doctrina francesa creyó encontrar la objetividad buscada en la técnica misma, tal como es después de siglos de dogmáticas considerablemente sabia, y no tal como debería ser al final de las búsquedas inútilmente complicadas de Gény... En este sentido, pero sólo en este sentido, podemos decir que Gény triunfó sobre Demogue, éste último no haciendo figura de autor emblemático que a los ojos de un cierto movimiento crítico, - y todavía: ¡en los Estados Unidos! Pero Gény no ganó sino que con la ayuda de autores que supieron construir teorías generales, es decir, practicar la técnica sin interrogarse sobre sus fundamentos.

b) La respuesta implícita de los fundadores de “teorías generales”

Entre estos fundadores, y para limitarse al derecho civil, que ocupa todavía le el primer plano de la escena en los alrededores de 1900, tuvo como primer jefe a Marcel Planiol²⁴⁰. Recibido en el concurso de admisión de 1880 después de haber pasado brevemente por la abogacía en París, éste enseña sucesivamente en las ciudades de Grenoble y Rennes antes de ser admitido, en 1887, en la Facultad de Derecho de

²³⁷ Wiederkehr, G: “La culture des révue françaises de droit privé”, in Arnaud, A.J (bajo la dir.), *La culture des révue juridiques françaises*, Giuffrè, 1985, p. 25.

²³⁸ Gény, F, artículo citado, p. 189.

²³⁹ Gény F, artículo citado, p. 184.

²⁴⁰ Sobre el cual disponemos hoy en día de dos estudios magistrales: Rémy, Ph: “Planiol: un civiliste Dans la Belle époque”, RTD civ. 2002, p. 31 s.s.; Babert, G: *Le système de Planiol (bilan d’un moment doctrinal)*, tesis. dactil., Poitiers, 2002 (bajo la dir. de Ph. Rémy).

París, en donde sucede ocho años más tarde a Charles Beudant en una de las seis cátedras de derecho civil. Planiol era ya conocido por algunas publicaciones en historia del derecho (se había comprometido en una edición de la costumbre de Bretaña, mientras que enseñaba en Rennes) y sobre todo por las anotaciones de las sentencias que escribía para la *Revista crítica de legislación y jurisprudencia* (a partir de 1886) y en la *Recopilación periódica Dalloz* (a contar de 1890). Pero sobre todo publica el primer volumen de su *Tratado elemental de derecho civil*, ¡el mismo mes en que Géný lanza al público su célebre ensayo crítico: octubre de 1899! No nos pronunciaremos entonces sobre una anterioridad cualquiera de uno con respecto del otro, la publicación simultánea de las dos obras prueban simplemente que las nuevas ideas estaban en el aire... Lo que en revancha es cierto, es que ahí en donde Géný realiza un esfuerzo, a la vez enorme y vano, de teorización, Planiol parece poner en marcha el método *científico* de la manera más natural posible. Y ello aunque no haga parte en lo absoluto de un pequeño grupo de renovadores.

Contrariamente a sus antecesores, Planiol no pretende limitarse al estudio del código civil, ni incluso al de las leyes particulares que lo completaron a lo largo de los años. El desea tomar en consideración la jurisprudencia, que elevado al rango de fuente costumbrista del derecho civil así como la historia y el derecho comparado, ver incluso la economía política. A partir de este material, Planiol va a elaborar lo que el llama expresamente “teorías generales”: teoría general de la ley, de las pruebas, de los contratos, de las donaciones y de los testamentos, etc. Es este procedimiento el que le permite de coordinar, luego sintetizar las múltiples informaciones que pudo recoger. El método que Géný teoriza, y que intentará laboriosamente poner en marcha en una gruesa obra sobre las cartas publicadas en 1911, se reduce en Planiol a una disposición sutil y a un fusión armoniosa de todas las diferentes fuentes, formales y reales.

Inspirada del pandectismo alemán puesto en marcha a la francesa, este método inaugura el trabajo doctrinal contemporáneo. Después de Planiol y así como lo hemos justamente remarcado, los civilistas franceses no expondrán “más las reglas en el orden de código civil, sino que en sucesivos bloques de teorías generales”²⁴¹. Lo que los autores del siglo XIX no practicaban todavía sino que de manera imperfecta e incompleta (con excepción quizás de Audry y Rau, pero en un registro considerablemente abstracto), sus sucesores del siglo XX lo harán en grande y a la perfección. Es entonces bastante lógico que Planiol haya *sido* – y continúa *siéndolo* – la referencia de los civilistas franceses: incluso si fue menos célebre que Géný, tiene sobre él (y sobre Saleilles) esta superioridad de no infligirle a sus eventuales discípulos ninguna reflexión especulativa y abstruso sobre el método seguir, sino que simplemente legarles *un ejemplo concreto de lo que tendrán que hacer en lo sucesivo*.

A decir verdad, ya había sido adquirida, particularmente por los publicistas, la costumbre de redactar teorías generales (combinando fuentes formales y reales) desde principios de los años 1890. Incluso si él desconfía de las simplificaciones doctrinales

²⁴¹ Babert, G: *op. cit.*, n° 46. A decir verdad, Henri Capitant, en su introducción ligeramente anterior a la obra de Planiol, había comenzado a esbozar teorías generales para presentar un panorama del derecho civil francés.

que mutilan la complejidad del derecho viviente, Hauriou edificó la primera síntesis moderna del derecho administrativo en su *Compendio de derecho administrativo*, cuya primera edición data de 1892. Tres años más tarde, Adhémar Esmein toma apoyo sobre la historia y la comparación con las constituciones extranjeras para edificar, en sus *Elementos de derecho constitucional francés y comparado*, un sistema coherente de derecho constitucional, en donde se convierte en el guardián de los principios fundadores de la III República²⁴². El método aceptado no sorprende al lector de hoy día, porque Esmein lo explicitará enseguida en *la Revista trimestral de derecho civil*, de la que será uno de sus fundadores (al mismo tiempo que uno de sus directores de la *Nueva Revista de historia del derecho*).

En 1898, doce años después de haber fundado los *Anales de derecho comercial* (en donde se le había reunido el omnipresente Saleilles), Edmond Thaller publica en su momento un *Tratado fundamental de derecho comercial*, que contrasta con las obras de sus antecesores por su método y por la diversidad de sus fuentes. Rompiendo con el simple comentario del código de comercio y de las grandes leyes sobre la quiebra y las sociedades, Thaller convoca usos, jurisprudencias, derecho comparado e historias para dedicarse a la síntesis de un derecho comercial en búsqueda de autonomía. El éxito inmediato del libro le valdrá luego a su autor el hecho de ocupar la cátedra de derecho comercial en París, lo que le permitirá de tomar la dirección de un tratado más vasto en donde se reencontrarán numerosos y talentosos colaboradores: Hamel, Percerou, Pic, Josserand, Ripert (quien formará luego una nueva generación de comercialistas), etc.²⁴³

Así, desde antes de 1899, encontramos ejemplo de vastas “teorías generales”. Pero después de 1899, ellas llenarán el conjunto del espacio doctrinal. El derecho civil se encuentra evidentemente bajo la influencia del nuevo método, y es suficiente con citar el muy influyente y pronto decano Georges Ripert (1880-1958) emprende, bajo su propio nombre y bajo el patrocinio de Planiol de quien continúa su obra desde 1922, un magistral *Tratado práctico de derecho civil francés* en catorce volúmenes. La primera edición, publicada entre 1925 y 1934 es redactada por la mayoría de los civilistas importantes de los años por venir: Becqué, Gabolde, Hamel, Lepargneur, Maury, Picard, Rouast, René Savatier, etc. A decir verdad, es en todas las ramas del derecho (derecho penal, derecho internacional privado, procedimiento civil, etc.) que triunfa el modelo puesto en obra por Planiol, ¡salvo en el hecho que la doctrina privatista francesa le atribuye la paternidad a Gény y Saleilles! Como lo escribirá un poco más tarde Paul Lerebours-Pigeonnière, “mi generación leyó con pasión los trabajos sobre el método de François Gény y Raymond Saleilles... Las generaciones siguientes de las que J.P. Niboyet hacía parte pusieron en obra ese programa y lo realizaron magníficamente”²⁴⁴.

²⁴² Sobre este tema, Halperin, J.L.: “Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit”, *RHD*, 1997, p. 415 s.s.

²⁴³ Sobre el rol jugado por Thaller y Ripert en derecho commercial, c. R: Savatier, “La science du droit au cours du dernier siècle: France”, *La scienza del Diritto Nell'Ultimo Secolo*, Padova, 1976, esp. p. 327 a 329.

²⁴⁴ Lerebours-Pigeonnière, “L'oeuvre de J.P. Niboyet”, *Rev. crit. DI* 1952, p. 411.

En derecho público los autores van en el mismo sentido. Basta con leer, a modo de ilustración, la declaración sostenida en 1944 por M. Duverger para alabar el método de su defendido maestro Bonnard. Éste, dice, ha plena y voluntariamente empleado – contra “el método empírico y puramente descriptivo” – el método de las “construcciones jurídicas”, del cual su *Compendio de derecho administrativo*, publicado por primera vez en 1926, aparece como la más pura expresión: “Extrayendo de la masa de soluciones de especie adoptadas por la jurisprudencia los principios de bases que las habían inspirado – a veces, quizás, a la misma instancia de sus autores – unía estos principios entre ellos de manera de extraer un cuerpo de doctrina, susceptible enseguida de engendrar otras soluciones de especie”²⁴⁵.

Este método llamado científico quiere alejar a los doctores a la vez de la “metafísica” (en oposición a las ideas del siglo anterior) y del “empirismo jurídico”, al cual llevan las ideas nuevas²⁴⁶. Su empleo generalizado permitirá relegar al olvido el desafío lanzado por Demogue: la intrusión de la vida en el derecho no será nunca más una fuente de confusión y de desorden. Y el tratado de siete volúmenes consagrado al derecho de las obligaciones que este autor publica algunos años más tarde (entre 1923 y 1931) no conocerá más que un éxito limitado. No se encuentra, es verdad, ninguna síntesis: después de algunos propósitos generales – y lo más seguido de *política jurídica* – sobre cada cuestión abordada, la obra presenta múltiples decisiones jurisprudenciales sin buscar sobrellevar las contradicciones. Su amigo Henri Capitant²⁴⁷ dirá de Demogue, bajo forma de eufemismo, que él “es un realista” antes de agregar que “algunos podrían incluso reprocharle de serlo mucho, porque el principio desaparece a veces bajo la abundancia de los hechos”²⁴⁸.

Al término del diálogo entre Demogue y Capitant²⁴⁹, es evidentemente Capitant (a quien hay que inmediatamente asociar al decano Ripert) quien prevalece. En su informe sobre las *Nociones fundamentales...*, Capitant había escrito que es “indispensable darle a los técnicos cuyo rol es tan grande, legislador o intérprete, direcciones firmes, instrumentos de trabajo sólidos, fácilmente manejables, listos para ser utilizados, en una palabra, elaborar una teoría de la técnica”; y él deploraba no haber podido encontrarla en la segunda parte del ensayo de Demogue...²⁵⁰ De estos

²⁴⁵ Duverger, M: “L’oeuvre et la doctrine de Roger Bonnard”, *RDP* 1944, p. 6.

²⁴⁶ Según los propósitos muy claro de Gaston Jèze, que pueden ser expandidos a otros además de Roger Bonnard, de tanto ser, el método que usa este último, emblemático del trabajo doctrinal: “Roger Bonnard”, *RDP* 1994, p. 2. – *Adde*, Loussouarn, Y: “l’oeuvre de Paul Lerebours-Pigeonnière”, *JD* 1954, esp. p. 199: “Enemigo de todo dogmatismo excesivo, Paul Lerebours-Pigeonnière no se volcaba por lo tanto en la casuística y sentía la necesidad de extraer principios generales de la naturaleza de las cosas y de las sentencias. Esta posición refleja perfectamente su espíritu. No creyó jamás que se pudiera partir de la idea *a priori* sin conocer el derecho positivo. Pero en análisis de la jurisprudencia no le parecía ser un fin en sí mismo la síntesis debe sucederles”.

²⁴⁷ V. la interesante biografía que le consagra Demogue: “Henri Capitant (1865-1937)”, *RTD civ.* 1938, p. 727 s.s

²⁴⁸ Capitant, H: *RTD civ.* 1932, p. 722

²⁴⁹ Sobre el cual, Jamin, CH: “Henri Capitant et René Demogue: notation sur l’actualité d’un dialogue doctrinal”, *L’avenir du droit, Mélanges en l’honneur de François Terré*, Litec, Dalloz et PUF, 1999, p. 125 s.s.

²⁵⁰ Capitant, H: *RTD civ.* 1911, p. 737 (rendición de cuentas de *Notions fondamentales...*).

instrumentos de trabajo, los técnicos dispondrán pronto gracias al *Curso fundamental de derecho civil francés* en tres volúmenes que Capitant publica a partir de 1914 con el profesor y futuro consejero de la Corte de casación Ambroise Colin (1862-1929) y que conocerá un inmenso éxito. Es verdad que sus autores no olvidarán jamás de utilizar un muy abundante material jurídico y jurisprudencial para poner al día principios y construcciones jurídicas. En 1923, Capitant alcanzará incluso el *summum* de dicho arte con la publicación de su célebre ensayo sobre la causa en derecho de las obligaciones, el cual constituye el arquetipo de la “teoría general”.

Sólo harán excepción algunos espíritus más o menos marginales, ya sea en el seno de la institución (Édouard Lambert, Emmanuel Lévy, Georges Scelle, etc.), ya sea fuera de ella (Eugène Fournière y Maxime Leroy por ejemplo): éstos en su mayoría rechazarán ceder frente a la dogmática y se sumarán eventualmente al “socialismo jurídico”²⁵¹, en resumen a un derecho colectivo fundado en las relaciones de fuerza y rebelde frente a cualquier síntesis doctrinal²⁵². Pero en conjunto los sabios franceses se convirtieron en “Constructores de sistemas”. O más bien reconvertidos, porque los juristas siempre lo fueron en mayor o menor medida: más bien en menor medida en Roma y en mayor medida desde el siglo XVII, con el humanismo jurídico y la invención del racionalismo moderno. Ero el siglo XX aportó su piedra al edificio y por dos razones.

Primero porque la cuestión de la pertinencia del método fue claramente planteada – y claramente resuelta en un sentido que casi no será puesta en dudas en lo sucesivo: como prueba el éxito jamás desmentido de la famosa “Apología para los constructores de sistemas”, redactada en 1951 por Jean Rivéro en respuesta al consejero y futuro vicepresidente del Consejo de Estado Bernard Chenot, que había discutido la pertinencia de las construcciones jurídicas a los ojos del juez²⁵³.

Enseguida y es la segunda razón, porque los sucesores de Planiol, es decir, Ripert, Henri Capitant y tantos otros en derecho privado – o sus homólogos dentro de los publicistas: Duguit, Hauriou, Jèze, Bonnard, etc. – le dieron a estas construcciones una amplitud sin precedentes: en efecto, sus tratados pretenden en lo sucesivo integrar un gran número de fuentes formales y beneficiarse además del aporte de diversas ciencias sociales. La crisis abierta en los años 1880 podrá entonces ser categóricamente lógicamente cerrada, el año 1922, constituyendo quizás la fecha más simbólica de este cierre, porque es la de una reforma de la licenciatura en derecho que marca un retorno a la tradición. El sistema anterior (el de 1905) siendo juzgado muy complejo y muy disperso, hace falta según sus promotores volver a enseñanzas más clásicas, lo que beneficiará al derecho romano y a toda una serie de enseñanzas en

²⁵¹ Sobre el cual, cf. recientemente, Herrera, C.M (bajo la dir.), *Les juristes face au politique*, ed. Kimé, 2003. – *Adde*, el expediente “Socialismes des juristes”, *Cahiers Jean Jaurés*, n° 156, abril-junio 2000.

²⁵² Sobre este tema, cf. Jamin, Ch. Y Verkindt, P.Y: “Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au débuts du XXe siècle”, in Kasirer N. (bajo la dir.): *Le droit civil, avant tout un style?*, ed. Thémis, 2003, p. 157. s.s.

²⁵³ Rivéro, J: “Apologie pour les faiseurs de systèmes”, *D.* 1951, Cron., p. 99 s.s

derecho privado²⁵⁴. y la hipoteca de las nuevas ciencias sociales, que había ocupado tanto la generación precedente, es finalmente levantada: ya que las “teorías generales” supuestamente las toman en cuenta, y porque *de facto* el estudio de la jurisprudencia equivale a la de sociología, ya no será necesario consagrar enseñanzas especializadas. Esta opinión perdurará a pesar de algunas reformas posteriores, entre las cuales encontramos la de 1954²⁵⁵.

En otros términos – porque la conducta seguida también tiene aspectos muy positivos – la doctrina o la escuela o la manera francesa entró a partir de los años 1920 en su edad clásica, de la cual no salió desde entonces. Es lo que explica que el modelo de Planiol haya conservado toda su pertinencia hasta la segunda mitad del siglo XX. Marcó, *vía* “el” Planiol y Ripert, a todos los tratados ulteriores de derecho civil – así como los de derecho comercial, siempre por el relevo de Ripert. Y la marca de fábrica se extiende incluso al procedimiento civil, al derecho internacional privado, al derecho del trabajo, etc. Al igual que en el caso del derecho administrativo o del derecho constitucional: Henri, Léon y Jean Mazeaud, Marty y Raynaud, Weill, Vincent, Starck, Batiffol, Roblot, Marcel Waline, de Laubadère, Vedel²⁵⁶... tantos nombres sinónimos de éxito resplandeciente y de los cuales uno se agotaría de querer dar una lista exhaustiva, con el riesgo de olvidar injustamente a uno de ellos. Por razones aún más evidentes, tomaremos la decisión de no citar a sus sucesores actualmente en actividad, salvo a constatar que con ellos la calidad de conjunto parece ser rigurosamente constante. Pero la filiación también sigue siendo constante, evidentemente no es que uno no pueda destacar importantes diferencias relativas a la personalidad de cada autor, a la materia tratada y al espíritu de la época en que la obra fue redactada. Pero el modelo en cuanto tal no fue jamás puesto en dudas, ni en el discurso ni en los hechos.

A lo más suscitó las protestas de algunos, a veces bajo la forma de tentativas más o menos ortodoxas. Pero la fuerza del modelo se mide en el hecho que estas protestas ni siquiera recibieron el esbozo de una respuesta.

c) La ausencia de respuesta en los desafíos ulteriores

Éstos vienen de diversos lados. Y primero de la sociología del derecho, en donde se ilustraron Henry Lévy-Bruhl (que había creado un Centro de estudios sociológicos en 1946 en la Facultad de derecho de Paris) y el decano Carbonnier (uno y el otro habiendo por lo demás escrito, con veinte años de intervalo, una *Sociología del derecho*), luego varios autores después de ellos (MM. André-Jean Arnaud, Jacques Comaille y Pierre Lascoumes, Mme Évelyne Serverin, etc.). Estos sociólogos del derecho intentaron, con perspectivas diferentes y a veces opuestas, de imponer la

²⁵⁴ Sobre esta reforma, cf. Mialle, M: “ Sur l’enseignement des Facultés de droit en France (Les réformes de 1905, 1922 et 1954)”, *Procès*, vol. 3, 1979, p. 78 *sq.* – De manera general, Gatti-Montain, J: Le système d’enseignement du droit en France, PU Lyon, 1987.

²⁵⁵ Sobre el cual, Ripert, G: “La réforme des études dans les Facultés de droit”, *D.* 1955, Chron., p. 135 *sq.*

²⁵⁶ De manera general, sobre la doctrina administrativo posterior a 1945, cf. Favoreu, L: “L’évolution de la doctrine depuis 1945”, *Revue administrative*, n° spécial; “Le Conseil d’État et la doctrine”, 1997, p. 18 *sq.*

enseñanza y los métodos de su disciplina, pero con un éxito mitigado, al menos en el seno de las facultades de derecho (los cuatro últimos autores citados siendo, de manera característica, investigadores en el CNRS)²⁵⁷.

Fue sin embargo producto de una reivindicación del año 1968 que la enseñanza del derecho se enriquece de una importante visión sociológica. Siguiendo ejemplo de los institutos de estudios políticos, que vislumbran el derecho público como un elemento de la vida pública o enseñan los “grandes problemas sociales” de preferencias al derecho del trabajo, los cursos dispensados en las facultades de derecho podían o debían, según algunos, subir una transformación análoga. La idea no duró demasiado, pero no deja de ser interesante recordar que en el momento de su creación, las Universidades de Paris I y Paris II debían ser respectivamente consagradas una al estudio de los hechos sociales y la otra al derecho dogmático, razón por la cual los juristas de Paris I se encontraban en minoría en el seno de otras ciencias sociales. Pero incluso acá, la tradición de los juristas ha resucitado los sociólogos se mostraron por lo demás hegemónicos y nada cooperadores.

De manera un poco comparable, las teorías críticas del derecho desarrolladas en una perspectiva marxista en el curso de los años 1970 dieron lugar a algunos escritos interesantes (con publicación de libros y creación de la revista *Proceso*), pero no penetraron mucho en las Facultades de Derecho, reconstituidas en el seno de las nuevas universidades. El proyecto pedagógico ambicioso sostenido por el movimiento “Crítico del derecho” (particularmente con MM. Géraud de la Pradelle, Jean-Jacques Gleizal, Antoine Jeammaud, Claude Journès o Michel Miaille) no alcanzó el éxito previsto y este grupo debió finalmente interrumpir sus actividades, antes de que sus miembros terminaran por elegir vías diferentes²⁵⁸.

A decir verdad, las conductas a favor de un programa alternativo fueron muchas veces el hecho de individualidades brillantes, pero aisladas, lo que les privó de un éxito durable. Fue el caso de Michel Villey (1914-1988), profesor durante largo tiempo en la Universidad de Paris II y director de los *Archivos de filosofía del derecho*, cuyos reiterados ataques contra el racionalismo moderno no lograron imponer una visión menos sistemática del derecho. Defensor del método casuístico romano y del derecho natural, Villey había en particular redactado un manual de filosofía del derecho, que tenía que ser a sus ojos “un anticompendio”, es decir un “demoledor de sistemas de verdades de tipo científica que contienen los otros Compendios Dalloz”²⁵⁹. Pero a pesar de la influencia que Villey ejerció sobre varias generaciones de juristas, a lo más queda de él – en el terreno de la dogmática – un gusto más pronunciado por la controversia y una concepción “dialogante” del derecho y su enseñanza, del que M. Atias aparece hoy

²⁵⁷ Cf. el reciente dialogo, considerablemente educativo, entre el Decano Jean Carbonnier y André-Jean Arnaud: *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit, Archéologie d'une discipline*, presentación y comentarios de Simona Andrini y André-Jean Arnaud, LGDJ, 1995, p. 25 s.s.- *Adde* Serveroon E: *Sociologie du droit*, La Découverte, 2000, esp. p. 55 s.s.

²⁵⁸ Sobre esta corriente, Arnaud, A. J. (sous la dic.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, v° “Critique 1 – Critique du droit”, par M. Miaille.

²⁵⁹ Villey. M: *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les Carnets*, PUF, 1995, XX-28.

en día el mejor defensor²⁶⁰. Agreguemos quizás la idea, recientemente emitida por M. Zenati, de volver a una doctrina consultativa que se inspiraría en la manera romana²⁶¹.

En una palabra, todas las conductas orientadas del lado de la filosofía o de la teoría del derecho tienden a permanecer en esta esfera particular. No influyen en la manera de presentar el derecho positivo, sobre todo cuando ellas tienden a poner en duda el discurso doctrinal dominante, tal como se cristalizó en los años 1920. Así ocurre, por ejemplo, con el proyecto fuertemente inspirado en las ideas del célebre jurista austriaco Hans Kelsen (1881-1973), de sustituir una verdadera “ciencia del derecho” por la “dogmática jurídica”²⁶² comúnmente practicada hoy en día. Proyecto por lo demás problemático, porque puede dudarse que sea posible constituir una ciencia cognitiva del derecho²⁶³. Además la dogmática, aunque no amerite verdaderamente el nombre de ciencia, conserva toda su legitimidad²⁶⁴, porque incluso los partidarios del proyecto post kelseniano no discuten mucho la utilidad y la practican en su ocasión. Bajo una forma menos ambiciosa (o radical), este proyecto podría entonces dar lugar a la ciencia del derecho *al lado* de la dogmática, considerada como siendo siempre indispensable en el plano práctico. Pero incluso así, no alcanza un gran éxito fuera de un círculo restringido. porque como lo hemos visto, es sobre un postulado de *cientificidad* que se constituyó la doctrina contemporánea y la sola puesta en duda de este postulado es naturalmente suscitar una viva efervescencia, mientras que nadie tocaría al contenido propio de la dogmática.

En resumen, desde los años 1920, Francia conoció corrientes intelectuales que intentaban poner en duda ya sea el exclusivismo de la dogmática, o ya sea la manera misma de practicarla. Pero estas corrientes no estuvieron nunca en condiciones de modificar un discurso fuertemente anclado en los espíritus, - lo que explica también el poco éxito que reencuentra hoy en día el análisis económico del derecho en nuestro país²⁶⁵. Los Franceses por lo demás, no tienen el monopolio de este discursos, porque el profesor belga Haesaert escribía ya en 1948 que la dogmática “constituye ella sola casi toda la ciencia del derecho y es casi a ella sola que se limita la enseñanza universitaria”²⁶⁶. Ahora bien, no parece que estemos hoy en día en vísperas de un cambio significativo. Renovando las “teorías generales”, de las que siguen siendo los

²⁶⁰ Cf. Atias Ch: *Epistemologie juridique*, PUF, 1e ed., 1985, *passim*, o todavía: “La controverse et l’enseignement du droit”, *RHFD*, 1985, n° 2, p. 107 s.s.; “La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé”, *RRJ* 1983, p. 427 s.s.

²⁶¹ Zenati, F: “L’évolution des sources du droit dans les pays de droit écrit”, *D.* 2002, *Chron.*, p. 1 s.s.; “L’avenir des revues juridiques et la separation de la théorie et de la pratique”, *RTD civ.* 2002, p. 691 s.s.

²⁶² V. en particular, Troper, M: “Science du droit et dogmatique juridique”, in Troper, *La théorie du droit, le droit, L’État*, PUF, 2001, p. 3 s.s – Adde, Chevallier, J: “Doctrines juridiques et science juridique”, *Droit et Société*, vol. 50, 2002, p. 103 dq. – Picard, E: “«Science du droit» ou «doctrine juridique»”, *L’unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 119 s.s.

²⁶³ *Ce que conteste avec force Amselek P, cf en particulier: “La part de la science dans les activités des jurists”, D.* 1997, *Chron.*, p. 337 s.s.

²⁶⁴ En favor de esta coexistencia, Troper, M: *La philosophie du droit*, PUF, 1e ed., 2003, p. 61.

²⁶⁵ V. las interrogaciones recientes de A. Ogus y M. Faure, *Économie du droit: le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002.

²⁶⁶ Haesaert, J: *Théorie general du droit*, Bruylant, 1948, p. 20.

ardientes defensores, os profesores franceses habrán logrado no sólo preservar el derecho frente a toda tentativa de acaparamiento viniendo de otro campo del conocimiento²⁶⁷, sino que también habrían logrado fortificar su magisterio sobre la comunidad de juristas.

B. UNA IDENTIDAD FUNDADA SOBRE EL MAGISTERIO DE LOS PROFESORES

Prólogo: magisterio científico y magisterio moral

El magisterio de profesores se dibuja a lo largo de todo el siglo XX. Si es cierto que la doctrina no ejerce sino una modestas función de persuasión, al menos sus representantes se privan raramente de usar un tono profesoral, en particular en el lugar de los magistrados a quienes les entregan voluntariamente consejos.

Implícitamente justificado por el saber, el magisterio de los profesores va en realidad mucho más lejos: la doctrina se arrogó el poder de decir cual es la *buena* interpretación de la ley o de las sentencias. Ahora bien, esta correcta interpretación, salvo respetar evidentes límites, es ampliamente juzgada como deseable por el autor. ¡Y quien no ve más que ese carácter deseable se limita a razones entre las cuales la moral y la ideología prevalecen ampliamente por sobre la técnica jurídica! O más bien cada uno puede constatar que la técnica fue constantemente invocada en apoyo de la elección preconizada, como lo probaron esas innumerables controversias doctrinales en donde cada parte jalónaba la técnica de su lado.

El magisterio científico derivó así, y muy rápido, hacia un magisterio moral. Éste descansa, de manera acá todavía implícita, en la idea que la interpretación mostraría una ciencia cognitiva: sería en sí un acto de conocimiento, con su corolario que, frente a un texto preciso, existiría forzosamente una interpretación exacta entre todas las otras reconocidas como falsas. Es esta idea la que pusieron en duda las teorías llamadas realistas de la interpretación, las de Kelsen y la de varios filósofos del derecho anglo americano. Según esos autores, todo texto o casi es susceptible de múltiples sentidos en donde ninguno, lo más seguido, se impone de razón pura, lo que equivale a decir que ninguno de ellos puede ser considerado como científicamente más exacto que los otros. Desde entonces, la interpretación jurídica se convierte en un acto de voluntad, por el cual el intérprete impone o trata de imponer su propia elección. Una tesis como tal, evidentemente contradecía abiertamente al magisterio de los profesores, porque no dejaba a estos últimos más que el cuidado de explicar las ventajas e inconvenientes de cada interpretación, negándoles el derecho de imponer una de ellas en nombre de la ciencia. Ahora bien, es significativo que ella casi no haya penetrado la doctrina francesa: ésta guarda en lo que respecta a esta tesis, el más

²⁶⁷ Lo que parece más o menos fácil según las ramas del derecho; cf. tratándose del derecho penal, los propósitos de Mme Marie-Elisabeth Cariet quien las emprende en contra de las disciplinas que lo rodean y finalmente lo desacreditan: "Libres propos sur l'enseignement du droit pénal à l'aube du XX^e siècle", *Rev. sc. Crim.* 2000, esp. p. 190 à 192.

profundo silencio, prefiere seguir siendo fiel a lo que un autor pudo llamar “el dogma de la solución única”²⁶⁸.

Al menos conviene interrogarse sobre los elementos que fundaron el magisterio profesoral. Así como se ha mostrado, los profesores de la facultad de derecho, que se reservan el monopolio de las “teorías generales” y estiman ser los únicos en condiciones de darles un carácter científico, hablan en nombre de una ciencia de la cual son detentores (1°). Y ellos logran tanto mejor imponer este discurso en el círculo de otros juristas que supieron renovar a su provecho el muy antiguo prestigio universitario (2°).

1°) La detención de la ciencia

El nuevo “doctor en derecho”, cuya figura se dibuja durante los primeros años del siglo XX, se debe al hecho de poseer una ciencia incomparable (a) que encuentra su quintaesencia en la redacción de tratados o manuales (b).

a) Una ciencia incomparable

La nueva misión de los doctores consiste en emprender construcciones de otra envergadura que las de sus antecesores. En efecto, los principios cercanos a los exegetas ya no deben más ser extraídos del solo estudio de la ley, sino que de todas las fuentes de las que acabamos de hacer la teoría y que son oficialmente puestas a disposición de los autores.

Entre éstas, está primero y antes que nada la jurisprudencia, que presenta esa inmensa ventaja de encontrarse en la intersección entre el derecho y los hechos: deberá entonces ser analizada, disecada, clasificada, reubicada en su contexto histórico y finalmente sintetizada, hasta reducirla, según Ripert a “algunas proposiciones muy simples y muy claras”²⁶⁹ que harán las sentencias aplicables a los nuevos casos. Además, y para varios autores que, en este principio del siglo XX, se persuaden de que el derecho es una ciencia experimental en el sentido de Claude Bernard, las sentencias futuras tendrán por función confirmar o invalidar sus construcciones jurídicas²⁷⁰. Este programa es el de la nueva *Revista trimestral de derecho civil* (fundada en 1902), y que sobre este punto al menos no hace sino continuar la venerable *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia*.

Además, así como Gény lo dijo y redijo, los doctores deben ser igualmente capaces de tomar en cuenta al conjunto de ciencias sociales: sociología, economía,

²⁶⁸ Boudot, M: *Le dogme de la solution unique – Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, th. Dactyl., Aix-Marseille III, 1999.

²⁶⁹ Ripert, G: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912, p. 126

²⁷⁰ De manera característica, de Pontevice, E: “Éloge d’Étienne Bartin”, *Université de Clermont, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, Fasc. 3, 1996, p. 199: “su formación intelectual [la de Bartin] debe mucho a la *Introduction à l’étude de la médecine expérimentale* que Taine tomaba igualmente. Le debe el gusto por las experiencias y la razón explicativa; su campo de experiencia, fue la jurisprudencia”.

antropología, sicología social, etc. Sin embargo estas ciencias sociales serán pronto designadas, y de manera característica, como ciencias “anexas”: no tendrán más utilidad que informar al jurista, porque éste debe ser un buen observador de las realidades sociales, pero nada más. Sobre todo no hará falta, según la expresión del decano Cornu, que el “Caos Empírico” suceda al “orden cronológico”²⁷¹. Saleilles lo había por lo demás escrito en 1922: “el derecho es, antes que nada, una ciencia racional y lo que importa es *razonar...*”²⁷². El material extra jurídico no servirá entonces más que a darle forma a las construcciones teóricas, que son por excelencia obras de razón: Saleilles, recordémoslo, las definía como “la puesta en fórmula positiva de las ideas racionales, sacadas del punto de vista social y reconducidas a precisiones que las sustraían, en la mayor medida de lo posible, de la arbitrariedad”²⁷³. Porque es siempre lo arbitrario de lo que se trata de evitar desde que con la caídas del método clásico, la ley no es más el garante de la objetividad.

Así la tarea por realizar es de una amplitud sin precedentes. El “doctor” del nuevo estilo debe conocer tanto la ley como la jurisprudencia (y la jurisprudencia en su desarrollo histórico). Debe estar al tanto de todas las ciencias anexas, cuando no le incumbe además dominar el derecho comparado, con el fin de verificar si la solución que predica corresponde bien, según la expresión de Lambert à la “conciencia jurídica internacional”... todo sin olvidar de ser también un técnico: Henri Capitant y Ripert se dedicarán a aprehender la técnica, expresión del “genio jurídico de un pueblo”, cuando tomarán la dirección del *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia* en 1924²⁷⁴. En síntesis, el nuevo “doctor” deberá organizar una gran cantidad de datos de manera *coherente* y usando todos los recursos de la lógica, ver de la intuición (Bergson está muy de moda entre los juristas franceses a principios del siglo XX).

Ahora bien, ¿quién puede llevar a cabo este trabajo? ¡El profesor naturalmente! Como lo escribe Saleilles – todavía él – en 1911, “estos constructores de oficio, son los representantes de la doctrina, los teóricos del derecho, los juristas de escuela”²⁷⁵. Y esto por al menos dos razones. La primera es que el profesor es el único que dispone a la vez de ratos libres y del ambiente adecuado. El abogado ya no tiene, o es reputado no tener más, esas mismas posibilidades: en el momento en que uno habla de un acercamiento de la Escuela y del Palacio, es ahí entonces que la primera adquiere su autonomía en relación al segundo...²⁷⁶ El tiempo de Marcadé, Paul Pont y otros Troplong parece en adelante ya cumplido, en derecho privado, se entiende. Y de hecho no volverá más al curso del siglo XX, con algunas raras excepciones y todavía en ámbitos muy especializados o muy empíricos, que abandona a la doctrina

²⁷¹ Cornu, G: “Aperçu de la pensée juridique française contemporaine”, *Annales de l'Université de Poitiers*, nueva serie, n°1, 1960, p. 24.

²⁷² Saleilles, R: “Droit civil et droit comparé”, *RIE*, t. 61, 1911, p. 19.

²⁷³ *Ibid.*, p. 20.

²⁷⁴ Capitant, H; G. Ripert: *Revue juridique de législation et de jurisprudence*, nueva serie, t. 44, 1915-1924, p. 6.

²⁷⁵ Saleilles, R, art. citado, p. 22.

²⁷⁶ Sobre este paradoja, Jamin, Ch: “La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées”, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 69 s.s.

universitaria: técnica de la casación, derecho de la prensa o derecho financiero, por ejemplo. Son en efecto sectores en donde parece *a priori* difícil de realizar “bellas” construcciones, las que redundan en una “magnífica abstracción”²⁷⁷. La edificación de teorías es una actividad reservada por prioridad a las materias nobles, como el derecho de las obligaciones o el derecho internacional privado.

Pero una segunda razón contribuye a alejar la Escuela del Palacio: ésta reside en la búsqueda de objetividad, que preocupa tanto a los juristas desde que la ley no puede seguir asegurando directamente la seguridad jurídica. ¡La puesta al día de construcciones jurídicas propias a garantizarlas requiere de una objetividad de principio! Ahora bien, los abogados (abogados, magistrados, etc.) no tienen este privilegio, porque están muy implicados en una vida profesional que no les permite tomar la distancia suficiente... Para aplicar la “fría imparcialidad del sabio”, de la que habla Ripert²⁷⁸, o para estudiar el derecho, desde el punto de vista analítico y sintético, como el químico estudia los cuerpos”, según la expresión del belga Ernest Roguin²⁷⁹, es mejor no estar implicado en el centro de la disputa²⁸⁰, lo que es precisamente el caso del profesor, entendiendo acá por profesor al profesor de pleno ejercicio y no el abogado ocasionalmente encargado de un curso.

Parece ser, para hablar el idioma de Pierre Bourdieu, que las universidades afirmen la autonomía de un verdadero campo doctrinal en el seno del campo jurídico. Su nuevo trabajo, consistente en elaborar construcciones jurídicas muy vasta, separa entonces la escuela del Palacio, en beneficio de la primera que se apodera del monopolio del discurso doctrinal para llevarlo a su quinta esencia, en particular cuando se trata de redactar manuales.

b) Una ciencia encarnada en los manuales

Habiendo entonces monopolizado el discurso doctrinal en nombre de la ciencia, los profesores serán los grandes juristas del siglo XX²⁸¹ y podrán imprimir su marca en la literatura doctrinal que se convertirá bastante rápido en una *literatura de manuales*²⁸². Expliquémonos sobre este punto que es esencial, ya que caracteriza la doctrina de nuestra época.

Los exegetas del siglo XIX, bien que habiéndose fijado por tarea la de explicar el código civil, no estaban muy preocupados de la pedagogía. Si se podía poner en

²⁷⁷ Gautier, P.Y: “Les articles fondateurs (Réflexions sur la doctrine)”, *Le droit privé français à la fin du XX siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n°15, p. 256.

²⁷⁸ Ripert, G: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2a ed., 1951, p. 4.

²⁷⁹ Rogui, E: *La science juridique pure*, LGDJ et Rouge & cie., 1923, t. 1, p. 61.

²⁸⁰ Sobre este tema, Jamin, Ch: “L’oubli et la science, Regard partiel sur l’évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles”, *RTD civ.* 1994, p. 815 s.s.

²⁸¹ De manera característica, Malaurie, Ph.: “La pensée juridique du droit civil au XXe siècle”, *JCP* 2001, ed. G., I, 283, esp. n° 15, que estima que los cinco grandes civilistas del siglo XX [según él: Planiol, Saleilles, Gény, Ripert y Carbonnier] son todos «juristas universitarios».

²⁸² Sobre este tema, Atias, Ch: “premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)”, *RRJ* 1981, p. 189 s.s.

manos de los estudiantes debutantes los libros de Delvincourt, ya no era el caso para los de Toullier, Proudhon, Demolombe, Troplong, Huc o Aubry y Rau. La preocupación por lo pedagógico aparecía sobre todo en las obras con ambiciones más modestas, pero muy apreciadas por los estudiantes; las famosas *Repeticiones*, que eran en forma paradójal redactadas por abogados. Pero a fines del siglo XIX, las cosas cambian bastante claramente: la vocación del *compendio* de Baudry-Lacantinerie es pedagógica, al igual que la del *tratado* de Planiol. El plan adoptado por éste último respeta por lo demás escrupulosamente el programa de la licenciatura, tal como fue fijado por el decreto del 24 de julio de 1895 que, por primera vez, no impone más a los profesores de seguir el orden del código civil. Entre paréntesis, este programa será enseguida modificado por medio de sucesivas reformas a la enseñanza del derecho y los manuales lo tendrán en cuenta...

Porque Baudry-Lacantinerie y Planiol, cuyos libros tuvieron un éxito considerable, no hacen sino inaugurar una tradición que perdurará a lo largo del siglo XX. Desde entonces, la edificación de construcciones jurídicas se vuelve la mayor tarea de los “doctores en derecho”, y donde los manuales no podían ocupar sino el primer lugar, porque son los mejores en *estructurar* el derecho a gran escala. Mientras que un artículo o un tesis no permiten construir una teoría sino que a propósito de una cuestión en particular, no es el caso del manual o del tratado, que pueden ordenar toda una rama del derecho. Poner en forma la teoría general de la oponibilidad del contrato a terceros, es ya suficiente. Elaborar una teoría de la oponibilidad en derecho privado es aún mejor y así hasta las teorías generales más vastas: la del derecho civil en su todo, del derecho administrativo o del derecho internacional privado.

En resumen, los renovadores del pensamiento jurídico francés del siglo XX favorecieron el retorno de los profesores al primer plano, al mismo tiempo que permitieron poner la *ciencia* en los manuales, lo que es una especificidad del derecho. Por otra parte, por ejemplo en la física o en las matemáticas, la ciencia – queremos decir la ciencia *que se está haciendo* – no figura en absoluto en los manuales. Los manuales de derecho gozan así de un estatus ambiguo porque oficialmente destinados a los estudiantes, son también muy apreciados por los abogados quienes encuentran la exposición clara y estructurada del derecho más allá del desorden de los textos.

Esta orientación contribuirá también a fijar la jerarquía entre los autores cuyo prestigio será vinculado en el largo plazo a los manuales o a los tratados que habrán publicado. De ahí todavía la primacía de los *generalistas* sobre los *especialistas*: entre los manuales, ¡el de *derecho civil* es a todas luces más evocador que un simple manual de *servidumbres*! La publicación de un gran tratado permite acceder a la cima de la reputación: es así que Planiol, cuyo tratado es todavía objeto de admiración por todos, siempre ha predominado en la memoria colectiva de los juristas por sobre Saleilles, a pesar, en el caso de este último de un pensamiento revolucionario en numerosos ámbitos (derecho de las obligaciones, derecho penal, derecho comparado, teoría del derecho...) ¡¡¡ y a pesar de sus 228 artículos publicados en veinticinco años!!!

En definitiva, más una “teoría general” responderá, según la definición que se da hoy en día M. Didier Martin “a la idea de una construcción intelectual, metódica y organizada, tendiente a erigir en sistema coherente el pensamiento relativo a una

manera determinada²⁸³, más esta manera será además vasta y general y más su autor tendrá posibilidades de figurar en el Panteón de los “doctores del derecho”, el que no cuenta en lo sucesivo más que con profesores o casi. Pero esta situación de casi monopolio se basa también en el hecho que los profesores supieron revestir de prestigio universitario la misión que se habían propuesto.

2°) El prestigio universitario

El prestigio universitario está lejos de ser una novedad: ¡data incluso de su invención en el siglo XIII! Y si él de las escuelas de derecho había ampliamente decaído a lo largo de los siglos XVII y XVIII, correspondía a sus miembros recobrarlo. A este respecto, la doble exploración del código y de la jurisprudencia a lo largo del siglo XIX contribuyó a la renovación de las facultades. Pero ilustres abogados habiendo prácticamente participado en esta exploración, ésta no habrá sido suficiente para ubicar a los profesores en el corazón o en la cima de que lo que estaba convirtiéndose en la doctrina. Para realizar esta hazaña fue necesario no solamente reinventar las “teorías generales” reservando el casi monopolio a los profesores, sino que también reforzar este cambio intelectual en el plano institucional.

Durante la primera mitad del siglo XIX, no es cierto que la enseñanza oral dispensada en el seno de las facultades de derecho haya estado a la altura de los comentarios publicados por los grandes exegetas (los cuáles, una vez más, no era todos profesores). Aunque organizada desde 1804, por medio de un concurso que presidía un Inspector general de las facultades de derecho, el reclutamiento conservaba un carácter local y se admitía casi unánimemente que la enseñanza jurídica era entonces de una calidad mediocre. La situación no cambiará sino que en la segunda mitad del siglo. Influenciado por el modelo del otro lado del Rin, que algunos (como Laboulaye o Wolowski) proponían importar a Francia, el segundo Imperio termina por crear un cuerpo de agregados inspirado en los *privat dozenten* alemanes: propietarios de un título pero no de un trabajo, los nuevos admitidos tienen vocación de convertirse en profesores, siempre que sean reclutados sobre una cátedra vacante en los diez años de su éxito en el concurso de reclutamiento. Pero la innovación no habría quizás tenido sino una débil alcance, en un país como Francia centralizador por tradición, si ese concurso no se hubiera convertido en un concurso nacional en 1855.

Varios elementos contribuyeron a forjar un real espíritu de cuerpo entre los agregados, que se convierten pronto en los profesores de las facultades de derecho: el prestigio adquirido por la admisión que no distingue sino a un pequeño número de candidatos (los veinte admitidos en el concurso de 1822 son durante largo tiempo una excepción), el mejoramiento notable de las retribuciones asignadas a los profesores y la afirmación de la vocación científica y no más exclusivamente profesional, de los estudios de derecho.

²⁸³ D.Martin, prólogo de la obra de J.Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984.

En los primeros años del siglo XX, los profesores pueden considerarse a la vez como sabios y como una elite. Aún mejor: en adelante son tratados como tales por los terceros, tanto por lo demás por los juristas como por los otros universitarios, aunque éstos últimos sean lo más seguido “normaliens”!²⁸⁴ A prueba, esta observación de un joven profesor nombrado en la Facultad de letras de Grenoble a principios del siglo XX: “El protocolo ubicado a la cabeza la facultad de derecho y esta primacía estaba justificada; su cuerpo de profesores era en bloque, el mejor de la Universidad. Mientras que en letras y en ciencias éramos elegidos por título, lo que conllevaba a veces serias desigualdades, los maestros del derecho eran provenientes de un concurso difícil, la Admisión, que aseguraba a la vez la homogeneidad y el valor”²⁸⁵.

En 1900, los Capitant, Duguit, Gény, Hauriou, Planiol, Saleilles y otros Thaller, que constituyen la segunda generación de grandes profesores provenientes del concurso nacional de admisión (la primera habiendo tenido como jefe de filas Baudant, Bufnoir y Labbé), tienen una plena y a veces excesiva conciencia de su valor y de la posición dominante que ocupan entre los juristas. Y será lo mismo con sus sucesores, que formarán por largo tiempo (hasta 1968) una sociedad cerrada, segura de si misma, de su prestigio y de su rol específico, rebosante de teorías generales que edifica y privilegian las funciones de experto o de consejero del Príncipe en detrimento de la figura intelectual contestataria²⁸⁶.

Con esta toma de conciencia, acompañando una verdadera toma de poder, la doctrina adquiere su *autonomía* en relación a los otros juristas que pretenden hacer obra de sabios: en este sentido, mientras que los profesores de derecho no constituían más que una débil mayoría en el seno del jurado de admisión hasta fines de los años 1880) porque debían también figurar los miembros de las “jurisdicciones soberanas”, según los términos del decreto de 16 de noviembre 1874), forman la casi totalidad de sus miembros algunos años más tarde, en un momento en donde el nuevo decreto del 6 de febrero de 1891 no hace ninguna referencia más a la calidad de profesor o de magistrado. Es verdad que, desde 1871, algunos deseaban que el jurado estuviera compuesto exclusivamente por profesores, los consejeros de la Corte de casación siendo, según la expresión de uno admitido, muy “acostumbrados a la manera de los abogados”²⁸⁷. Evidentemente, ésta no era ya exactamente la de los profesores...

El siglo XX no hizo más que reforzar el prestigio del cuerpo, al menos en relación a los abogados del derecho, fijando de manera costumbrista las reglas del concurso de admisión: sobrevivirán a las múltiples reformas que éste conocerá (en 1929, 1965, 1969, 1972 y 1984) y en la diversificación progresiva del modo de reclutamiento de los profesores de derecho. Es así en particular, pero solamente después de la segunda guerra mundial, que aparece y se expande bajo la influencia probable de Henri Mazeaud (1900-1993) quien había sido el alumno de Capitant, la

²⁸⁴ Alumnos de la École Normale Supérieure (Nota del Traductor).

²⁸⁵ Blanchard, R: *Je découvre l'université*, Fayard, 1963. P.1963, p.89, citado por Ch.Charles, *La République de universitaires*, 1879-1940, p.246.

²⁸⁶ Comp.Millet, M: *Les professeurs de droit citoyens*, Th. Paris II, dactil., t.2, p.612.

²⁸⁷ Naquet, M: “De l'enseignement du droit”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. Série, t. 1, 1871-1872, p. 403.

costumbre de redactar un plan bipartito: hoy día este plan parece caracterizar tan bien a la doctrina francesa que uno lo creería tan antiguo como el cartesianismo...²⁸⁸ es todavía durante este periodo que se forjaron el mito del concurso de admisión, convertido en un “rito de pasada” destinado a permitir la entrada a la “tribu”²⁸⁹ o al “cuerpo homogéneo”, ver a “la familia”, - éste fuera “científica y nacional”²⁹⁰. Otro mito, cercano a Rivéro, el de la famosa lección en equipo como fuente de amistad entre candidatos, mientras que no fue el caso en toda época: este fenómeno, al parecer, no existía en lo absoluto hace un siglo y tiende a desaparecer desde que las pruebas no constan más que una sola lección de ese tipo. Una cosa sigue siendo cierta: el espíritu de equipo, como lo habíamos dicho, a propósito del concurso de 1906, que mejor valía dejarlo a los corredores del Tour ciclista de Francia²⁹¹, no fue más que un momento de la historia.

El secreto alrededor del concurso, en donde los iniciados transmiten las reglas no escritas de generación en generación, parece haberle dado una dimensión casi religiosa, un autor llegando a recordar que antiguamente ¡los candidatos se preparaban “para el concurso como una novicio se prepara para pronunciar sus votos”²⁹². El todo ciertamente contribuyó a constituir a los profesores de derecho en un cuerpo homogéneo, si ce no en un de esos “grandes cuerpos” de los que la sociedad francesa parece volverse loca. Al menos habrán recobrado el prestigio que era el de sus muy lejanos antecesores (¡porque los universitarios de la edad media estimaban formar un orden caballeresco!) salvo que notemos que este prestigio no se impone en gran medida a quienes, como los miembros del Consejo de Estado, se constituyeron ellos mismos como un gran cuerpo.

Conclusión de la primer parte

Forjando durante largo tiempo su propia identidad, en los alrededores de 1900 y en los términos que viene de ser descritos, la doctrina del siglo XX evidentemente no se construyó *ex nihilo*. Por el contrario, ella tomó prestado los más diversos elementos a una tradición vieja de veinticinco siglos.

A los jurisconsultos romanos, una técnica de redacción utilizada hoy en día en los comentarios de sentencias o en las conclusiones delante de una jurisdicción. A los glosadores, post glosadores y otros exegetas, el arte de darle a los textos la plenitud de su significado. A la tradición de las universidades, en particular alemanas, el prestigio de los profesores. A Domat, luego a Aubry y Rau y muchas otras todavía, el gusto por los sistemas. A casi todo el mundo, pero más o menos según el autor, el arte de extraer principios, con una mención especial para Loysel (que entendía

²⁸⁸ Cf. Lemieux, M: “La récente popularité du plan en deux parties”, *RRJ* 1987, p. 823 s.s.

²⁸⁹ Las dos últimas fórmulas son de Jean Rivéro: “Pour la leçon en ´quipe”, *DS* 1976, Cron., p. 137.

²⁹⁰ Las tres últimas citaciones siendo de Gautier, P.Y: “Le concours d’agrégation au plus intime: Institutes coutumières”, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 221 s.s.

²⁹¹ Morel, R: discursos con motivo del lanzamiento de los dos volúmenes de estudio en honor de Georges Ripert el 21 de octubre 1950, LGDJ, 1950, p.7.

²⁹² Merle, R: “La leçon d’agrégation dans toute sa splendeur”, *DS* 1987, Cron., p. 142.

expresamente reducir el derecho en principios) y por los exegetas. A Pothier, un ejemplo a seguir en todo orden de cosas... Podríamos todavía alargar la lista.

Queda por saber – y es la cuestión capital – porque la doctrina se constituyó en este momento preciso y no en una época anterior, porque también los elementos para construirla existían hace ya largo tiempo. Parece que los tres factores específicos entregan la explicación.

Primo la masificación de opiniones, que le da a los autores una conciencia más aguda de su fuerza colectiva. En este sentido, la doctrina es hija de las revistas jurídicas, las que comienzan su carrera a fines del siglo XVIII y aumentan su poder a lo largo del siglo siguiente. Para que la doctrina alcance lo que los astrónomos llaman la masa crítica, hace falta que los autores tomen seguido la pluma y entonces sean suficientemente numerosos: en los países menos habitados que el nuestro, en donde los profesores son en pequeño número, litigan muchos y escriben poco, dudamos en emplear la palabra de doctrina, salvo asociando la de los países extranjeros.

Segundo una bastante fuerte unidad de autores: uno no puede unirse sino a condición de parecerse, razón por la cual romanistas y canonistas de la edad media no lo consideran y prefería limitarse a sus habituales disputas, por lo demás fecundas. Los jurisconsultos, sin embargo, lo habrían podido, si las otras razones de hacerlo no habían faltado en su caso: así no encontrará nada mejor que dividirse entre Sabinianos y Proculyanos... La admisión nacional ayudando, los profesores franceses contemporáneos estuvieron en este punto más eficaces.

Tertio y sobre todo el temor de ver diluir el derecho en el campo de otros saberes. Este temor no comienza sino muy tardíamente con la subida misma tardía de las ciencias sociales. Hay que recordar todavía una vez que hasta fines del siglo XIX, *los juristas eran casi los únicos sabios de lo social*, del que tenían un conocimiento, de todas maneras empírica, pero que nadie, ni siquiera los filósofos, no le arrebatrían verdaderamente. El desarrollo de las ciencias humanas constituyó entonces las más vasta revolución que ellos debieron afrontar, mucho más perturbadora para ellos que la revolución industrial o el descubrimiento de la imprenta. Es ésta la que explica principalmente que el repliegue de los juristas sobre su propia ciencia y su consagración de una identidad fuerte bajo el nombre de doctrina.

Después de esto, las otras razones no juegan más que un rol de apoyo. ¿El hecho que la fe en el código civil y en la ley haya sido seriamente quebrantada? Si, pero en el curso de la historia, los periodos sin derecho legislado fueron largamente mayoritarios. ¿El gusto por ordenar el espacio jurídico? Sin duda, pero se trata acá de un fenómeno recurrente, ya perceptible en la gran época de los jurisconsultos romanos en los autores del Antiguo Régimen deseosos de unificar el derecho francés. ¿La preocupación por la seguridad jurídica? Bien entendido, pero no pertenece a ninguna época en particular y es incluso a causa de dicha preocupación que los juristas tienen una reputación bien establecida de conservadurismo. En realidad, la única particularidad de Gény y de sus contemporáneos, es que el miedo y la inseguridad turne en ellos hacia la fobia. Pero esto se explica sin dificultad: creyendo sinceramente luchar por la seguridad del justiciable, Gény obra en realidad por la necesidad de

certeza ¡que los juristas de su época y el mismo experimentan en carne propia! Contra el riesgo del *sociologismo*, ellos quieren ver o hacer existir una verdad en derecho y acá se encuentra la raíz profunda del magisterio doctrinal.

Este sentimiento persiste sin dudas en nuestros días y se apoya siempre en la seguridad jurídica, regularmente invocada para oponerse a las innovaciones más diversas. Pero en una época en donde la autonomía de cada campo jurídico no es más muy discutida, reposa en realidad en la inercia del sistema y sobre todo sobre otra razón, que guarda toda su actualidad: para los juristas de la escuela científica, y Gény le dice casi explícitamente en una de sus cartas a Saleilles²⁹³, el acuerdo sobre una verdad jurídica a base de principios fuertes a constituer también el medio de hacer aceptar por todos, creyentes o no, la expresión de sus convicciones. Bastante corriente, la conducta evoca la de Grotius laicizando el derecho natural para intentar de convertirlo universal. Ahora bien, permanece muy vivaz en un buen número de juristas actuales que, queriendo deducir la solución correcta a partir de los principios, tienen una práctica del derecho más teológica que prudencial... Al menos cuando los hechos no se encargan de llamarlos al orden.

²⁹³ Citado por Jamin, Ch: "François Gény d'un siècle à l'autre", in Thomasset, Cl; J. Vanderlinden y Ph. Jestaz (sous la dir.), *François Gény, Mythes et réalités*, Dalloz, Bruylant & éd. Yvon Blais, 2000, p. 18 y 19.

SEGUNDA PARTE

El estatus de la doctrina en Francia²⁹⁴.

Prólogo:

Esta segunda parte tiene por objeto el estudio de la doctrina francesa, tal como se encuentra en este inicio del siglo XX. Pero no abandonaremos del todo el enfoque histórico y aquí está el porque.

Como ya hemos visto, la doctrina toma la forma que actualmente le conocemos alrededor del 1920, plazo aproximado de una época de transición que duró como unos cuarenta años. Sin embargo, después de este período, hubieron otras evoluciones. Pero ellas son demasiado pequeñas para concederles un párrafo de características históricas pero suficientemente interesantes para hacer referencia a ellas en lo concerniente a la situación actual.

En otras palabras, lo que diremos respecto de la doctrina del 2003 es también ampliamente aplicable para la doctrina de el último tercio del siglo XX, entiéndase la de la post-guerra o la de la entre guerra, pero con reservas que serán indicadas a la pasada (no señalando más que un ejemplo, los coloquios no se transformaron en un fenómeno de masa hasta los años setenta).

Queda un hecho mayor. El ser y el actuar de la doctrina son bastante constantes desde hace ochenta años, como lo demuestran irrefutables pruebas escritas: entre un tratado de derecho civil de 1920 y uno actual, ciertamente hay algunas diferencias (sobre todo respecto a la presentación editorial y en el derecho positivo y relatado) pero infinitamente menores que con los tratados de Demolombe, Troplong o incluso de Aubry y Rau. Lo mismo sucede en todas las ramas del derecho, al menos respecto de aquellas que ya existían en el siglo XIX...

De esta manera, la doctrina francesa permanece fiel al status ampliamente implícito que se dio a si misma y que se supone funciona de maravilla. El estatus no tiene nada de formal, ya que los autores jamás se han reunido para constituirse en tanto doctrina y decidir un curso de acción. Al contrario, son las actividades a las que se dedica la doctrina las que dibujan su fisonomía propia. Pero en una necesidad de claridad, primero estudiaremos los elementos de la doctrina (Capítulo 1) antes de abordar sus funciones (Capítulo 2).

²⁹⁴ *Bibliografía:* además de los manuales de introducción al derecho, los principales escritos de consulta son J.-D. Bredinm "Remarque sur la doctrine", *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, PU Toulouse, 1981, p. 11 s.s.; Curapp & CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, esp. A. Bernard y Y. Poirmeur (p. 5 s.s.); *droits*, nº 20, 1994, "Doctrine et recherché en droit", 1994 esp. PH. Jestaz (p. 85 s.s.) y M. Gaubert (p. 97 s.s.); V. Crombez, *La doctrine en droit français et en common law* tesis dactyl. Lyon III, 1995; *Annales de droit de Louvain*, 1997, "La doctrine: une source en droit en question", esp. F. OST y M. Van de Kerkhove (p. 31 s.s.); PH. Jestaz y Ch. Jamin, "L'entité doctrinale française", *D.* 1997, Crón., p. 167 s.s.; L. Aynès, P.- Y. Gautier y F. Terré, "Antithèse de l' entité (à propos d'une opinion sur la doctrine)", *D.* 1997, Crón., p. 229 s.s. -A. Supiot, "Grandeur et petitesse des professeurs de droit", *42 Les cahiers de droit* (2001), p. 595 s.s.; J.-P. Chazal, "Antigone, Busiris et Portia, trois images spéculaires de la doctrine", *Revue interdisciplinaire d' études juridiques*, 2002, p. 1 s.s.; A. Bernard, "Icones. Autoportraits des professeurs de droit", *Études a la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeau, 2003, p. 17 s.s. etc.

CAPÍTULO 1 Los elementos de la doctrina

Dentro de las definiciones de doctrina hay una, ya citada²⁹⁵, que resume a la perfección sus dos elementos: “Pensamiento de los autores. Por extensión, el conjunto de autores”. Esta definición da lugar a las dos secciones del presente capítulo.

SECCIÓN 1 EL PENSAMIENTO DE LOS AUTORES

La referencia al pensamiento de los autores implica que la doctrina sería, por definición, escrita e incluso publicada. Esta idea, que puede ser discutida según veremos, es de todos modos la que se impone. También nos lleva a preguntarnos dos cosas: ¿qué autores que forman parte de la doctrina (párrafo 1) y sobre qué bases se acogen sus publicaciones (párrafo segundo)?

1 ¿QUE AUTORES?

El término doctrina se aplica exclusivamente a los juristas de profesión (A) y, manteniendo ciertas reservas, a los juristas independientes (B).

A. LOS JURISTAS DE PROFESIÓN

La doctrina se auto-atribuye la misión de comentar el derecho positivo: de partida, se incluyen únicamente a los profesionales del derecho y solo en la medida que se avoquen a la tarea de comentar. Una obra sociológica, por ejemplo, no pertenece a la doctrina, aun cuando haya sido escrita por un jurista y, con más razón, si es el trabajo de un *puro* sociólogo. Esta concepción implica un verdadero divorcio entre el Derecho y las ciencias humanas (1º) pero también genera una profunda homogeneidad en la doctrina (2º).

1º) El divorcio entre el Derecho y las ciencias humanas.

Se impone una primera observación: el término doctrina solo se utiliza para referirse a los textos que comentan el derecho positivo o que por lo menos, no se alejan mucho de él. De manera más precisa, la concepción francesa de doctrina parece estar indisolublemente unida con aquella de *dogmática*, entendiendo por ésta *un estudio docto, razonado y construido del derecho positivo siguiendo la óptica del deber ser, es decir, la de la solución deseable y aplicable*. Entendido de este modo, el término doctrina nada tiene de peyorativo, por el contrario: ésta presta servicios invaluables a los estudiantes y a los litigantes, pudiendo incluso interesar a los

²⁹⁵ V. *supra*, p.2 (N. del T: Nota corresponde a la versión francesa).

especialistas de otras ciencias humanas²⁹⁶; y todos nuestros grandes juristas han sido también grandes dogmáticos.

Pero la dogmática no llega ni a agotar por sí misma el pensamiento jurídico. En particular, los investigadores provenientes de otras disciplinas tienen mucho que decir respecto del derecho, observándolo *desde el ángulo de lo que es*, analizándolo como un fenómeno y no como una norma aplicable. Sin embargo – rasgo característico- no se habla de doctrina respecto de ellos: Kant o Marx, Max Weber o Bourdieu no forman parte de la doctrina aun cuando se hayan interesado en el derecho.

Este divorcio entre la dogmática (el derecho visto desde su interior) y la visión extra-jurídica del derecho, se explica, en parte, por el desarrollo exponencial del campo del saber. Ciertamente, sería ideal que el jurista tuviera un conocimiento avanzado de todas las ciencias humanas, pero esta aspiración raya en lo utópico. Sin embargo, no es imposible, ni raro tampoco, que un jurista cultive alguna otra especialidad como la sociología, la lingüística, la antropología, la economía, el psicoanálisis o la filosofía. Pero el divorcio reaparece en sus escritos: por ejemplo, el jurista-sociólogo escribirá obras de sociología jurídica, extrañas al derecho dogmático y, por otra parte, obras de puro derecho positivo enriquecidas tal vez, por un tinte sociológico. Nuevamente aquí, la palabra doctrina jamás se utilizará en relación a los trabajos pertenecientes a la primera categoría: nadie dirá respecto de la *Linguistique juridique* del decano Cornu, o de la *Sociologie juridique* del decano Carbonnier o, con más razón aun, de la *Philosophie de droit* de Michel Villey, que “la doctrina” desarrolló tal o cual idea ... Todo ocurre como si estos autores se expresaran a título puramente personal, mientras que cuando tratan de dogmática, parecen expresarse – un poco- a título colectivo, puesto que se incluyen dentro del concepto de doctrina.

Por el momento, parece ser que el divorcio entre el derecho y las ciencias humanas²⁹⁷ no se debe únicamente a la inevitable limitación del conocimiento, ni al innegable repliegue de los juristas sobre su propia disciplina (ampliamente comentada en la primera parte de la presente obra) sino que también se explica por otras razones que nos limitaremos a mencionar de manera breve.

a) La óptica del deber ser y de la aplicación práctica tienden a encerrar al dogmático dentro de una lógica rígida y difícilmente compatible con la visión del observador exterior, en el que el jurista intenta a veces convertirse sin mucho éxito. Dicho en palabras simples, la dogmática devora todo a su paso (el empleo del tiempo, la capacidad de poner su método en duda, las otras culturas...). Respecto a este punto, el Derecho adolece de una dificultad particular, puesto que los autores se dirigen principalmente a abogados o a futuros abogados.

²⁹⁶ Cf. la reacción, medio-sorpresa, medio-admirativa, de un sociólogo descubriendo el pensamiento de Duguit y d' Hauriou, J.Donzelot, *L'invention du social*, Senil, col. Points-Essais, 1994, p.89-90 “Los juristas, por función, solo racionalizan las situaciones de hecho con el fin de introducir una coherencia sustentada sobre principios. Pero esta tarea los lleva a veces a producir grandiosas construcciones que, más allá de la simple técnica jurídica, dan directamente material de reflexión al conjunto de la sociedad a la cual se refieren”.

²⁹⁷ Este divorcio es de tal fuerza que casi siempre, los juristas se niegan a examinarse bajo el ángulo de la filosofía y las ciencias sociales.

b) La tradición francesa se dedica al estudio de los textos (orientado a la creación de principios y, posteriormente, de construcciones jurídicas, siguiendo un proceso que tiende cada vez más a la abstracción) y no a la investigación detallada de los hechos que los autores tienden a *simplificar*,- el mecanismo de la casación los alienta en esta vía. Esto explica la falta de curiosidad por las ciencias humanas, ya que son consideradas como una ciencia de los hechos.

c) Del mismo modo, el apego al código civil y, más fuertemente, el legicentrismo, dejaron un surco tan profundo en el pensamiento jurídico francés, que hoy puede considerarse una zanja. Incluso espíritus abiertos de mente como Geny y Saleilles recayeron en ésta, a pesar de su sincero deseo de acercarse a las ciencias sociales para enriquecer el derecho, siendo el análisis de sentencias (con los hechos que cargan y los conflictos de intereses que resuelven) el que hizo las veces de sociología...

d) Las lógicas institucionales contribuyen también con lo suyo: a pesar de algunos tímidos intentos por impartir cátedra, supuestamente, de cultura general, la formación de las Facultades de derecho tiene una orientación esencialmente profesional y por lo tanto, positiva y dogmática que nada tiene en común con la formación otorgada por las Facultades de ciencias humanas.

Vemos entonces, que el divorcio entre el derecho y las ciencias humanas es un divorcio sin mayores complicaciones, ya que se habría requerido de enormes esfuerzos para evitarlo. En realidad, nunca hubo matrimonio puesto que el derecho (y la dogmática con él) se estableció como soltero acérrimo mucho antes que las ciencias sociales iniciaran su carrera. Pero el endurecimiento de esta postura, se intensificó a inicios del siglo XX, al mismo tiempo que la mayoría de los juristas franceses querían salvar la autonomía del derecho, a su juicio amenazada por las nuevas ciencias sociales, reforzando la dogmática bajo pretexto de renovarla. Esto permitió la construcción de la doctrina *en contra* de las ciencias humanas.

Una terminología de moda opone las ciencias *duras* (antaño calificadas de exactas) a las ciencias humanas. El derecho, tal como fue edificado por una larga tradición francesa, puede ser una ciencia inexacta, pero dura. Al menos el lector retendrá que este libro, si bien se refiere a la doctrina, no forma parte de ésta ya que no tiene ningún trasfondo dogmático. De este modo, si bien esta concepción de la dogmática es sumamente restrictiva, al menos genera la homogeneidad de la misma.

2º) La homogeneidad de la doctrina jurídica

Como veremos, esta homogeneidad se debe, en gran medida, a que actualmente todos los autores que se refieren al derecho positivo utilizan el método dogmático: la oposición que pudimos constatar en el siglo XIX entre quienes seguían el código civil paso por paso (Toullier, Proudhon) y aquellos que construían el derecho civil (Aubry y Rau) ya no existe puesto que *todo el mundo construye*, con el deseo explícito de proveer de “armaduras firmes” a la sociedad²⁹⁸. Como diría el sociólogo

²⁹⁸ V. *supra*, p. 148. (N. del T: Nota corresponde a la versión francesa).

Jacques Commaille, la doctrina es una *ordenadora de lo social*²⁹⁹, de la cual nace el espíritu común que anima a todos sus miembros. Sin embargo, antes de ahondar en el tema conviene dilucidar un equivoco.

La homogeneidad de la doctrina no significa, evidentemente, que los autores se comporten como corderos. Por el contrario, éstos hacen gala de una gran diversidad. Primero de estilo, aun cuando éste –volveremos sobre el tema- se muestre mejor en los artículos de género libre que en la redacción de un tratado o de un repertorio. Después, diversidad de tono, aun mas patente que la anterior (si bien les es aplicable la misma reserva). Diversidad de cultura también, ya que los autores tendrán según cada caso, una predilección por la historia del derecho, el derecho comparado, la filosofía del derecho o por alguna ciencia humana más o menos relacionada, sin perjuicio de la literatura (o mas bien las literaturas). Finalmente y sobretodo hay que subrayar la diversidad de opiniones filosóficas, políticas, religiosas, etc.

Incontables controversias lo atestiguan: la divergencia entre los hermanos Mazeaud y André Tunc les impidió continuar su colaboración en materia de responsabilidad civil, en esta disciplina se tomaron posiciones marcadamente diferentes a las adoptadas por los hermanos ya citados, como aquellas de René Rodière y de Starck, también opuestas entre si; del mismo modo aun se recuerda la controversia que desde de los años 1970, opuso a Eisenman y el decano Vedel a propósito de las “bases constitucionales del derecho administrativo”³⁰⁰, etc. En realidad, los debates entre autores son habituales en el derecho, e incluso, más allá de toda controversia, su diversidad se hace notar: aun un principiante (esto seria, grosso modo, un estudiantes del tercer ciclo) reconocería sin esfuerzo la manera de Hauriou o de Duguit, de Ripert o de Geny, y mejor aun aquella de los autores contemporáneos.

Esta diversidad es protegida, por decir lo menos, con celo por los miembros de la doctrina. La reivindican con una insistencia que terminaría por plantear dudas. Los autores universitarios parecen alimentar el temor-perfectamente infundado- de que el espíritu del conjunto termine por imponerse sobre la personalidad de cada uno de sus miembros: de este modo, incluso llegan negar la existencia misma de dicho conjunto. Esto puede explicarse por el recuerdo de aquellas bromas, tan clásicas como injustificadas, que presentaban la ciencia de los juristas como el manejo de una jergonza muchas veces esotérica y estereotipada.

Este contexto oblicuo no debe, sin embargo, disimular el hecho que los *diversos* autores no solo hablan un mismo lenguaje (lo que ocurre con todos los especialistas, independientemente de la disciplina), sino que también utilizan un lenguaje mas constreñido e invasivo que el de las otras especialidades, puesto que es el fundamento de un poder que gobierna a toda la sociedad: esto explicaría la mayor homogeneidad de la doctrina jurídica.

²⁹⁹ J.Commaille, *L'ésprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p 211.

³⁰⁰ Sobre este respecto, E.Breen “Le Doyen Vedel et Charles Eisenman: une controverse sur les fondements du droits administrative”; RFDA 2002, p.232 s.s

El derecho esta hecho para aplicarse. Los juristas tienen entonces la obligación de utilizar el lenguaje normativo (ley y jurisprudencia), pero también deben hacerlo explícito y completarlo facilitando su aplicación, lo que implica inventar un lenguaje complementario. En la práctica, los conceptos teorizados o creados por la doctrina (causalidad, derecho real, patrimonio, oponibilidad, servicio público, etc.) rápidamente adquieren un carácter tan obligatorio como las palabras de la ley. El pensamiento jurídico sufre de este modo, una fuerte estructuración que se impone sobre las opiniones individuales. Aun en el recurrente caso de divergencia ente los juristas respecto a la aplicación de una determinada *solución*, en particular aquellas nuevas o que es conveniente imaginar para el futuro, el debate se desarrolla dentro de un *marco* común impuesto de antemano: aquel del derecho positivo y la técnica dogmática. Este cuadro es predefinido por la ley y también por la Corte de Casación o el Consejo de Estado, hoy el Consejo Constitucional, la Corte Europea de Derechos del Hombre o la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, todas instancias que fijan los límites del debate, preparan el campo de batalla y determinan la elección de las armas. Asimismo, este campo de batalla también es diseñado por la doctrina, la que es prisionera de sus propias construcciones y de su eficacia práctica, garantes de su excelencia.

El celebrísimo caso *Perruche* nos da un buen ejemplo: se debatió con una extraña virulencia, pero usando las nociones técnicas comunes a todos: la causalidad (directa o no), el concepto de perjuicio (considerado o no como lesión a una situación preexistente), la naturaleza del perjuicio (consistente en el handicap o en el solo nacimiento), el efecto relativo de los contratos (este último invocable o no por el tercero afectado), la noción de persona (apta o no para poner en duda su propia existencia)... Y los raros autores que quisieron salir de este marco para ubicar el debate en el terreno filosófico o antropológico se expusieron a la acusación más o menos solapada, de *aplicar algo más que el derecho*, dicho de otra forma, de desconocer las reglas del juego. En verdad, los que debatieron desde un punto de vista técnico también lo hicieron sobre consideraciones del tipo señalado anteriormente, pero implícitas y transmutadas en conceptos jurídicos. Aun así, la mayoría la constituían aquellos que se dedicaban al debate dogmático del derecho positivo, revelando así su homogeneidad a pesar de sus controversias internas.

De forma general, los debates doctrinarios se desarrollan esencialmente en estos términos, salvo algunas excepciones que no se incluyen en este saco. Los adversarios utilizan las mismas nociones (a menos que disientan sobre su aplicación en el caso particular), las mismas referencias (a menos que disientan sobre su interpretación) y, a grosso modo, se sirven de la misma forma de razonamiento: éste se apoya en la lógica jurídica, corrigiéndola por razones de justicia, de orden y de oportunidad. Sobre este punto los autores sólo tienen diferencias respecto al etiquetado de los diversos ingredientes. El rol unificador de la dogmática, que incluso la controversia no logra disfrazar, se hace presente en los mejores y más longevos trabajos doctrinarios, como por ejemplo, en la redacción de un tratado ya que, a pesar de algunas variables personales, los autores utilizan los mismos métodos de construcción del derecho. Incluso sus estilos son relativamente estandarizados (aquel de los tratados y de los manuales, de los artículos de repertorio, etc. sobre todo cuando son escritos en común). Pero estos mismos autores condimentan su estilo personal -

con diversas figuras, inesperadas referencias, trazos polémicos, bromas, etc.- cuando participan en una controversia o cuando escriben un artículo de reflexión teórica o prospectiva. Esto confirma que la extrema diversidad de las personalidades y la homogeneidad de la forma doctrinal no son en lo absoluto excluyentes entre sí: incluso se podría suponer que son las dos caras (indisociables) del buen jurista francés.

B. LOS JURISTAS INDEPENDIENTES.

El pensamiento científico no vale sino por su independencia, tanto en el derecho como fuera de él. Pero las reflexiones sobre el derecho no tienen las mismas implicancias que las reflexiones sobre el movimiento de las partículas o de las galaxias. La reflexión del jurista está unida al ejercicio del poder en la ciudad por lo que tiende a servir, sea eso voluntario o no, a los intereses más diversos, bajo la forma de un servicio remunerado. Por la fuerza de las cosas, es imposible concebir una opinión doctrinaria que no apoye *ningún* interés. Sin embargo, y a pesar de las dificultades de la ejecución, la doctrina reivindica y logra preservar una independencia de principios respecto al poder (1º) y respecto al dinero (2º).

1º) La independencia respecto al poder.

Aun cuando la posibilidad de constituir una verdadera ciencia del derecho (diferente o no de la dogmática) se discute frecuentemente, el pensamiento jurídico se pretende científico en el sentido lato del término, es decir docto. Sin embargo, no se concibe, de manera general, que un hombre de ciencia esté bajo los órdenes del poder, y esto es aún más cierto en el derecho donde el objeto estudiado, en esencia la norma, es en buena medida la obra quien está al mando.

Por un hecho de la naturaleza, el objeto-derecho genera necesariamente una atracción recíproca entre la esfera de los que toman decisiones y la de los expertos en la materia, razón de más, según observaran estos últimos, para mantener una saludable distancia, justificada por otro hecho de la naturaleza: el tiempo de la ciencia no es aquel de la acción. Las dos actividades se oponen en la mayoría de sus rasgos característicos: una banalidad como ésta no requiere demostración.

De todas formas, la doctrina francesa hipertrofia esta oposición y (excepto en el caso del derecho administrativo) tiende a reservar el monopolio de la acción teórica quienes no tienen poder decisorio, dicho de otra forma, a los universitarios. En este sentido, ella observa a menudo, no sin complacencia, que la palabra doctrina viene del latín *docere* que significa enseñar. Esta etimología demuestra bastante bien, en efecto, la situación francesa. Pero no prueba en ningún caso, a pesar de lo que algunos insinúan, que por definición y en todas partes, la doctrina sólo pueda ser de carácter académico: el ejemplo del jurisconsulto romano (tan admirado en otras partes), y más cerca de nosotros aquel de Merlin o de Troplong, de Laferrière y de los grandes comisarios del gobierno, bastarían para arruinar esta idea.

Lo que es cierto, es que el trabajo de profesor ofrece a quienes lo ejercen una posición ideal para dedicarse a las publicaciones doctas: el tiempo libre (a pesar del aumento de la carga académica sobre los universitarios), la libertad de espíritu unida a

la calidad de funcionario, la evidente osmosis entre la enseñanza y la investigación, la posibilidad de intercambios intelectuales entre colegas, etc. aseguran la calidad de la producción científica, tanto en el derecho como en otras ramas. Incluso, la libertad de pensamiento de los profesores universitarios fue considerada por el Consejo Constitucional como un “principio fundamental reconocido por las leyes de la Republica”, y por lo tanto un principio de valor constitucional³⁰¹. En la práctica republicana actual, no se dan casos en que el gobierno atente contra esta independencia- sin embargo, ello no siempre ocurre en el caso de los autores no universitarios³⁰²- y cada uno puede ver que los profesores de derecho critican muy libremente la ley y los tribunales del estado, tanto en sus clases como en sus escritos.

La doctrina cumple así su tarea de ser un contra-poder, pero esta tarea no tiene nada de políticamente militante: esta muy marcada por la ciencia. Asimismo, veremos que algunos de los miembros de las esferas del poder de turno, se dedican a la toma de decisiones y jamás participan en el desarrollo de consideraciones doctrinarias: esta actitud es ideal para el gobierno o el parlamento visto como tal, pero también para nuestros tribunales de justicia que, a diferencia de las jurisdicciones del *common law*, deciden de manera corta y sintética, sin desarrollar su argumentación de manera docta (lo que implicaría numerosas referencias y discusión abundante). Esto indica, que muchos casos tangenciales invitan a conciliar la oposición existente entre quien decide y el docto, sin por ello abandonarla.

En un principio, la ley es precedida por trabajos preparatorios que son objeto de una publicación oficial donde pueden leerse los informes, usualmente muy sustanciosos, y en la práctica, muchas veces encargados a juristas de profesión (siempre se encuentran entre los parlamentarios, sobre todo en las comisiones de leyes). Ciertamente, no es costumbre citar estos trabajos bajo el nombre de doctrina, pero intelectualmente puede plantearse la cuestión.

Por otra parte, la administración tiene la costumbre de publicar sus notas, comentarios, comunicados, etc. (poco importa la terminología), respecto de los cuales se ha generado el uso de hablar de una “doctrina de la administración”, principalmente en materias fiscales,-hasta el punto que algunos se preguntan sobre la existencia de una doctrina fiscal que no sea administrativa³⁰³. Entre la multitud, existe por lo menos una tendencia, incluso entre los mismos profesores de derecho, de reconocerle una naturaleza doctrinaria a las respuestas ministeriales publicadas por los diarios oficiales. De todas formas, estos documentos tienen la marca de la autoridad política más que de la autoridad científica. El poder y su *imperatoria brevitatis* aparecen en un discurso conciso que reduce la discusión y más que demostrar, afirma. Por otra parte, al ver una obra de carácter para-legislativo, acostumbramos pensar que respecto de ella la

³⁰¹ Cons.const, diciembre. n° 83-165 DC del 20 de enero 1984, Rec.p.30.

³⁰² Hace algunos años, se le pidió agriamente la renuncia a un sub-director del Ministerio de Justicia, que publicó un *Que sais-je?* dedicado al Fiscal de la República, porque había escrito que el artículo 36 del código de procedimiento penal autorizaba al ministro de Justicia para impartir instrucciones a los fiscales, siendo que la titular de la cartera se había recientemente comprometido a dejar de dar instrucciones en los casos individuales (cf. *Le Monde* del 28 de octubre de 1998).

³⁰³ J.Meurant, “Existe-t-il une doctrine qui ne soit pas administrative?”, *Petites Affiches*, 10 de agosto 2000, n°159, p.4, que se refiere al libro de J.Grosclaude, *La doctrine fiscales en France (1987-1999)*, Litec,2000.

palabra doctrina debe entenderse como opinión corriente y no en el sentido particular de derecho docto.

En fin, si es cierto que las decisiones de justicia se caracterizan en Francia por su brevedad, al menos el procedimiento incluye conclusiones e informes, pronunciados por un magistrado informante o por un miembro de la fiscalía (sin hablar de los comisarios del gobierno que serán abordados junto con el derecho administrativo). Sin embargo, estas intervenciones pueden ser objeto de una publicación, en que cada uno podrá ver que para el derecho docto, éstas son tan argumentadas como un artículo escrito por un profesor. Así, se admite sin dificultad que se trata de doctrina. Pero los que ven en estos informes un anexo a la jurisprudencia tampoco están del todo equivocados.

A pesar de estas tangentes, la independencia de la doctrina es una realidad poco controvertida y no solo una posición consolidada. Una realidad que no cuestiona la atracción que ejerce, por lo menos en algunos miembros de la doctrina, una eventual participación en los cargos en que se toman las decisiones. En la práctica no es raro, incluso si el caso es minoritario, que los profesores de derecho conquisten un mandato electivo, aceptando una cartera ministerial o conformando una comisión ad hoc encargada de preparar una reforma, si es que no son directamente encargados de redactar el proyecto de ésta. Un proceso similar no suscitaría la menor de las críticas: es normal que después de un determinado número de años dedicados a la reflexión del derecho positivo, y por lo tanto a proponer soluciones (ya que a fin de cuentas, en eso consiste la culminación lógica del trabajo doctrinario), los miembros de la doctrina tengan el deseo de participar más de cerca en la elaboración de los textos legales. Las posiciones de los autores revisten sin embargo cierta ambigüedad, ya que mientras cultivan una cierta distancia respecto al poder, celebran como la mayor de las victorias doctrinarias el que uno de los suyos aporte su contribución. La doctrina oscila entonces, entre el rol de contra-poder y aquel de experto, sin prohibirse todo tipo de acercamientos al poder, siempre que éste último no lo absorba del todo.

2º) La independencia respecto del dinero.

Más que la independencia respecto del poder, la independencia respecto al dinero no solo se considera una virtud de la doctrina, sino que es la condición infaltable para su legitimidad. Un autor debe comportarse de manera tal que no pueda siquiera imaginarse que sus opiniones dependan de las remuneraciones que recibe (salvo en el caso de una fortuna hereditaria, que forzosamente percibe). Es el caso más común, pero ciertas hipótesis particulares plantean delicados problemas. En este punto hay que preguntarse en que consiste la independencia de espíritu (a) antes de determinar si ella se encuentra o no amenazada por el dinero (b).

a) La noción de la independencia de espíritu.

Observemos en primer lugar que los autores toman constantemente partido en cada línea que escriben, por decirlo de algún modo, aun cuando el lector no siempre se da cuenta, ya que todas las palabras de la ley o del juez se prestan, por poco que sea, a la interpretación. El autor que bajo pretexto de neutralidad quisiera exiliar toda opinión personal de su discurso no tendría otro camino que la paráfrasis.

Esto demuestra que el pretexto de neutralidad no debe hacernos pensar que la doctrina debe hacer de balanza igualitaria entre intereses opuestos. Si por ejemplo un tratado de derecho del trabajo aborda un treintena de controversias importantes (número dado al azar), nadie esperará que el autor opine quince veces por el empleador y quince veces por el empleado. Por el contrario, se estimará normal que, por filosofía propia, el autor adopte una posición generalmente favorable al trabajador, actitud aún menos extraña considerando que el derecho del trabajo se construyó por la necesidad de protegerlo. Pero, en esta misma medida, también se estimaría normal que otro autor, con una filosofía diferente o considerando que hay que evitar toda exageración en el sentido contrario, desarrolle tesis favorables al patrón. En la práctica, esto es lo que ocurre más a menudo en nuestra particular disciplina donde la rigidez de las organizaciones profesionales lleva a los autores a repartirse en dos áreas, sin que por ello alguno de sus lectores vean algún indicio de corrupción. Incluso puede tratarse de autores asesores como de autores no asesores... algunos tienen la necesidad de precisar este punto contra aquellos que se pretenden portadores de *la verdad* científica³⁰⁴. Este tipo de división también ocurre en otros sectores, pero de manera menos fraccionada en la mayoría de los casos.

En otros términos, el autor que escribe desde lo abstracto y la generalidad no tiene un deber de *imparcialidad*, al máximo uno de moderación. Esto es lo que lo diferencia de un juez encargado de conocer un litigio en particular. En la hipótesis intermedia donde un magistrado escribe obras doctrinales, el deber de imparcialidad se impondrá en el sentido que el autor no deberá dar la impresión de juzgar por adelantado a los litigantes que comparecen ante él. Aparte de este caso, la legitimidad doctrinaria postula que solo tomando partido, el autor considere los argumentos adversos, evitando deformarlos, sin dejar de lado ninguna referencia, etc. Sobre todo, el autor debe hablar *en general*: regla de conducta que deberá respetar, y de manera especial, al momento de comentar un fallo, ya que debe referirse al caso y no a las personas. De este modo, nada impide que el autor señale sus propias preferencias en las soluciones que él estima justas y oportunas, y la mejor forma de objetividad puede consistir en indicar que son, precisamente, preferencias personales. La doctrina puede tener posiciones preconcebidas, mientras sean posiciones libremente adquiridas y, esto va como anillo al dedo, argumentadas.

En un plano ideal, los autores deberían escudriñar su propio inconciente para identificar todos sus presupuestos, y ahorrarse presentar como imposiciones de la ley interpretaciones que, en verdad, les son propias. Pero esta es una misión imposible: todos los autores sin excepción, incluso los dos que escriben, han, en mayor o menor medida, caído en esta confusión en alguno de sus escritos, la mayoría de las veces de buena fe.

b) La eventual influencia de las remuneraciones percibidas.

La remuneración pública tiene la ventaja de apartar las sospechas. La legitimidad doctrinaria pertenece de pleno derecho, a los juristas remunerados por el

³⁰⁴ Cf. en este sentido, M.Bonnecheere: "Doctrine et droit du travail: elements pour un debat", *Droit ouvrier*, 2002, p.471 s.s.

ente público, de allí que en una democracia como la nuestra, éste jamás obligue a sus funcionarios a sostener en sus escritos las posiciones del Estado, siempre y cuando éste, por definición multiforme, tuviera solo una. Lo anterior se aplica, no solo a los profesores, sino también a los magistrados o los funcionarios externos a la universidad, quienes por su posición solo deben guardar una cierta discreción sobre los asuntos particulares que conocen en el ejercicio de sus funciones. Pero este caso no constituye en realidad una dificultad puesto que, una vez más, los autores hablan en general y no *ad hominem*.

Por el contrario, una sospecha pesa sobre el jurista de empresa: que su status de asalariado puede obligarlo a defender determinadas posturas en vez de otras. Aun cuando desarrolle una argumentación de gran calidad (y el caso no es de laboratorio), el jurista de empresa no tendrá legitimidad doctrinaria a menos que tome una distancia suficiente de los intereses de su sociedad o profesión. Lo mismo ocurre con el litigante-autor, quien deberá siempre tomar distanciarse de los clientes que habitualmente defiende.

En el cruce de dos caminos, es menester abordar el delicado tema de los universitarios que elaboran informes en Derecho o que se encuentran inscritos en la barra.

Gratis en Roma, la consulta se transformó en una actividad académica remunerada³⁰⁵ que se auto-define como proveniente de una tradición multiseccular, sin jamás suscitar reproche alguno a su respecto, hasta épocas recientes. De cierto modo, esta práctica es incluso alentada por los poderes públicos que la utilizan para frenar el aumento de las remuneraciones. Además de ayudar al progreso del derecho y a la realización de una mejor justicia, los informes en derecho aseguran a su autor un conocimiento de la práctica indispensable para la calidad de su trabajo docente, también permite limitar (algo) la huida de cerebros, en particular de los comercialistas, quienes podrían verse tentados de abandonar completamente la universidad para dedicarse de lleno a la práctica privada... En definitiva, los argumentos favorables no faltan. Pero hoy día algunas voces se elevan para denunciar una desviación: los informes en derecho habrían cambiado de status, convirtiéndose en documentos caricaturescamente mercenarios y parciales. Por lo menos es lo que se repite, sin prueba alguna, desde que un autor creyó poder dilucidar este nuevo fenómeno de "prostitución del pensamiento jurídico"³⁰⁶.

A pesar o a causa de su enormidad, paradójicamente esta acusación no generó una reacción crítica, ni siquiera un mínimo cuestionamiento sobre su fundamento. No es que haya acertado, pero el golpe provocó un sentimiento de culpa colectivo y de sospecha. Los académicos de irreprochable conducta, de hecho la gran mayoría, con toda razón pensaron que *otros* (¿pero quienes?) tuvieron que haber mancillado el honor de la profesión. Algunos más ancianos sin embargo, que recordaban haber leído

³⁰⁵ Que conoce algunas excepciones: se requirió de un tiempo, al parecer terminado, durante el cual algunos profesores aconsejaban gratuitamente, lo que sabemos de buena fuente por Géný...

³⁰⁶ J.-D. Bredin, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, PU Toulouse, 1985, p.116. nº 6.

por los años cincuenta, informes en derecho de Ripert y de algunos otros, no vieron la diferencia con las practicas supuestamente nuevas. De todas formas, se estimó más apropiado no tomar la pluma: se había dicho bastante, pero como se trataba de una selección de “Misceláneos” y de una revista sin un tiraje muy importante, más valía guardar silencio que refutar alto y fuerte el comentario. Desde entonces, y a fuerza de repetirlo a voz baja, éste comentario termino por cubrir los colores de la cientificidad, ataviándose con el mito del ocaso de la edad de oro.

El informe en derecho actual no es ni más ni menos parcializado que aquel de antaño. Esto significa que es moderadamente, o hábilmente parcial, pero esto ya es demasiado en opinión de algunos profesores con una percepción particularmente exigente de las cosas. El verdadero problema radica entonces en saber si un informe en derecho puede verdaderamente ser *objetivo*. Responder a la pregunta seria más fácil si el informe fuera solicitado por el juez sobre un punto de derecho (situación limitada en Francia a los procesos internacionales o a determinados arbitrajes) o cuando el demandante (por ejemplo, una organización profesional) desea informarse, fuera de todo proceso, sobre la manera más conveniente de aplicar la ley. Pero el informe en derecho completamente objetivo tiene tintes de mito, al ser la mayoría de las veces pagado por uno de los litigantes según las necesidades de su defensa, ya que forzosamente tiende a seguir una orientación. Sin embargo, el informe en derecho no es de una parcialidad total. A diferencia de la práctica de muchos abogados, el autor del informe rechazara por ejemplo, enunciar proposiciones ciertamente contrarias a lo que él considera como el derecho positivo, no dejara en las penumbras un fallo desfavorable para su tesis (pero intentara contradecir dicho fallo), etc. Por último, rechazará el encargo o por lo menos, sólo aceptará abordar los puntos sobre los cuales tiene una opinión en general positiva.

¿De dónde viene entonces la idea de que habría que reprocharles a los asesores una cierta parcialidad, por lo demás bastante inferior a aquella que es aceptable en un litigante? Seguramente, en razón de este dogma: hace aproximadamente un siglo aparecieron algunos que sostenían que la doctrina debía ejercerse como un *magisterio*. Los que denuncian la supuesta desviación de los informes en derecho desearían que éste fuera, no objetivo, pero al menos no partidista como lo es un artículo doctrinario, comprometido tal vez, pero argumentado de manera sólida y sobre todo, bilateral. Pero esta idea de magisterio se discute y en todo caso pierde mucho de su pertinencia cuando un número creciente de profesores se integra a la barra para litigar a cara descubierta.

En realidad, la calidad más o menos doctrinal de los alegatos, cuyas palabras se desvanecen en el aire, o de los informes en derecho, que se limitan al uso interno, no interesan de manera directa a la doctrina puesto que ésta, para apegarse a las definiciones corrientes, se compone de un conjunto de escritos *publicados*. A la doctrina le interesan indirectamente los alegatos y los informes en derecho, solo si estas prácticas, supuestamente desviadas, tuvieran un efecto modificador sobre los grandes tratados de derecho transformándolos en una colección de litigantes superficiales y contradictorios. Esto fue lo que se le reprochó, con una fuerte dosis de exageración polémica (ya que se trata de litigantes imaginarios), a las obras del profesor abogado Demolombe. Pero nada similar se observa actualmente y la

acusación tiene a lo más dos ejes: *primo*, que algunos artículos serían en realidad informes en derecho disfrazados; *secundo*, que los autores de ciertos comentarios de jurisprudencia buscarían influenciar al juez en un juicio en tramitación. El reproche es seguramente grave, pero ¿es necesario tomar el caso marginal como uno general? De todas formas una mayor transparencia, aun cuando sea muy difícil ponerla en práctica, permitiría tal vez neutralizar el asunto³⁰⁷. Esta fue la actitud que adoptaron –en todo caso el ejemplo es prácticamente único– dos profesores que, en un artículo de respuesta sobre un juicio en tramitación, hicieron presente su calidad de consejeros de una de las partes³⁰⁸.

Dicho lo anterior, la cantidad real de informes en derecho publicados o de escritos influenciados por algún informe, no debe ser tan numerosa, - aquellos que se evocan en a voz baja, y que siempre son los mismos, parecen incluso ser minoritarios entre los autores confirmados. Si se le cree a una voz particularmente eminente³⁰⁹, el proceso propio de esta práctica, no puede ser más reconocible. Subentendido: para los iniciados, es decir los autores mismos de la doctrina. Sin embargo, no parece que los iniciados tengan tan seguido la ocasión de identificarlo, de manera que la práctica denunciada no debe encontrarse en vías de ser una generalización.

Para tratar todas las aristas del tema, es necesario referirse a un decreto ley de 1936, siempre criticado pero jamás abolido, que prohíbe a los profesores litigar o prestar asesoría contra el Estado, bajo el pretexto de que no deben levantarse en contra de su empleador, sobre todo si reciben una remuneración privada por dicho servicio. Tal idea, de falso sentido común, desconoce la independencia del profesor y el carácter multiforme del Estado, que se diferencia bastante de un simple empleador. Naturalmente, nadie aceptaría que en una reivindicación inmobiliaria donde la universidad se opone a un propietario vecino, el profesor corra al rescate de éste último, pero ¿es necesaria una ley para evitar este tipo de comportamientos? ¿quien podría ser tan estúpido e indecente? Inútil y en rigor injurioso, el decreto ley presenta el inconveniente de impedir, por ejemplo que un profesor pueda defender a un contribuyente al que se le ha cobrado un impuesto injusto (solo puede hacerlo indirectamente, por medio de una opinión de puro derecho), pero le permite sin problema defender las pretensiones de la administración, lo que de ninguna forma parece conforme con el principio de igualdad ante la justicia.

A pesar de estos mínimos rasguños, la profesión universitaria conserva cierta grandeza al momento de defender a los fabricantes, a los consumidores, a los locatarios o a los arrendadores, etc. sin que *a priori* pueda reprochársele algo al autor. El resto es asunto de medida, de toma de distancia y de honestidad, cualidades todas que la doctrina francesa, en ningún caso, ha tirado por la borda.

³⁰⁷ V. respecto a este tema, N.Molfessis, "La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine", RTD civ.2003, p.161 s.s.-*Addé*, refiriéndose al derecho del trabajo, cf.T.Grumbach, "Doctrine et déontologie", *Dr.soc.*, 1999, p.323 s.s.

³⁰⁸ G.de Geouffre de la Pradelle y S.Vaisse, "Estimer la doctrine: l'art... y la manière", RTD civ 1996, p.313 s.s. Su contradictor desmintió enseguida haber sido consejero de la parte adversa (*ibidem*, p. 534 y 535).

³⁰⁹ M.Gobert, "Le temps de penser de la doctrine", *Droits*, nº20, 1994, esp.p.102.

2- ¿QUE CIMIENTOS?

Que se trate de cimientos de papel o, mas recientemente, de cimientos numéricos, el termino de doctrina siempre se refiere a una publicación editorial. Aun si se expresa bajo otras formas, el pensamiento del autor no es menos docto ni menos influyente. Si es legítimo interesarse en lo que casi parece un pleonasma, es decir, la doctrina publicada (A), el rigor científico obliga también a mencionar lo que llamaremos, por extraña que sea la expresión, la doctrina no publicada (B).

A. LA DOCTRINA PUBLICADA

Poco importa aquí la distinción entre el papel y lo numérico, ya que por el momento lo numérico no ha modificado los géneros doctrinarios. Sin embargo, la noción de doctrina tradicionalmente se relaciona a ciertos géneros (1º), incluso bastante variados desde el comentario de jurisprudencia hasta el tratado. Por otra parte ya sea en los hechos o racionalmente, esta noción implica una cierta calidad (2º), mas fácil de apreciar que de definir.

1º) Los géneros doctrinarios.

Los géneros doctrinarios son bien conocidos y sólo permiten un breve comentario.

a) Al César lo que es del César. Comenzaremos por el tratado, llamado también el *gran* tratado, que implica la idea de un imponente volumen junto con un particular trabajo de síntesis. Planiol había dado a su tratado de derecho civil el calificativo de *elemental*, pero en el sentido que en su análisis se remontó a los elementos mismos de nuestro derecho. En el uso corriente del término, el tratado no tiene nada de elemental. De todas formas, no dice demasiado tampoco y se pretende pedagógico: según la formula sempiterna, se dirige tanto a los estudiantes como a los litigantes. Lo que constituye la especificidad del derecho - de un derecho dominado por la dogmática- ya que uno no se imaginaría que un manual o un tratado de matemáticas o de física estaría también dirigido a los ingenieros. En todo los ámbitos, aparte del derecho, la ciencia en desarrollo figura en artículos, tal vez en ensayos, pero jamás en manuales los cuales condensan la ciencia adquirida y por lo tanto están dirigidos a los estudiantes. Esta característica especial del derecho, que los no letrados tienen dificultades para comprender, tiene sin embargo sus razones: desde que la doctrina se auto-atribuye la misión de construir teorías generales desde una perspectiva eminentemente práctica, es razonable esperar que los tratados satisfagan las necesidades del conjunto de los juristas. Tomemos el ejemplo del gran *Traité pratique de droit civil français* de Planiol y Ripert: sus dos sucesivas ediciones prestaron, durante varios decenios (esencialmente entre los años 1920 y 1960), los más grandes servicios tanto a los litigantes como a los estudiantes (más confirmados que principiantes), ofreciéndoles una exposición clara, ordenada y argumentada del derecho positivo, además de numerosos temas de investigación.

Señalemos también, y antes de dejar el tratado, que éste no siempre exhibe su nombre: los títulos de “epítomes” o “manuales” se ajustan a nuestra descripción de tratado, sin perjuicio de las “lecciones” de derecho civil, cortesía de H.L y J. Mazeaud. Más allá de las etiquetas, cada uno sabrá distinguir entre el verdadero tratado y el *pequeño* manual, pedagógico pero poco especializado, que se asemeja ya a un memorandum.

b) El análisis de jurisprudencia tiene diversas formas: en sus orígenes debe distinguirse entre el comentario de la sentencia, libre y detallado pero sin embargo construido y la crónica corta (aquella de las revistas trimestrales en particular), que se limita a sintetizar la cuestión de derecho. En nuestros días, han aparecido “observaciones” de diversos orígenes al seno de “sumarios comentados” o de otras formas de información rápida. Lógicamente cortas, estas observaciones tienen tendencia a inflarse hasta convertirse en comentarios de sentencias, a lo menos construidas. En cuanto a las notas propiamente tales, ellas experimentan el mismo fenómeno de inflación hasta convertirse, eventualmente, en un cuasi artículo sobre la decisión jurisprudencial.

Similar inflación no alcanza a las conclusiones o los informes de los magistrados, quienes se apartan de los análisis jurisprudenciales y tienen un carácter más fáctico. Así, deberíamos compararlos con las conclusiones de los comisarios del gobierno ante el Consejo de Estado. Pero la publicación de esta literatura es mucho menos frecuente en derecho privado que en derecho administrativo. Que sea esto una causa, o más probablemente un efecto imputable a otras causas, el hecho es que jamás se asentó una doctrina propia de la Corte de Casación comparable a la del Consejo de Estado.

c) En cuanto al análisis de la ley, alguna vez fue un género específico y particularmente ambicioso. Pero la costumbre se perdió y actualmente se hace por medio de un artículo entre muchos otros, manteniendo algunas particularidades.

d) Hablemos de las monografías, y en un principio de los artículos o crónicas: los artículos de reflexión son *a priori* más doctrinarios que los artículos de compilación publicados en los “repertorios” o “enciclopédicos” de derecho, aun cuando esta distinción no sea absoluta. Los artículos, en su enorme variedad (más o menos doctos, descriptivos, abstractos, polémicas, etc.) constituyen la base de un fenómeno doctrinario, mientras que los tratados ocupan la cima.

Los artículos reunidos en el seno de una obra colectiva merecen una mención aparte, ya que este tipo de obras se ha desarrollado de manera considerable bajo dos formas principales: la publicación de coloquios y de contribuciones para “Compilaciones”. Los coloquios tienen por definición un tema, de manera que cada contribución trata un aspecto de él: para el especialista esta es una ocasión para utilizar sus conocimientos de manera transversal, sintética y viva. En cuanto a los Misceláneos, provenientes de las universidades alemanas, éstos tienen por objeto homenajear a un maestro luego de su jubilación (o incluso después de su muerte prematura), siendo honrado también quien fuere estimado digno de participar. Según el caso, conllevan o no un tema. Los artículos incluidos buscan reflejar una relación de espíritu con la persona a quien se le dedica el Misceláneo, de manera que se apegan a

un género más libre y, en alguna medida, íntimo: no es raro que se encuentren comentarios, ausentes en otras obras, sobre la evolución de la universidad, del cuerpo profesoral, de la doctrina, en breve sobre la gran familia de autores³¹⁰. Por ejemplo, aquel texto que presenta al lector el “Concurso de agregación en lo más íntimo”...³¹¹

Pero las obras más doctas, aquellas que hacen progresar el pensamiento jurídico de manera espectacular, son sin lugar a dudas las tesis (lo que prueba que en materia de dogmática jurídica como en matemáticas, la falta de experiencia no inhibe la creatividad): ellas se dirigen sobre todo a los investigadores, profesores, candidatos a doctor, teniendo por fin hacer circular un mensaje, mientras que el tratado busca incorporar y sintetizar los aportes científicos de las tesis más paradigmáticas.

e) El ensayo, finalmente es un género particular. Por definición misma, no es un comentario de derecho positivo, sino una reflexión sobre éste, tomando mayor o menor distancia de él. Mas se aleja y menos se asemeja a la obra que ordinariamente se calificaría de doctrinaria lo que, por supuesto, nada quita a su calidad intrínseca. Si el ensayo de Capitant sobre la causa o aquel de Ripert sobre la regla moral quedan estrictamente comprendidos en el derecho de las obligaciones, el celebre *Méthode d'interprétation...* de Gény constituye ya una reflexión general, a lo más esclarecida por ejemplos del derecho positivo. En los ensayos filosóficos de Michel Villey, el derecho desaparece completamente.

A decir verdad, las facultades de derecho no valoran en gran medida el ensayo, y prefieren privilegiar las “teorías generales” según el modelo doctrinario. más vale, para el beneficio de la carrera universitaria, escribir un manual que un ensayo; o a lo menos es preferible empezar por el primero que por el segundo... De este modo, el género puede ser adoptado por los investigadores CNRS, incluso por los abogados o magistrados, que escriben esencialmente sobre la institución judicial. En definitiva, el ensayo no se encuentra abandonado, incluso parece vivir un cierto auge, como lo prueba (aun cuando no podamos decir a ciencia cierta si esto revela la causa o el efecto) la creación de colecciones que le son especialmente dedicadas por editores universitarios. En primer lugar de éstos se encuentran los PUF- editores generalistas, lo que sin duda no es casualidad- con “Les voies de droit”, “Leviatán”, o “Droit Ethique Société”. Dicho lo anterior, hay que tener cuidado con numerosos ensayos que no son más que la unión de varios artículos de reflexión, más o menos distanciados del derecho positivo y ordenado según un mismo tema: esta práctica podría ser un efecto indirecto del aumento de la carga académica en las universidades que no siempre permite la realización de un trabajo de gran envergadura, una vez defendida la tesis y, eventualmente, escrito el manual.

³¹⁰Constátese esto en los mismos Misceláneos y se cerrará el círculo. Cf.F.Rolin, “Les principes généraux gouvernant l’élaboration de volumen de Mélanges”, *Les mutations contemporaines du droit, Mélanges en l’honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p.221 s.s.

³¹¹ P.-Y.Gautier, “Le concours d’agrégation au plus intime: Institutes Coutumières”, *Mélanges dédiés a Louis Boyer*, PU Toulouse, 1996, p.221 s.s.

Todos estos géneros doctrinarios se sirven aún de la forma editorial más clásica. Por el momento, el Internet no merece más que una breve referencia, ya que generalmente no tiene nada de autónomo, limitándose los editores a archivar *on-line* una parte de sus publicaciones impresas. Algunos autores sin embargo crean sitios con el objeto de publicar sus artículos, pero éstos tienen una existencia precaria y podemos preguntarnos si esta solución artesanal no fue escogida a falta de otra mejor e inaccesible...

Más interesantes son los artículos de opinión que eventualmente los juristas publican en la prensa, ya que por lo común tienen las características típicas de un trabajo doctrinario (argumentación docta, discusión), pero de manera reducida y sin el sistema de citas. Aún cuando citarlos en trabajos doctos es una costumbre que se extiende, incluso en el caso de las tesis, su status doctrinario es incierto. De hecho esta situación se relaciona con la pregunta siguiente sobre la calidad doctrinaria.

2º) La calidad doctrinaria.

Es frecuente escuchar en relación a un escrito jurídico, que “no es verdaderamente doctrina”, en otras palabras que no tiene la calidad suficiente para serlo. El juicio de valor se pretende un juicio de hecho que implica la exclusión de la categoría. Semejante exclusión, señalémoslo de entrada, no ocurre en otras fuentes además de las jurídicas. Incluso los autores que atacan con virulencia una ley por oscura, contradictoria y absurda jamás pretenderían que ésta no fuera una ley.

Desde un punto de vista antropológico, esta distinción según criterios de calidad no tiene la menor importancia. El hombre de ciencia, si es que busca identificar las fuentes del derecho dentro de los variados sistemas jurídicos observables, intentará definirlos de manera tal que no se presten a contestaciones. Tratándose de la doctrina, un antropólogo notaría tal vez una forma de discurso - escrito u oral, poco importa- que tiene por objeto el derecho y que eventualmente tiene una vocación normativa, pero que no dicta norma alguna por sí mismo. En este sentido, todo discurso *explicativo* del derecho tendría entonces un carácter doctrinario, sin importar su calidad.

Una definición semejante (esto va como anillo al dedo), no resolvería todos los problemas y definitivamente no aquellos propios de los casos tangenciales (*quid* de los informes destinados a la preparación de las decisiones judiciales ¿Doctrina o jurisprudencia?). Sin embargo, esta definición de doctrina, tendría el merito de no fundarse en juicios de valor, de manera que la simple paráfrasis de la ley podría formar parte de la doctrina, lo que evitaría tener que distinguirla de las obras más doctas. ¿Donde termina la paráfrasis y donde comienza la reflexión propiamente creadora? Científicamente no existe ningún criterio que permita delimitar la frontera.

Pero pertinente o no esta distinción tiene un innegable carácter de realidad sociológica. Los miembros de la doctrina francesa distinguen todos- con o sin razón- entre la verdadera doctrina y el resto... Y todos consienten no solo en el principio que fundamenta esta distinción, sino también en su puesta en práctica. En la aplastante mayoría, el acuerdo de incluir una obra en la doctrina digna de este nombre o al

contrario, de excluirla, es prácticamente unánime. En efecto, que esto sea un juicio de valor no implica que sea de una subjetividad desbocada: si todos los que juzgan tienen una formación común, una cultura común y criterios implícitos que los unen fuertemente, el conjunto de sus juicios será concordante, a pesar de las divergencias de opinión. Nada le impide a un jurista reconocer el pleno valor doctrinario de escritos, rechazando categóricamente sus conclusiones o, a la inversa, de despreciar obras con las cuales comparte la orientación.

En la práctica, no hay una real dificultad para distinguir entre las obras verdaderamente doctas (aquellas que acabamos de enumerar al estudiar los géneros doctrinarios) y los escritos de escaso valor agregado, aquellos que nadie cita en las notas al pie de página: comentario rápido y candente de información práctica, artículo descriptivo, primera y tímida exégesis de una ley, manual elemental (¡pero no en el sentido de Planiol!), memorándum, compilaciones apenas ordenadas, etc. La única dificultad corresponde a ciertos manuales, fruto de cátedras magistrales, que encierran pasajes originales entre algunos más banales.

En la mayor parte de los casos, se llega sin dificultad a acuerdo sobre la originalidad de un trabajo, de suerte que paradójicamente esta cualidad puede faltarle si ésta sólo existe según los cánones del modelo doctrinario... Si por ejemplo, el autor se refiere en demasía a disciplinas tan poco dogmáticas como el análisis económico, la antropología o el psicoanálisis, consideraremos sin duda su obra como poco doctrinaria, incluso insuficientemente “jurídica”, aun cuando ella sea decisiva y más original que otras³¹². La originalidad en el sentido del modelo recae más bien sobre los escritos que, sin ceder a las abstracciones lógicas denunciadas por largo tiempo por Geny, saben abstraerse del lecho del derecho positivo (lo que se llama “tomar distancia”) para extraer los principios rectores susceptibles de guiar a los juristas en el porvenir. Con mayor razón, la originalidad sería reconocida al autor que va más allá de sus principios para intentar construir una “teoría general”, cuyo valor se aprecia en una exigencia de coherencia y de seguridad jurídica.

Aún al interior de este esquema, que es el objeto de acuerdos implícitos, voces discordantes se elevan cuando el juicio sobre un escrito pasa a ser un reflejo de la reputación de la que goza o sufre el soporte material de éste. Ciertamente la distinción entre las colecciones prestigiosas o no, entre las grandes y las pequeñas revistas (llamadas también confidenciales, prácticas, etc.) no genera a su respecto más críticas que la distinción entre doctrina y no doctrina, pero parece ser menos azaroso extraer conclusiones de uno u otro escrito apreciado en particular. En los años sesenta, ciertos candidatos a la agregación se reprochaban aún el haber publicado en *La Semaine Juridique*, considerada en la época menos prestigiosa (sin duda por ser menos antigua) que en el *Recueil Dalloz*, aún cuando las dos revistas tenían un nivel similar. Actualmente, estos prejuicios han disminuido y prestigiosos autores no temen obrar en este sentido, publicando sus escritos en revistas semanales o pluri-semanales, tal vez

³¹² Para atenernos a un ejemplo reciente, esperemos ver que suerte corre un notable artículo de M. Denys de Bechillon que se apoya en la literatura psicoanalítica para criticar algunos análisis jurídicos relativos al fallo *Perruche* (“Porter atteinte aux catégories juridiques anthropologiques fondamentales?”, RDT *civ.*2002, p.47 s.s.). Desgraciadamente, es de temer que esta reflexión solo sea marginal.

menos cotizadas que otras³¹³, pero también menos saturadas, que ofrecen la ventaja de una publicación rápida y sin limitaciones de volumen. Así, los textos publicados no son forzosamente aquellos que *las grandes revistas* han rechazado... Pero ciertos prejuicios subsisten y con ellos lamentamos, en un orden vecino de ideas, que las tesis impresas tengan, en la práctica, una reputación inferior al de las tesis publicadas, siendo que su único defecto es tener un autor carente de recursos: hay, como cada uno sabe o debería saber, muchas menos subvenciones que tesis meritorias.

Si el prejuicio desfavorable debe ser denunciado, no ocurre lo mismo con el prejuicio favorable, menos nocivo, que incluso puede tomarse como una preciosa indicación cuando una revista jurídica es conocida por su alto nivel de exigencia: pero en este caso, mayoritario en América del Norte donde los comités de lectura de las más prestigiosas revistas se muestran ultra-selectivos, es minoritario en Francia; incluso así, no puede rechazarse jamás la hipótesis de un artículo mediocre que se haya beneficiado de una indulgencia atípica y poco justificada.

En el mismo orden de ideas, los artículos publicados en la prensa sólo son citados-signo de su ingreso al status doctrinario- si ocupan columnas en el *Monde*, conocido por su reputación de serio y de apariencia austera, éstos adquieren un dejo de cientificidad. Pero el *Figaro* o *Libération* publican también excelentes artículos jurídicos... aquellos de M.Terre (en el primero de los citados) fueron objeto de una recopilación editada por la casa Dalloz³¹⁴.

Parece que en este punto, y se confirmará en lo venidero, la doctrina tiene sus reparos que evidencian algo de rito, con sus méritos e inconvenientes, y en todo caso son fáciles de observar en los dos sentidos del término (constatar y eventualmente aplicar). Por el contrario, la doctrina no publicada escapa a toda observación.

B. LA DOCTRINA NO PUBLICADA.

Si la expresión de doctrina publicada es un pleonasma, la de doctrina no publicada parece un neologismo. Sea lo que sea, la doctrina no publicada comprende, en primer lugar, lo que llamaremos por otro neologismo, (1º) la doctrina oral. Es justo incluir diversos documentos, ciertamente escritos, pero destinados a un público restringido (2º), ya que se limitan a las necesidades de una determinada actividad (especialmente profesional) o de un litigio determinado.

1º) La doctrina oral.

Incluye en un principio las clases de los profesores que influyen considerablemente en la *formación* de los estudiantes, aún cuando se sospeche que éstos, olvidan una buena parte de los *conocimientos* transmitidos... Estas clases son también un lugar de ensayo o laboratorio para obras más profundas, así como una

³¹³ Cotización obviamente oficiosa y de naturaleza puramente sociológica ya que, a diferencia de las prácticas de las ciencias *duras*, en derecho no existe ninguna clasificación oficial de revistas.

³¹⁴ F.Terre, *Le juriste et le politique. Trente ans de journalisme au Figaro*, Dalloz, 2003.

escuela de pedagogía para los autores, que se ven obligados a depurar constantemente sus métodos. En la época en la que solo existía una sola facultad de derecho para toda la academia de París, sus estudiantes constituían un cuerpo de lectores suficientemente numeroso para que un editor especializado estimara rentable policopiar las clases de los profesores parisinos. Revisados y corregidos por los interesados, estos policopiados, que conocieron su edad de oro entre los años cincuenta y sesenta, dan una idea bastante exacta de lo que pudo haber sido la enseñanza oral en la época. Los policopiados de Jacques Flour se volvieron legendarios por su rigor, profundidad y claridad de sus análisis. Célebres son también otras cátedras que desafortunadamente no dejaron rastro escrito o, por lo menos, un rastro escrito directo.

Del mismo modo, sólo una pequeña parte de las conclusiones o de los informes presentados ante nuestros tribunales es publicada. Lo anterior también se aplica a las intervenciones relativas a decisiones del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, entiéndase los tribunales administrativos, ya que las conclusiones de sus comisarios de gobierno son relativamente bien difundidas³¹⁵. Sobre este punto, los documentos publicados, aun cuando son objeto de un cuidado particular, dan una idea de lo que son las intervenciones orales ante estos tribunales.

Pero ni siquiera eso tenemos respecto de las conclusiones y de los alegatos de los abogados, ya que casi nunca se publican desde que las jurisdicciones tuvieron la obligación de fundamentar sus decisiones, es decir desde hace doscientos años... En todo caso, la deliberación de los jueces permanece por siempre secreta. Hay ahí un yacimiento tan considerable como inexplorado. Aún cuando los abogados alegan principalmente sobre “hechos”, los juristas deben siempre recordar que, como lo decía Balde desde el siglo XIV, el derecho nace del hecho: no pensemos que la constatación del hecho pueda dictar el contenido de la norma, lo que sería absurdo, sino que entendamos que la intuición de la mejor solución jurídica posible proviene de un análisis profundo, detallado e incluso repetitivo de los hechos. Sin embargo, a falta de acceso a los archivos, los autores no tienen forma de realizar este análisis.

Vemos entonces, hasta que punto la doctrina oral de los abogados puede enriquecer la doctrina escrita de los profesores, lo que de paso incita a mirar de un ojo menos pesimista la figura del profesor-abogado...

Los admiradores de Flaubert podrán al menos consolarse leyendo, en las ediciones de *La Pléiade*, el texto del alegato, poco glosado pero eficaz, que evitó que se condenara a *Madame Bovary*: los pasajes incriminados, según explica en sustancia M. Senard, son efectivamente de una cierta inmoralidad si se toman de manera individual, pero se duda de esto, lo que debe aprovechar al prevenido, cuando se llevan a un contexto general donde el vicio recibe su castigo³¹⁶. Esta argumentación, que todo espíritu literario encontraría mediocre, no constituye algo menor para un

³¹⁵ Por el contrario, las conclusiones defendidas por los abogados generales ante las Cortes de Justicia de las Comunidades Europeas, dan todas para una publicación.

³¹⁶ G. Flaubert, *Oeuvres complètes*, Gallimard, 1951, t.1, p.668 s.s.- Igualmente publicada en esta misma editorial, el alegato del Abogado imperial Ernst Pinard (p.649 s.s.) es para nosotros de un interés mínimo.

jurisconsulto, ya que consiste en un magnífico ejemplo de defensa elástica.... ¡Y Flaubert se salvó!

Los debates de los coloquios son a veces publicados, pero lo generalmente la publicación sólo contiene los informes: otro yacimiento no explotado. Dicho esto, la influencia de las palabras *a priori* perdidas pueden valerse de canales impensados, como lo prueba el ejemplo conocido del investigador que confiesa su deuda para con un gran maestro, cuyo planteamiento lo marco para siempre- pero su autor los había olvidado completamente. Las vías de la doctrina suelen ser misteriosas y difícilmente mesurables.

2º) Los documentos de difusión restringida.

Si se ponen aparte las conclusiones y las relaciones que acabamos de mencionar, nos encontramos con el primer eje del informe en derecho, ya invocado con motivo de una posible dependencia económica del consejero³¹⁷. Si bien escrita, esta consulta sólo es conocida por los litigantes, sus consejeros y magistrados: hablamos aquí de una consulta contenciosa, que es a la vez más conocida y la que plantea una mayor dificultad. Aún mejor, vimos el oprobio que acompaña la publicación de un informe en derecho, al menos del informe disfrazado de artículo.

De todas formas, ninguna regla deontológico se opondría a que un informe fuera publicado *en tanto tal*, si es que presenta algún interés mas allá del caso particular de la especie. Pero simplemente esta no es la costumbre, o por lo menos no lo es desde hace trescientos años. En todo caso, se necesita del consentimiento del consejero y de su cliente, quienes, por diferentes razones, suelen preferir la discreción. Como curiosidad, señalaremos que la recopilación *Sirey* publicó alguna vez una consulta de Bufnoir, en anexo a la decisión que acogió la opinión emitida³¹⁸. Pero esta consulta trataba de un asunto de puro derecho, los hechos eran muy simples y desprovistos de un carácter confidencial; y sobre todo la solución propuesta se sostenía en argumentos suficientemente fuertes para que el consejero pudiera sin inconvenientes evocar argumentos contrarios. Pero esto no es siempre así y, hasta donde sabemos, la experiencia no se ha repetido³¹⁹. Desde entonces, todas los informes en derecho se mantienen secretos, teniendo, *mutatis mutandis*, las mismas características que los alegatos de los abogados, ciertamente no secretos puesto que la audiencia es pública, pero irremediabilmente disipados en el aire.

Otro caso frecuente es aquel de las organizaciones profesionales (cámara de notarios, orden o sindicatos, etc.) que encargan a sus propios juristas estudios de puro derecho: éstos, usualmente, no tienen por objeto ser presentados ante un tribunal, ni

³¹⁷ V.supra, p.179 s.s. (N. del T: Nota corresponde a la versión francesa).

³¹⁸ S.1880, 2, p.41, con este preámbulo del editor: "La Corte siguió la doctrina que había sostenido M.Bufnoir, profesor de la Facultad de Derecho de París, en un informe en derecho escrito con ocasión de este caso. Estamos felices de poder reproducir casi íntegramente, este notable informe".

³¹⁹ En el mismo orden de ideas, señalemos la publicación integral de un informe en derecho de Bardin dentro de una tesis de doctorado defendida ante la Facultad de Derecho de París en 1933; cf.E.du Pontavice, "Éloge d'Etienne Bardin", *Université de Clermont, Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques*, Fas.3, 1966, p.211.

menos de defender los intereses de la profesión ante el resto, sino simplemente evitar a los adherentes de la organización los rigores de la ley, haciéndoles conocer el significado exacto y por consiguiente la manera más segura de aplicarla. La idea es describir con un máximo de exactitud el derecho positivo, proponiendo siempre la mejor manera de aplicarlo. Estos estudios pueden tener la forma de una corta nota informativa, pero también pueden ser una argumentación profunda, asimilándose y confundiéndose con un informe en derecho del tipo que hemos descrito como objetivo³²⁰. Si bien no tiene ningún carácter secreto, ya que forman parte de una difusión extensa e interna, de todas formas estos estudios mantienen un carácter confidencial, excepto los casos en que el autor que se entero de la existencia del informe, decide citarlos y comentar su contenido como apoyo a sus reflexiones personales. Existe ahí un yacimiento potencialmente doctrinario de gran interés para quien aspire conocer, lo que en términos más vagos, llamamos *la práctica*.

Los gobiernos encargan también estudios de este tipo, pero éstos siguen una orientación marcada, puesto que buscan apoyar las pretensiones de la administración interesada. Por esta razón el común del público- o sus consejeros- verán una especie de literatura gris y vagamente peligrosa, ya que el gobierno cuida mucho más sus secretos que una organización profesional, su adversario combate entonces contra documentos desconociendo su contenido. Pero estas consideraciones nada nos dicen respecto a la eventual calidad del trabajo realizado.

SECCION DOS EL CONJUNTO DE AUTORES

Visto bajo este ángulo, la doctrina aparece como la versión jurídica de lo que generalmente se conoce como *comunidad científica*. En el caso particular del derecho, nada impide que esta comunidad incluya a los litigantes, aunque en la realidad ésta se pretende principalmente universitaria (párrafo 1). A este primer factor de repliegue se agrega otro, inevitable, ya que se relaciona con el carácter estático del derecho: esta comunidad es principalmente nacional (párrafo 2).

1. UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE UNIVERSITARIA.

En el seno de la doctrina, la preponderancia de los universitarios no es solo cuestión de estadística o, si se prefiere, orgánica: reafirma lo anterior, el hecho que los géneros doctrinarios han sido largamente definidos y modelados por la tradición universitaria. Así, la posición dominante de universitarios (A) ha generado la dependencia de los otros autores (B). De todas formas, esta doble observación debe matizarse en el caso, a decir verdad particular, del derecho administrativo (C).

³²⁰ V. *supra*, p.181.

A. LA POSICION DOMINANTE DE LOS UNIVERSITARIOS.

Evidentemente, la posición dominante de los universitarios se explica por el prestigio de las universidades (aún cuando éste se encuentre de capa caída), pero también por el hecho que los universitarios han logrado imponer una cierta manera, pacientemente forjada, de organizar el pensamiento jurídico. Los modos de acceso a la docencia (1º) y las tradiciones (2º) juegan aquí un rol importante.

1º) El rol de los modos de admisión.

Los concursos que abren el acceso a la docencia universitaria, tienen el requisito común que sólo los doctores en derecho pueden presentarse. No se trata de una exigencia formal similar a una condición de edad mínima: la tesis es examinada, y eventualmente discutida con el candidato, en la instancia de incorporación. Obviamente, y tratándose de un concurso, este nuevo examen es mucho más exigente que aquel que le otorgó el título de doctor, ya que de lo contrario no tendría ninguna utilidad. Estudiemos primero la tesis (a) y después el concurso (b).

a) La tesis.

Dependiendo de la cantidad de candidatos y de su nivel, la tesis debe ser excelente. Mediana en calidad deberá ser reforzada por trabajos subsiguientes y frenará en mayor o menor medida la carrera del candidato. Una tesis débil, lo condena irremediablemente.

El procedimiento actual da al candidato a doctor un plazo de tres años para escribir su tesis, con las posibles prorrogas acordadas por un año cada una. En la práctica, este tipo de trabajos requieren a menudo de cinco o seis años, a veces más. Se trata entonces de un aprendizaje largo y difícil, pero evidentemente decisivo. El director de tesis más dedicado no puede evitar que su alumno encargado se convierta en la única persona del mundo que verdaderamente conoce el tema, siendo también el único capaz de sintetizarlo convenientemente, con la ayuda de ideas nuevas que le permitan superar el estado de la simple compilación. De este modo, el candidato que ha superado la prueba, de paso ha aprendido también su oficio de autor.

Criticado por algunos por demasiado elitista y a veces esterilizante, abandonado en otros países (donde la tesis es una condición eventualmente suficiente, pero no necesaria, de acceso a la docencia³²¹), este sistema nos interesa en lo concerniente al inicio del futuro profesor en lo que puede considerarse como la quintaesencia del modelo doctrinario, que comienza a seguir y que contribuirá a perpetuar durante toda su carrera. En la forma, y a pesar de las diversas opiniones sostenidas por los autores generalmente originales y creadores, todas las tesis se parecen y basta recorrer dos o tres para descubrir las principales reglas del género. Obviamente, el aplicarlas de buena manera es un asunto completamente diferente.

³²¹ Sin importar la necesidad de la tesis, el título de doctor es prestigioso en la mayoría de los países, en especial Alemania, ya sea por sí mismo o como forma de distinción entre los profesores.

La tesis es una forma de construcción del derecho sobre asuntos precisos. Más tarde, para el autor confirmado y reconocido, la redacción de un tratado consistirá en la construcción de toda una rama del derecho, pero en el fondo se servirá del mismo método. Este resumen permite comprender como la tesis, base del sistema, cristaliza la concepción doctrinaria de la ciencia del derecho en el seno de la universidad. Concepción que se desperdiga hacia el exterior de la institución. De este modo, según veremos, el litigante que escribe sobre el derecho, encuentra en su práctica profesional los elementos de información algunas veces capitales, pero dispersos e incapaces de proporcionarle un modo o estructuración intelectual comparable a aquel de la tesis: así, sacará más provecho siguiendo el método que inventando uno nuevo.

b) El concurso.

El concurso de acceso es una muy larga extensión de las posiciones adoptadas en la tesis. El más prestigioso de todos, la agregación, otorga el acceso al estatus de profesor y de manera directa, es decir, sin que el candidato tenga que justificar su antigüedad en la docencia del derecho. Se trata de un concurso nacional consistente en pruebas donde la cantidad de cargos es bastante limitada, dicho de otro modo, se trata de un *gran* concurso – y mucho más que eso para los numerosos agregados que ven en él una versión moderna de la *investidura*³²².

Esto significa que el concurso (según la expresión de los *iniciados*) no es sólo una forma particular de acceso a un cargo público: es una suerte de consagración destinada a verificar que los largos años de estudio del derecho hayan moldeado convenientemente el espíritu, y en cierta medida, el cuerpo. Esta verificación depende menos de la duración de la *prueba* (término característico) que de la forma en que las diferentes lecciones son presentadas por los candidatos, ya que éstas cumplen también la discreta función de revelar una determinada forma de ser y de comportarse, en definitiva, una *postura* propia de un colega³²³. De este modo, el concurso legitimará el futuro discurso doctrinario de los admitidos de quienes se dice, en tono de broma (pero bastante instructivo) que una vez alcanzado el éxito, los errores pasan a ser opiniones...

Mucho menos prestigioso, ya que está abierto a un número más elevado de puestos, el concurso de acceso a las funciones de maestro de conferencias permite también el acceso a la docencia. Pero en la jerarquía administrativa, éstas funciones tienen un rango ligeramente inferior a la de profesor, ofreciendo perspectivas de

³²² Siguiendo las palabras de N.Molfessis: "Les prédictions doctrinales", *L'avenir du droit, Mélanges en hommage a François Terre*, Dalloz, PUF et Litec, 1999, p.141, n°1.

³²³ Si no es el único, el ejemplo de la vestimenta de los candidatos es característico. En oposición a los representantes de otras disciplinas (economistas, sociólogos, etc.), los juristas no se permiten ningún descuido con sus vestimentas, sobre todo durante el concurso. En ese momento, los candidatos deben demostrar su adhesión a las tradiciones del cuerpo de profesores que valoran la seriedad, al punto que "el más brillante es también el más serio" (P.Bourdieu, *Homo Academicus*, Minuit, 1984, p.134, note 33). Se trata tal vez de un "indicio de adhesión a los valores de la normalidad burguesa" (*ibid.*), pero seguramente debe ser un medio de mostrar que los profesores comparten la misma seriedad con aquellos que ejercen el derecho, y en especial con los litigantes y jueces (cf. las observaciones de M.Bruno Latour: *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002, esp).

carrera mucho menos interesantes. Por otra parte, en la jerarquía informal establecida entre los miembros de la doctrina, las diferencias se notan de manera muy sensible. El concurso es semi-nacional (previa calificación de El Consejo Nacional de Universidades), semi-local (incorporación por facultades, usualmente influido por consideración extra científicas); y está desprovisto del ritual de la agregación, lo que contribuye a su relativa desvalorización. Este caso no puede asimilarse a una investidura moderna...

En la práctica, casi todos los juristas candidatos a la docencia universitaria, comienzan por postular a las funciones de maestro de conferencias. Posteriormente, una parte del personal incorporado por esta vía intenta conseguir la agregación, mientras que otros se quedan donde están, por el momento al menos. Asimismo, siempre se observa una concordancia casi perfecta entre la notoriedad científica de las tesis y el éxito de sus autores en el concurso de agregación: sobre este punto, no es que el éxito del autor provenga del prestigio de la tesis, sino que la calidad de ésta (oficialmente tomada en cuenta por el jurado) va a la par con las cualidades del candidato (evaluada en las pruebas pedagógicas), de manera que el conjunto le permite sortear holgadamente el obstáculo. La pedagogía del derecho tiene en efecto un cierto parentesco con la dogmática, de la cual la tesis adquirió el método.

Por el contrario, los candidatos que no han intentado la agregación o que la han abandonado después de uno o muchos fracasos tienen a menudo tesis de menor nivel – a menos que sean francamente originales, es decir demasiado alejadas del modelo doctrinario como para recibir la aprobación de un jurado de agregación: desgraciadamente, este último caso se extiende con el considerable aumento del número de candidatos, que incita al jurado a privilegiar el clasicismo. Eventualmente, los candidatos alejados de la agregación tratan de acceder al grado de profesor por la vía de otros concursos menos prestigiosos, en donde los años de docencia son requeridos: tiempo aprovechado por el candidato para hacerse una reputación por diversos trabajos científicos. Si bien es nacional, el concurso llamado de *vía larga* y *agregación interna* (el segundo implicando un prueba pedagógica además de la discusión sobre el trabajo) no tienen el mismo renombre que la simple agregación. Pero tienen el mérito de reparar las inevitables injusticias de ésta y sobre todo de consagrar a los candidatos que dedicaron más tiempo y tomaron otros caminos para lograr un aspecto científico.

Hay entonces, para los profesores, dos formas de acceso siendo el más reciente el más asentado en la costumbre. Los respectivos niveles de los diferentes concursos tienden a acercarse por el flujo de muy buenos candidatos. Limitado a un pequeño número de puestos, la agregación tradicional no puede recompensar sino a una fracción decreciente de éstos, siendo el resto absorbidos por nuevos concursos de acceso. Además, este mismo flujo perturba la agregación tradicional, ya que los jurados, motivados a aplicar una selección draconiana, son necesariamente conducidos a privilegiar las cualidades formales en detrimento de las virtudes de fondo: sin embargo, esta actitud es menos fuerte y se mantiene en un nivel razonable. En definitiva, el nivel global del cuerpo académico no parece correr peligro alguno.

Sin embargo, se plantea la pregunta de si es necesario modificar los concursos o dejarlos evolucionar por sí mismos. Pero la respuesta pasa por un tema candente: un buen número de profesores se apegan al modelo prestigioso aún cuando éste no funcione del todo, ya que insisten ver en él, a pesar del desmentido de algunos países extranjeros, el único medio para preservar la calidad de la docencia y de la producción científica.

Como puede constatarse, las formas de incorporación universitarias están presentes en el seno del fenómeno doctrinario y lo mismo ocurre respecto a las tradiciones universitarias.

2º) El rol de las tradiciones.

En este punto, las tradiciones universitarias corresponden en parte a aquellas de la doctrina. Mas precisamente, hay que distinguir entre los ritos de escritura (a), que interesan de manera directa a la doctrina, y los ritos institucionales (b), que juegan un rol más indirecto.

a) Los ritos de escritura.

Los ritos de la escritura en el sentido extenso, incluso las técnicas de exposición y de planos, se transmiten en gran medida por imitación, pero también por consejos dados con ocasión de la elaboración de una memoria o de una tesis. Estos ritos se vuelven patentes al momento de la lección de agregación, género oral que marca profundamente los espíritus, aún cuando no deja trazo escrito directo. Antaño, los candidatos transformaban de buen grado una lección de entrenamiento en artículo, pero este procedimiento poco fructífero no parece continuar vigente: en efecto, las lecciones dadas ante un profesor (que no escatima sus críticas) es ciertamente un ejercicio indispensable en el ámbito formal, pero sin interés científico, puesto que implica únicamente una presentación clara y elegante respecto de una investigación superficial realizada en unas pocas horas. Todo el valor de esta presentación reside entonces en el refinado arte – que Michel Villey calificó maliciosamente de “método estéril”³²⁴- del anuncio, de la relación lógica, de la transición y naturalmente del plano. Un arte que el candidato adquiere de por vida y que le prestará los más preciados servicios cuando lo aplique en sus trabajos verdaderamente creadores y en la preparación de sus clases.

Los textos que rigen el concurso de agregación disponen que los candidatos den “lecciones” sin otra precisión. Las famosas reglas de la lección tienen entonces un carácter meramente costumbrista³²⁵, comenzando por la más conocida de todas, aquella del plan en dos partes y dos subpartes. Sin duda el plan en tres partes no condenan *a priori* al candidato, pero éste deberá mostrarse a la altura su audacia, ya que evidentemente se expone a ser juzgado más duramente: a decir verdad, las

³²⁴ M. Villey, *Reflexions sur la philosophie et le droit*, Les Carnets, PUF, 1995, I-9.

³²⁵ Que sin embargo, un autor se ocupó de pasar al papel: P.-Y. Gautier, “Le concours d’agrégation au plus intime: Institutes coutumières”, *Mélanges dédiés a Louis Boyer*, PU Toulouse, 1996, p.221 sq.-Comp.L.de Naurois, « La leçon d’agrégation-Vieux souvenirs et reflexions d’un candidat malchanceux ».

pruebas faltan sobre este punto, ya que los candidatos no se arriesgan en lo más mínimo. Dicho esto, no nos detendremos más en las cualidades del plan en dos partes, que no es un punto a demostrar, ni tampoco sobre sus límites, puesto que conduce a artificios en la redacción que los ex candidatos, una vez franqueado el barranco del concurso, evitan con el mayor de los cuidados: se observa además que el plano en tres partes aparece prontamente en largos artículos y, con mayor razón, en los tratados.

La manera de citar de los autores obedece a reglas precisas y minuciosas. Pero éstas son más fáciles de conocer, puesto que, por definición, dan lugar a una práctica escrita. Los consejeros de terceros no son tan útiles, puesto que estas reglas tienen sutiles matices que sólo un experto puede detectar. Un ejemplo: según el contexto, la nota al pie de página consagrado a una sola obra y comenzando por el “V. *Sin embargo*” puede ser un medio cómodo de no citar a casi la unanimidad de otros autores que se pronuncian en el sentido contrario, o un escrúpulo de conciencia de aquel que no quiere obviar la menor opinión divergente a la suya, ya sea como una marca de desdén o de irritación, como medio de descalificar esta opinión señalando que no se ignora, etc.

Llegamos así a la controversia que se rige por un código de honor no escrito: evitar ataques personales, moderación respecto de los autores sin excluir cierta vivacidad polémica en el enfrentamiento de las ideas, no descontextualizar una cita, etc. Todas estas reglas sólo permiten algunas raras contravenciones que, sin embargo, parecen haber aumentado estos últimos años³²⁶. Hay incluso un insulto que pasa a ser frecuente, tomado al parecer del repertorio de las ciencias humanas: aquel que no confiesa su fe en el derecho natural o sus sucedáneos se ve reprochado de una suerte de complicidad objetiva con el régimen nazi. Insignificante por su exageración, este argumento *ab Adolfo* hizo que juristas iusnaturalistas eligieran Vichy, mientras que los positivistas entraron a la Resistencia³²⁷. Por lo menos, está la ventaja de probar que quien usa este insulto no tiene otro a su disposición.

b) Los ritos institucionales.

Los ritos institucionales tienen una gran importancia. El fundamento de la tesis ofrece un buen ejemplo y comienza por la composición del jurado: en principio, existe una correspondencia – voluntaria- entre la calidad de la tesis y la notoriedad de los sufragantes (no se molesta a un eminente maestro por nada).

Posteriormente tiene lugar la ceremonia de la defensa de tesis. Esta se realiza en togas y es casi la única ocasión en la cual los profesores llevan este atuendo antaño prestigioso. A lo menos los profesores de derecho, ya que en otras disciplinas, la defensa de tesis puede hacerse sin togas e incluso sin corbatas. Entre paréntesis, los profesores de derecho son los únicos universitarios que llevan aún corbata (sus colegas de sexo femenino tienen por su parte una tenida equivalente), no tanto por conservadurismo sino para cultivar su especificidad; o tal vez porque tienen por

³²⁶ Cf. los ejemplos dados por N. Molfessis: “La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine”, RTD *civ.* 2003, p. 161 s.s.

³²⁷ V. *infra*, p. 243 s.s.

interlocutor natural los litigantes que la llevan en el ejercicio de la profesión. Sea lo que sea, los juristas universitarios se apegan a sus ritos y aquellos de la defensa de tesis – retomamos el tema- no son los menores.

Las mejores tesis, es decir las más originales, son también aquellas que son las más ampliamente y las más vivamente criticadas por el jurado, por la simple razón que suscitaron en él, el máximo interés. La tesis mediana incita críticas y elogios de media tinta. Esta regla no escrita, que ve en la crítica la forma superior de elogio (y a la inversa, los elogios ocultan limitaciones). Al pertenecer al ambiente, el candidato lo sabe. Pero su familia lo ignora, pasando por todas las etapas del aturdimiento cuando el *novus doctor* recibe todos los honores después de un aparente paliza.

Posteriormente, siguen los ecos provocados por la tesis. Estos se transmiten bastante rápido de boca en boca, pero la comunicación es mucho más rápida, y esto es ideal, cuando la tesis es publicada. El protocolo exige entonces que el director de la tesis haga el prefacio de la versión impresa de ésta sin que pueda concebirse el incumplimiento de esta tradición. Sin embargo, la tesis se hará conocida por los honores del autor, y por informes que a veces hay que leer entrelíneas. De una manera general, los homenajes constituyen un medio de difusión del pensamiento y un rito sutil. Sin lugar a dudas, la antigüedad juega un rol importante. El joven autor da mucho pero recibe poco, salvo tal vez entre amigos pertenecientes a la misma generación que él. Pero conoce un inicio de consagración cuando sus primogénitos comienzan a dedicarle sus obras y, con mayor razón, cuando lo hacen los grandes maestros.

De manera general, la antigüedad tiene su importancia en las posiciones doctrinarias: las ideas de los jóvenes son primero ignoradas, después citadas sin más, y progresivamente incorporadas, pero esto se debe a que las ideas toman su tiempo para hacer su camino... La tesis no era sino un ejemplo, el de un rito institucional que está adherido a la institución jurídica, en este caso en la obtención de un grado. Otros ritos nacen de manera espontánea y terminan por transformarse en el equivalente de una institución: es el caso de los Misceláneos ofrecidos a un maestro, práctica aparecida en el siglo XX y de la cual tuvimos la ocasión de hablar en cuanto ella ha adquirido importancia³²⁸. Podemos también señalar la separación de París y las provincias. A pesar de la evolución reciente, la nominación para incorporarse a una universidad parisina, sobre todo en la montaña de Saint-Genevieve, significa todavía un ascenso. En todo caso, y salvo algunas experiencias rarísimas, los concursos de agregación no ofrecen nunca sino cargos en provincias, lo que prueba la idea que éstos constituyen un tubo de ensayo. Pero como los parisinos reingresan muy rápidamente a la casa mater, esta idea, antaño bien anclada en los espíritus, sólo vale ahora para los provincianos: éstos, cuando son lo suficientemente distinguidos, sufren la atracción por París, a lo sólo resisten por razones geográficamente personales y familiares, ya que las razones científicas son consideradas poco decisivas. Lo anterior genera una importante concentración de puestos y de cerebros en París y sus alrededores. Ya bastante poblada, París tiende a despoblar las provincias las que defienden menos mientras más cerca estén de la capital. A pesar de algunas raras excepciones, limitadas en el tiempo, y muy unidas a la persona en particular (Hariou en

³²⁸ V. *infra*, p.254.

Toulouse, Gény y Saleilles en Dijon, Duguit en Bordeaux, etc.) este movimiento impide la creación de escuelas relacionadas a una facultad y empuja a la homogeneidad doctrinaria sobre un fondo francés de centralización³²⁹.

Los ritos universitarios, de los cuales solo hemos dado un acercamiento muy general, se extienden en el seno de las revistas jurídicas, en particular aquellas dirigidas y gestionadas por universitarios. El hecho que, por ejemplo, los universitarios tengan una tradición liberal provoca que las revistas del tipo universitario eviten dirigir a los autores o corregir sus textos. Dudan incluso en rechazar un artículo, al menos cuando está redactado por una pluma confirmada, lo que explica su atochamiento. Y si la revista da una preferencia a la antigüedad, los jóvenes pueden de esperar un largo tiempo antes de ser publicados. Vemos entonces que las tradiciones de la Facultad se corresponden, en gran medida, con las de la doctrina, ayudando a revelar sus arcanos. Y de todas formas, estas tradiciones se extienden fuera de la Facultad.

B. LA DEPENDENCIA DE LOS OTROS AUTORES.

Este esquema, recordémoslo, vale para la mayoría de las disciplinas jurídicas aplicándose con intensidades variables. Pero pierde su pertinencia respecto del derecho administrativo, lo que será tratado aparte (*infra* C).

Los autores no universitarios provienen de profesiones diversas que pueden ser privadas o públicas, liberales o asalariadas, etc. La diversidad de los autores (1º) tiene sin embargo sus límites –desde punto de vista que nos ocupa- en razón de su formación común: todos o casi todos han pasado por las facultades de derecho, de manera que han sido marcados por el modelo universitario (2º).

1º) La diversidad de los autores.

Los otros autores que no son universitarios provienen de horizontes muy diversos. Los miembros de profesiones jurídicas y judiciales ocupan la cabecera, como se debe: notarios, magistrados, abogados, incluso administradores judiciales, procuradores, oficiales de sala o síndicos. Los funcionarios, incluso los funcionarios europeos o internacionales, juegan también un rol: en la misma colección de la presente obra, el libro consagrado a *La loi* fue redactado por dos funcionarios de las asambleas parlamentarias... Es necesario citar a los juristas de empresa - categoría heteróclita donde se encuentran las compañías de seguro, los bancos, la industria de la construcción, etc. - así como los juristas empleados de organizaciones sindicales o profesionales.

En general, las obras de estos autores tienen relación con su práctica cotidiana, cuyo conocimiento les concede una ventaja innegable. Salvo en casos particulares, se trata más bien de monografías: para los litigantes, el ambiente

³²⁹ Según M.Legendre, refiriéndose explícitamente a la doctrina administrative, la *communis opinio doctorum* suele ser parisina: "La facture historique des systèmes-Notations pour une histoire comparative du droit administratif français", *RIDC* 1971, P.30 y 31.

favorable y el tiempo para la redacción de un manual o de un tratado, escasean. En todo caso, estos trabajos son minoritarios en el seno de la doctrina: un cálculo del número de páginas muestra un porcentaje inferior, incluso menor al 10% en comparación a la obra considerada como *verdaderamente* doctrinal (estadística evidentemente imposible de establecer y que de todas formas es de poco interés).

En lo que respecta al derecho civil, donde el conocimiento de la práctica, si bien siempre preciosa, no parece trastornar la reflexión teórica, los autores litigantes quedan sumergidos en la masa universitaria. Sin embargo, estos autores ganan notoriedad al abordar temas especializados del derecho como el derecho patrimonial de familia: sobre la liquidación de la sucesión o de una comunidad, el notario pasa sin problema a ser profesor. La tendencia se acentúa en el derecho de los negocios, donde el derecho suele radicarse en las prácticas y costumbres más que en la ley o jurisprudencia: acá el litigante trata de igual a igual con el profesor, obligado a dedicarse a investigaciones en terreno. Esto es más cierto aún en materias altamente especializadas como el derecho marítimo, el derecho de prensa, la propiedad industrial, etc., donde ciertos abogados juegan un rol *verdaderamente* precursor y de primer plano, lo que ocurrió también en un pasado cercano, con el derecho financiero y bancario. Pero esta especialización no implica una ruptura con la doctrina, ya que el modelo universitario sigue presente.

2º) La imposición del modelo universitario.

La dependencia de los autores no universitarios no implica que estos reproduzcan de manera servil las opiniones de los profesores: por el contrario, no carecen de personalidad y su conocimiento de la práctica los conduce, los lleva a denunciar públicamente la falta de adaptación de ciertas teorías enseñadas en los bancos de la facultad. La dependencia sólo se refiere a la manera de redactar y presentar las cuestiones de derecho, donde la predominio de la forma universitaria se muestra en todo esplendor.

Esta imposición no afecta realmente a la totalidad de la literatura extra-universitaria, sino sólo a la parte de ésta que se acerca a la literatura académica, porque es publicada en las mismas revistas o en las mismas colecciones: es decir una vez más, la fracción de esta literatura calificada como realmente doctrinaria. Pero existe también una literatura que se califica como *puramente práctica*, dicho de otro modo, informativo, utilitario, descriptivo y no obligatoriamente firmada: libre de dramaturgia teórica, ésta no es reconocida como parte de la doctrina y de ninguna manera es afectada por su influencia.

Entonces, hablemos aquí sólo de las obras que, aunque sean redactadas por litigantes, tienen una ambición teórica y se dedican a justificarla: es lo que ocurre con el manual de procedimiento redactado por abogados donde, lejos de parafrasear sus habituales conclusiones, el autor se esfuerza por trascender a su práctica. Aún cuando la diversidad de las profesiones ejercidas por estos autores los aleja considerablemente los unos de los otros, (¿Qué pueden tener en común un notario liquidador de sucesiones con un abogado especializado en propiedad industrial?), todos se acercan por la forma de redacción y esto se comprende fácilmente.

Los autores para empezar, son antiguos estudiantes que han recibido la formación de las facultades de derecho. Algunos han obtenido el grado de doctor, aún cuando lo hayan conseguido con tesis menos profundizada que aquella escrita por un futuro académico. Algunos han preparado la agregación, y han guardado cierta nostalgia por el ambiente. Algunos vuelven a la universidad para ocupar un cargo docente, ya que las facultades de derecho asignan los puestos vacantes fuera de todo concurso y con la única justificación de una particular competencia: algunos litigantes son integrados en calidad de profesores asociados, es el caso del actual Primer presidente de la Corte de casación, M.Guy Canivet. En fin, muchos de estos autores tienen contactos frecuentes con profesores, ya sea con ocasión de coloquios o de informes en derecho, ya sea en comisiones ministeriales o en diversas organizaciones. Ninguno de entre ellos, en el fondo, ha abandonado completamente la facultad...

Y todos sin excepción leen antes de redactar. La lectura de lo que escriben sus predecesores (incluso las obras generales indispensables para quien quiere reafirmar sus bases) los impregna de su método y con mayor razón, al tener éste ventajas evidentes: por tomar un ejemplo, el jurista que ha asimilado la técnica del plan dispone de un arma que le permite tallar en las superficies jurídicas más espesas. Sobre este punto, no hay ninguna institución capaz de competir con las facultades de derecho o por lo menos no se vislumbra otra fuera de la Escuela Nacional de Administración, que reencontraremos pronto, al analizar el caso específico del derecho administrativo.

Pero aún en derecho administrativo, donde no se observa ninguna satelización, las obras extra-universitarias reproducen ampliamente un modelo universitario ya se ha probado y aceptado. Los únicos trabajos que se separan de este modelo no provienen de litigantes sino de investigadores de CNRS, es decir de los juristas que tienen contacto con otras disciplinas (particularmente la sociología): de ahí proviene la renovación del modelo. Estos investigadores ocupan una posición ambigua, a la vez interior y exterior en el campo doctrinario habitual. Sin embargo, no son en lo absoluto numerosos, pero si lo suficiente como para colmar el foso, ya señalado, existente entre el derecho y las ciencias humanas.

C. EL CASO PARTICULAR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El derecho administrativo no tiene uno sino dos modelos doctrinarios: aquel del Consejo de Estado y aquel de las facultades de derecho. Mientras que el modelo profesoral no se separa del modelo propio del derecho privado, los consejeros de Estado, en particular los comisarios del gobierno, tienden a una dogmática más fáctica, tal como la del jurisconsulto romano, más prudencial: fue este modelo el elogiado por el consejero de Estado Bernard Chenot en oposición a la dogmática más abstracta de los "hacedores de sistemas", defendidos con elegancia por el profesor Jean Rivero.

Mientras tanto, no hay que exagerar la oposición. Profesores y consejeros trabajan sobre el mismo objeto, hablan la misma lengua jurídica y tienen en común una misma cultura francesa heredada de Descartes y del código civil. Los primeros no son

puros abstractos de quintaesencia y los segundos pueden maravillosamente abstraerse elevándose sobre el caso particular... La diferencia entre ellos se limita tal vez a lo dicho por el decano Vedel: mientras que el juez tiene el volante, el profesor observa la trayectoria seguida por el vehículo desde lo alto de la colina, lo que genera una diferencia de puntos de vista³³⁰. La diferencia es entonces menor a aquella que opone a los juristas franceses con los alemanes o británicos, por ejemplo. Tampoco es algo menor el que, asistidos por el espíritu del conjunto de juristas, ningún modelo se haya impuesto sobre otro, teniendo los profesores sólo una influencia limitada sobre los otros autores y en particular sobre el juez administrativo, quien juzga, escribe y enseña a la vez³³¹. De este fenómeno, conocemos las causas históricas, cuyo efecto se hace sentir hasta el día de hoy.

La aparición tardía del derecho administrativo en las escuelas de derecho no permitió la aparición de un cuerpo profesoral suficientemente importante y homogéneo en el siglo XIX. Durante mucho tiempo, fue al agregado más joven sobre quien recaía la carga del curso de derecho administrativo, despreciado por los grandes maestros: este fue el caso de Hauriou, poco después de su nominación en la Facultad de Toulouse, y así fue como encontró su vocación. Los miembros del Consejo de Estado-esta "cuna de profesores" según la expresión del decano Vedel³³²- fueron libres para acaparar la enseñanza del derecho administrativo, en especial en París donde se concentra el poder administrativo y político. La docencia les permitió publicar muy pronto obras de envergadura: el famoso tratado de Laferrière nació a partir de la cátedra de derecho administrativo que impartía en la facultad de derecho de Paris.

Esta situación particular, además de relegar a las provincias muy atrás de París³³³, no permitió que los profesores de derecho administrativo hicieran lo mismo que los profesores de derecho privado. A finales del siglo XIX, estos no eran lo suficientemente numerosos y no tenían la autoridad necesaria para imponer la idea, defendida con éxito por los civilistas, que eran los profesores quienes debían tener el quasi monopolio de las construcciones jurídicas capaces de dar sentido y coherencia al derecho positivo.

Incluso, los propios académicos del derecho administrativo se colocaron bajo la autoridad intelectual del Consejo de Estado. Al mismo tiempo que los privatistas criticaban el carácter desordenado y fáctico de la jurisprudencia, proponiéndose sistematizarla, sus colegas del derecho administrativo no deploraban el marco reglamentario y reconocían que era el Consejo de Estado quien debía construir el sistema. De este modo, al permitir que el derecho administrativo naciera sobre la falda de la jurisprudencia, los juristas del derecho administrativo abdicaron su propio poder...

Esta abdicación fue hecha aún más fácilmente dado que los miembros del Consejo de Estado jamás le debieron nada a los juristas universitarios.

³³⁰ G.Vedel, "Doctrine et jurisprudence constitutionnelle", RDP 1989, p.12 y 13.

³³¹ Rap. de la expresión de J.Rivero: "Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif", EDCE 1955, p.29.

³³² G.Vedel, "Jurisprudence et doctrine: Deux discours", *Revue administrative*, n°especial: « Le Conseil d'État et la doctrine », 1997, p.10.

³³³ En este sentido, cf.P.Legendre, art.precitado, p.30 y 31.

Aún cuando el Consejo de Estado se conforme por la vía de un concurso particular, no todos los candidatos provienen de las facultades de derecho. El caso del célebre Jean Romieu es tal vez el ejemplo más característico, ya que fue después de sus estudios en la Escuela politécnica que se unió al Consejo de Estado en 1881. Pero fue después de 1945 y de la creación de la Escuela nacional de administración, de la que provienen la mayoría de los consejeros de Estado, que los lazos con las universidades se dilataron, ya que un diploma de la facultad de leyes pasó a ser un accesorio en la formación que conduce al Palais-Royal.

Actualmente, es incluso de buen gusto mostrar en el Consejo Estado un cierto desdén respecto de los escritos académicos, con excepción de algunos³³⁴. En realidad, como veremos, los consejeros leen a los académicos mucho más de lo que les gustaría admitir, aún cuando todo administrativista recuerda el llamado de Romieu, que llegó a ser Presidente de la sección de lo contencioso en 1918, a los jóvenes auditores: "... y sobre todo nada de doctrina [sub-entendida: universitaria], ya que tendrían el espíritu errado" Esta actitud ambigua se explica por el hecho que el Consejo de Estado es uno de los más grandes cuerpos del Estado que -oficialmente a lo menos- solo se inclina ante la autoridad de las obras redactadas por alguno de sus miembros más eminentes. Este fue el caso con el tratado de Laferrière, que fue la Biblia de los consejeros de Estado durante más de sesenta años y más recientemente con el curso de Raymond Odent, Presidente de la sección de lo contencioso de 1966 a 1976³³⁵.

Incluso es tradición que los consejeros de Estado publiquen sus cátedras de derecho administrativo, esencialmente impartidas en el Instituto de Estudios Políticos de París, donde se forma la mayoría de los futuros miembros de la alta función pública. Además, y puesto que el Consejo de Estado dispone desde 1947 de su propio órgano editorial, los *Études et documents du Conseil d'Etat* (donde algunos profesores son invitados a escribir), los comisarios del gobierno publican más o menos de manera sistemática sus conclusiones en las diferentes revistas de derecho público (con la notable excepción de la *Revue de droit public*); revistas donde ciertos consejeros de Estado tienen crónicas regulares, al punto de comentar los fallos que ellos mismos han dictado. Una situación similar genera lo que de algunos podemos llamar como "doctrina oficial", cercana al Consejo, por lo tanto moderadamente crítica de su jurisprudencia (y aquella de las otras jurisdicciones administrativas y financieras)³³⁶.

Y esta doctrina es respetada - es lo menos que se puede decir- por la de los académicos del derecho. Lo que podría explicarse en parte el desinterés actual de los

³³⁴ Sobre este desprecio, cf. B. Latour, *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002, p.23 (nota 13), 26 (nota 17), 132 (nota 18) y 184.-Comp. con lo sostenido por el presidente Galabert en el coloquio «Le Conseil d'Etat et la doctrine », *Revue administrative*, nº especial, 1997, p.56: "...ya no existe la actitud que durante muchos años era, en efecto, un acto de ignorancia del juez administrativo respecto de la doctrina".-Adde, M.-A. Latournerie, "La doctrine vue par le Conseil d'Etat", *ibid.*, p.46 s.s.

³³⁵ R.Odent, *Cours de contentieux administratif*, Les cours du droit, 6 fascículos, 1977-1981 (la primera edición data de los inicios de los años 1960).

³³⁶ X.Vandendriessche, "La doctrine officielle", in G.Koubi (bajo la dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, PU Toulouse, 1997, p.199 s.s.- Comp. sobre las razones de una tal reserva, M.-A.Latournerie, art.precitado, p.47, 1ª col.

jóvenes investigadores hacia el derecho administrativo, al punto que ciertas facultades de derecho (esencialmente de provincia) aceptan a miembros del Consejo de Estado como profesores asociados para reforzar los grupos de docencia...

Por otra parte esta toma de poder - en definitiva bastante antigua- del Consejo de Estado no le impide homenajear de manera mesurada a la doctrina universitaria. Primero las cátedras que publican los consejeros de Estado se asemejan a aquellas de los profesores universitarios, obviamente no por alguna influencia ejercida por éstos últimos, sino por la adhesión voluntaria a una forma de pedagogía que la universidad aplica con excelencia. Enseguida los comisarios del gobierno no dudan en hacer sus demostraciones por medio de escritos del tipo académico³³⁷: es que los profesores y jueces comparten de todas formas la preocupación, a causa de su función de consulta o jurisdiccional, por mantener una coherencia del conjunto del derecho administrativo y de promover soluciones que no sacrifiquen la seguridad jurídica. También, todos se dedican a racionalizar el Derecho, de manera más flexible y menos sistemática en el caso de los consejeros de Estado. En el fondo, la particularidad de la doctrina administrativa reside en su dualismo institucional más que en un -relativo- dualismo intelectual. El ejemplo del derecho administrativo tienen la virtud de mostrarnos que el modelo de la doctrina académica no es el único camino posible, contrariamente a lo que a veces creen los privatistas: es simplemente una elección, aquella de los consejeros de Estado es algo diferente pero no puede decirse que sea radicalmente opuesta.

□ UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE NACIONAL

La barrera del lenguaje y, sobretudo, la enorme diversidad de sistemas jurídicos generalmente impide a los juristas emitir una opinión autorizada sobre lo que han escrito sus colegas extranjeros. En el campo del derecho, no pueden por lo tanto más que existir comunidades científicas nacionales, o más bien territoriales, ya que lo que importa no es la nacionalidad del autor, sino más bien el espacio jurídico al cual se aplica su reflexión. Este carácter territorial de la doctrina (A) se ve apenas matizado por algunas incursiones transnacionales (B).

A. EL CARÁCTER TERRITORIAL DE LA DOCTRINA

El jurista trabaja *a priori* sobre un objeto único, el derecho de su propio país, el cual siempre constituye un sistema. El jurista está entonces marcado por este sistema, en cuya construcción participa con sus propias construcciones jurídicas y, en el caso francés, con un gusto por la sistematización más marcado que en otras partes, dejando a un lado a Alemania y sus discípulos. Puede también decirse que, como la coherencia de los escritos y la del sistema se fortalecen la una a la otra, la doctrina francesa se caracteriza por una fuerte cohesión nacional. Pero hay que precisar inmediatamente el

³³⁷ Sobre este punto, cf. M. Deguerge, "Les commissaires du gouvernement et la doctrine", *Droits*, t.20, 1994, p.125 s.s.- Adde, J.-H. Sthal « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Revue administrative*, n° especial : « Le Conseil d'Etat et la doctrine », 1997, esp.p.36 y 37.

sentido exacto del propósito. En efecto, la complejidad del derecho actual tiene como consecuencia que este jurista, lejos de conocer el derecho extranjero, ni siquiera consigue dominar la totalidad de su propio derecho. Al hacerse ineludible la especialización, la cohesión de los autores se refuerza más en la práctica de su especialidad. Así pues lo que se llama brevemente “el conjunto de los autores” designa a menudo a un sub-conjunto: la doctrina civil, económica, etc. En otros términos, la cohesión nacional (1º) no se ve perjudicada, más bien todo lo contrario, con la subdivisión por temas (2º).

1º) Una fuerte cohesión nacional

Es necesario resignarse: el derecho es, en todos los países, desesperadamente nacional. Incluso en Europa, la armonización, que, dicho sea de paso, es bastante lenta, no afecta sino a ciertos sectores, mientras que los otros permanecen sometidos a la lógica particularista del Estado-nación. Con mayor razón, la globalización del derecho, que algunos pájaros de mal (o buen) agüero anuncian con bombos y platillos, tardará aún algunos siglos, si es que llega a suceder alguna vez. Tratándose de la Unión Europea, que ya es una realidad, sus organismos se esfuerzan en *superponer* un derecho nuevo a los derechos de cada nación, incluso si existen hoy algunos esfuerzos que buscan una codificación europea en algunos campos particulares (por ejemplo al derecho de contratos se le da un poco más de énfasis que a otros actualmente). El jurista que migra dentro de Europa se ve entonces forzado a recomenzar sus estudios, incluso si los textos no lo obligan. Y ni hablar si migra fuera de Europa

En consecuencia, no tenemos una comunidad doctrinaria con ningún país, ya que cada jurista trabaja sobre el objeto que le es propio: su derecho nacional. La misma situación se repite en países parcialmente francófonos y dotados de una codificación de tipo romanista. Revisemos inmediatamente a Suiza, cuyo derecho está inspirado en el derecho alemán y que no tiene mayor relación con la doctrina francesa. Por el contrario Bélgica, el Líbano, Québec y Túnez son demandantes y en algunos casos importadores de nuestras teorías. Pero por una parte estos países, teniendo en cuenta importantes diferencias culturales, de costumbres y sobretodo de soluciones positivas que los separan de nosotros, no buscan más que un complemento a su propia doctrina, en sectores donde una cierta transposición les parece concebible y útil. Y por otra parte, no hay ninguna reciprocidad en este punto: la doctrina francesa se considera a sí misma suficiente para su consumo interno.

En términos de comunidad, no se constatan más que algunos préstamos limitados y unilaterales: son la obra de francotiradores, que a veces importan una teoría novedosa. En conjunto, algunas partes no conocen verdaderamente el derecho positivo de la otra y menos el contexto positivo de este derecho, lo que a veces engendra algunos incomprensiones³³⁸.

³³⁸ Como prueba, los debates actuales sobre la oportunidad de imponer al acreedor una obligación de moderar su daño contractual (*mitigación*): los juristas franceses, una vez mencionado el origen anglo-americano del principio, quieren fundarlo en una preocupación de cooperación entre los contratantes, siendo que en el país de *common law*, tiene por única función asegurar la eficacia económica, lo que

Incapaces de emitir un juicio sobre lo que produce la otra, cada comunidad permanece forzosamente encerrada en sí misma (no replegada, lo que implicaría una actitud voluntaria de repliegue). Sobre este punto, se observa que a pesar de raras excepciones (que conciernen mayoritariamente al derecho europeo), cada país tiene sus propios editores, sus tratados, sus revistas, sus asociaciones o colecciones, que se dedican esencialmente al estudio del derecho positivo nacional. Y podemos estar seguros de que un autor francés no palpa realmente su notoriedad (al menos nacionalmente) cuando publica un artículo en el extranjero, aunque sea una revista en lengua inglesa (o en cualquier otra)... por la única y simple razón de que no será leído por sus pares, quienes prefieren dedicarse a la lectura de las revistas nacionales.

Totalmente distinta es la situación que impera en economía, y en muchas otras especialidades, donde las comunidades científicas nacionales son reemplazadas por una comunidad verdaderamente internacional: los economistas de todos los países quieren publicar (en inglés) en las revistas más leídas del planeta (en general americanas), las cuales, por su parte, practican una selección draconiana, de manera que todas las corrientes importantes del pensamiento estén presentes en ese espacio particular. Como consecuencia, la comunidad de economistas franceses (y no es más que un ejemplo) conoce tal vez un estado de clivaje larvario entre los *internacionales* (como se les llama en el lenguaje deportivo) y los otros autores. Esta comunidad es en todo caso menos unida que la de los juristas, en particular la de los autores agrupados por sus propios esfuerzos bajo el nombre de doctrina. Nuestros autores juristas están profundamente unidos no solamente por el derecho, sino también por su manera común de tratar al derecho.

Este particularismo obligado conduce indefectiblemente a la doctrina francesa a exacerbar sus trazos más característicos, ya sea esto bueno y también no tan bueno. Lo bueno supera con largueza a lo no tan bueno: el profesor francés que toma la palabra en el extranjero recibe generalmente calurosos elogios por su claridad y su elegancia en el desarrollo del razonamiento. Pero también escucha, a propósito de realidades que su discurso de algún modo ha transfigurado, amigables preguntas en las cuales la fineza de su oído no dejará de discernir una crítica velada. Muy francés o demasiado francés, esas son las dos caras del juicio llevado a cabo por colegas *a priori* benevolentes, pero a los cuales nuestro prodigioso racionalismo deja a veces perplejos.

Esta fuerte cohesión de la doctrina, que no podía concebirse cuando romanistas, canónicos o juristas costumbristas trabajaban cada uno a su manera, se ha construido a partir de la promulgación del código civil, seguida por la instauración de un agregado nacional y terminada con la Escuela científica. Esta cohesión explica que la doctrina se haya transformado rápidamente en una suerte de entidad vagamente personificada por el lenguaje ordinario de los juristas: la doctrina estima, sugiere, crítica, etc. Según los casos, se la llama unánime o dividida, de manera más o menos

modifica bastante la perspectiva.... Sobre este tema, cf.H.Muir Watt, "Analyse économique et perspective solidariste", in Ch.Jamin y D.Mazeaud (bajo la dir.) *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, esp.p.186 s.s.

igualitaria o completamente desigual... Pero incluso dividida, sigue siendo una comunidad que, como cualquier otra, comprende varias corrientes.

En realidad, en general los juristas invocan esta entidad a propósito de algunos autores que han tomado la pluma en algún campo determinado. La doctrina así llamada en auxilio es en realidad la doctrina del derecho de la responsabilidad o la doctrina del derecho del trabajo... Pero la cohesión de los autores resiste muy bien a esta especialización por ramas.

2º) Subdivisiones por temas

La subdivisión del derecho por temas obedece a lógicas diversas. La *summa divisio*, la del derecho público y el derecho privado, data de los romanos, pero se encuentra cristalizada en nuestros días por la coexistencia de dos órdenes de jurisdicción, administrativa y judicial. A menudo, las especialidades son aún más directamente obra del legislador, el cual procede a codificaciones distintas (código civil, código de procedimiento civil, etc). Y el actual movimiento de codificación, siempre constante, tiende a multiplicar esta actitud. La doctrina acompaña al movimiento, incluso si no se disimula el artificio de ciertas distinciones, como lo prueban las eternas discusiones sobre la noción de comercialidad. A veces decide, por razones pedagógicas, elaborar subdivisiones nuevas o reagrupamientos de tipo transversal.

La especialización de los autores va de la mano con la subdivisión por temas. En el origen, y desde 1895, los concursos de acceso a la enseñanza se subdividen en dos según la distinción entre derecho privado y derecho público, de manera que el profesor será por siempre publicista o privatista: no saldrá de esta especialización más que para incursiones comparables al violín de Ingres, a menos que a veces se instale en una zona fronteriza. Pero en el interior del derecho público o del derecho privado, reina la mayor libertad, y cada cual elige su o sus especializaciones según sus propias inclinaciones.

Con el aumento de la complejidad del derecho y de la carga académica universitaria, esta elección se transforma en necesidad absoluta. Cultivar una visión general del derecho privado o del derecho público pertenece al pasado, si es que esta tendencia ha realmente existido en épocas de reputación más suave³³⁹. Esta especialización es a menudo criticada en nombre de la necesidad intelectual de tener conocimientos generales³⁴⁰, lo que tiene como efecto el que subsistan algunos juristas de este tipo: pero incluso la generalidad de su mirada se restringe más y más. Pero, con o sin especialización, los autores franceses tienen en común una cierta *pasta*, eminentemente reconocible en los coloquios internacionales. Incluso la división del derecho público y del derecho privado no cambia nada. Entre una obra consagrada a la responsabilidad del poder público y un tratado sobre los regímenes matrimoniales, no hay estrictamente nada en común sobre el fondo, pero la manera francesa de construir el derecho es casi la misma.

³³⁹ Pertenecientes a una época aun más suave, Duguit, Adhemar Esmein o Saleilles fueron tal vez los últimos que pudieron escribir con la misma agilidad en derecho privado y en derecho público.

³⁴⁰ V. *supra*, p.164.

No es absurdo entonces referirse a la doctrina como al conjunto de los autores, cuando el propósito no tiene en realidad más objetivo que uno de sus subconjuntos. Cada subconjunto tiene por cierto sus especialistas, sus revistas, sus asociaciones, sus coloquios y sus tradiciones particulares, pero todos los autores dependen de la doctrina y de la escuela francesa.

B. LAS INCURSIONES TRANSNACIONALES

El encierro de los juristas dentro de sus fronteras tiene la ventaja de limitar su campo de acción de manera razonable. Presenta también el inconveniente de que escapen al juicio de sus colegas extranjeros y conlleva por lo tanto un riesgo de autarquía intelectual, contra la cual algunos se esfuerzan por luchar. Pero por la fuerza de las cosas, las incursiones transnacionales permanecen limitadas. Las de los internacionalistas (1º) los hacen olvidar sólo en parte el derecho francés. Y las de los comparativistas (2º) que oscilan entre una visión antropológica y una visión dogmática, se alejan ya del modelo doctrinario. En cuanto a los teóricos del derecho (3º), son los únicos que constituyen un principio de comunidad internacional: pero la excepción confirma la regla, ya que su alejamiento del derecho positivo hace dudar de que pertenezcan a la doctrina.

1º) Los internacionalistas

Como lo hemos visto al estudiar derecho antiguo, la doctrina no tiene nunca tanta influencia como en un contexto pluralista. No hay por lo tanto nada sorprendente en el que la doctrina internacionalista juegue un rol más importante que la doctrina interna en la producción del derecho positivo, al punto de que Bruno Oppetit haya podido sostener, hace algunos años, que el derecho internacional privado era un “derecho docto”³⁴¹. Marcada por una gran sutilidad en el análisis, esta doctrina ha llevado a la dogmática a su apogeo y ha adquirido un prestigio intelectual particular. Pero a pesar de la paradoja, los internacionalistas no forman una comunidad marcada por un verdadero “*internacionalismo científico*”, que hubiese existido, al parecer, antes que la *nacionalización* de los derechos al principio del siglo XX³⁴². A lo más hay comunidades científicas más o menos transnacionales, que diversas sociedades se encargan de mantener. En este sentido, citaremos el Instituto de Derecho Internacional fundado en Gand en 1873, que organiza sus sesiones cada dos años; el *International Law Association*, creado en Londres el mismo año, y que comprende numerosas ramas nacionales y que se dedica especialmente al derecho comercial; o aún la Academia de derecho internacional, con sede en La Haya y que difunde, desde 1923, una colección de los numerosos cursos dispensados por internacionalistas del mundo entero.

³⁴¹ B.Oppetit, “Le droit international prive, droit savant”, Academia de derecho internacional de La Haya, *Recueil des cours*, t.234, 1992-III, p.339 s.s.

³⁴² B.Oppetit, art.precitado, p.365.

La explicación parte con la ausencia de una verdadera unidad del pensamiento jurídico a escala mundial: a diferencia de los especialistas de las ciencias llamadas exactas que, a lo largo de un determinado período, parecen trabajar sobre “matrices disciplinarias” idénticas³⁴³ (éstas entregan el modelo a través de programas coherentes de investigación), los internacionalistas no aceptan toda la misma matriz. La de los franceses está todavía marcada por un dogmatismo fuerte, que los incita a privilegiar la abstracción y la generalización, a partir de la constatación de un cierto retroceso de la “teoría general”³⁴⁴ o de frecuentes llamados a más “realismo”. Por lo tanto no es necesariamente compartido por otros compatriotas (especialmente norteamericanos) y esto no favorece para nada el surgimiento de una comunidad científica mundial, ni siquiera la existencia de un simple diálogo³⁴⁵.

Parece sin embargo que la explicación principal debe ser buscada del lado del objeto estudiado, ya se trate de derecho privado o público. El derecho internacional privado comprende esencialmente los conflictos de leyes y el derecho privado salido de convenciones internacionales. Empero los conflictos de leyes constituyen una parte del derecho positivo francés, que permite decidir si un litigio internacional pertenece o no a nuestros tribunales y, en caso afirmativo, si estos últimos deben aplicar nuestra ley o una ley extranjera. La reflexión se orienta con largueza al estudio del derecho y de autores extranjeros. Pero cada estado tiene su técnica propia de conflicto de leyes. En consecuencia, nuestra doctrina internacionalista, a pesar de su evidente apertura, sigue siendo una doctrina francesa, digamos más bien una doctrina francesa más amplia, pero en ningún caso la rama francesa de una verdadera comunidad mundial.

El derecho de convenciones internacionales conduce a constataciones similares. Los tratados unen a dos o más países, a veces hasta una veintena, pero jamás a la totalidad de los estados. Constituyen a menudo un compromiso entre los derechos de los distintos firmantes. Una situación semejante no puede por lo tanto engendrar entre los autores una comunidad internacional estable, sólo constituye un esbozo de lo que podría ser esta comunidad. Basta un recorrido por la literatura dedicada a introducir tal o cual presentación o tal o cual convención para darse cuenta de que, en general, ésta no es más que un llamado limitado a los análisis de juristas extranjeros, lo que tiende a probar que cada autor permanece encerrado en su propia tradición nacional.

En cuanto al derecho público internacional, que esencialmente tiende a resolver conflictos entre Estados, éste evidentemente padece de dos cosas: de su división en

³⁴³ Cf. en particular, T.S. Khun, *La tension essentielle, Tradition et changement dans les sciences*, Gallimard, 1990, de quien tomamos prestada la expresión.

³⁴⁴ Por ejemplo, B.Audit, “Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: progrès ou recul”, RIDC 1998, esp.p.477.

³⁴⁵ Como ejemplo, cf. la manera en que una parte de la doctrina francesa rinde cuenta de la teoría del *proper law* desarrollada en los años 1930 en los Estados Unidos en materia de conflictos de leyes: Y.Loussouarn y P.Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 7^a ed., 2001, n^o 134 s.s.- Comp.con el impacto que pudiera tener un programa de investigación fundada en el análisis económico del derecho internacional privado. Los internacionalistas franceses descalificarían sin embargo este proceder, aún cuando las “consideraciones de costo”, impregnen de manera difusa su discurso: H.Muir Watt “Law and Economics”: que relación con el derecho internacional privado?”, *Le contrat au début de XX^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, P.684 s.s.

varios campos o más bien en alianzas más o menos estables y de la ausencia de una autoridad mundial fuerte. De aquí proviene también la imposibilidad de la existencia de una comunidad científica verdaderamente internacional, incluso si “la doctrina de los publicistas más calificados de diversas naciones”, de donde proviene el célebre artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia integrado en la Carta de las Naciones Unidas constituye un “medio auxiliar de determinación de las reglas del derecho”, parece ejercer una verdadera influencia en la evolución del derecho internacional³⁴⁶.

2º) Los comparativistas

Algunos juristas se proponen comparar los derechos, pero chocan con enormes dificultades que no son sólo lingüísticas³⁴⁷. Como se ha señalado anteriormente, nadie puede conocer en profundidad la totalidad del derecho francés, ni siquiera del derecho privado, civil o comercial, etc. Esta observación también es válida para los derechos de otros países, que son muy numerosos y también muy distintos entre sí. El comparativista se enfrenta entonces a varias elecciones y se conciben tres actitudes posibles.

a) El comparativista puede primero referirse a *generalidades* sobre los derechos de los diferentes países, tratando de agruparlas en familias, grupos o tradiciones. Es el programa propuesto por Édouard Lambert en el congreso donde se fundó el derecho comparado moderno que tuvo lugar en París en 1900. René David (1906-1990) lo retomó luego con gran éxito: su libro sobre *Les grandes sistemas de derecho contemporáneos*, cuya primera edición data de 1964, ha sido objeto de ocho traducciones, un hecho tan raro en derecho que vale la pena mencionarlo. Y es un programa que sigue inspirando a ciertos autores, tanto en Francia como en el extranjero³⁴⁸.

Al obrar de esta manera, el comparativista está lejos de ser un dogmático. Su propósito es describir, en la medida de lo posible, la estructura de los distintos sistemas jurídicos que estudia. En el mejor de los casos, se agrega a esta fenomenología un análisis más o menos en profundidad de todo lo que *ponen en juego* estos sistemas: presupuestos intelectuales y culturales, modos de razonamiento específicos, importancia variable de las diferentes fuentes, etc. Desde esta perspectiva, el ojo del antropólogo es superior. El comparativista, aunque defienda una cierta armonización entre los distintos sistemas de derecho, aunque insista en los puntos de convergencia (aunque ya sin creer verdaderamente en la existencia de una “consciencia jurídica universal”, cara a Lambert), no tiene para nada la intención de perfeccionar el derecho extranjero que esté estudiando: en tanto que ciudadano francés (o canadiense, etc.), piensa, esto no es de mi incumbencia. Trata simplemente

³⁴⁶ En este sentido, cf. M. Lachs, *Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratiques*, Economica, 1989.-Comp. A. Oraison, « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnance juridique internationale contemporaine », RRJ 2000, p.285 s.s., que estima que la doctrina juega un rol triple de contestación, conceptualización y de difusión en el derecho internacional positivo.

³⁴⁷ Sobre su proposición, (pero en la sola perspectiva de una comparación entre sistemas de derecho civil y de *common law*), cf. P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, 1ª ed. 1999.

³⁴⁸ Recientemente, cf. H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford UP, 1ª ed. 2000.

de entender este sistema ajeno a su cultura y, para hacer mejor la comparación, aplicar la misma mirada neutra a su propio derecho. Ahí se aleja de lo que corrientemente se llama la doctrina francesa: de hecho la palabra doctrina no se empleará a menudo a su respecto.

b) Segunda actitud: en el extremo opuesto, otro tipo de comparativista se interesa en gran medida y muy de cerca, en algunas instituciones particulares de tal o cual derecho extranjero. Su campo de investigación se reduce entonces considerablemente, aunque se enfrente a puestas en juego metodológicas de igual naturaleza. Y en la práctica ya no puede aferrarse a una simple comparación de los derechos positivos (la que todavía se practicaba en el siglo XIX con el estudio de las *legislaciones comparadas*). El comparativista pretende hacer proposiciones útiles y en consecuencia, llevar su mirada por el lado de las construcciones jurídicas. Así, cuando la Facultad de derecho de Paris creó especialmente para Saleilles una cátedra de *legislación civil comparada* en 1901, éste no tardó en manifestar su ambición de mejorar el derecho positivo francés, lo que cumplió minuciosamente al tratar de importar algunas teorías jurídicas alemanas, como la de la cesión de la deuda o la de la declaración de voluntad. Y varios juristas después de él se han dedicado a un programa análogo. Pero a decir verdad estos estudiosos, que no son a menudo especialistas en derecho comparado, tratan de introducir una teoría o una institución particular en el derecho francés: la teoría institucional de la relación de trabajo a mediado de los años 1940 (P. Durand), la de las cuestiones previas de 1960 (P. Lagarde), etc. Los ejemplos no faltan, y en todas las áreas del derecho.

c) Tercera actitud posible: entre estos dos extremos, la mayoría de los comparatistas se limita al estudio del derecho nacional de dos o tres países a lo sumo. Tienen entonces una mirada semi-antropológica y semi-dogmática, ya que su discurso aplicativo desemboca sólo en parte en sugerencias de puesta en aplicación. Cuando André Tunc (1917-1999) comparaba el derecho de las sociedades en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, no pretendía ni enriquecer la elaboración del derecho anglo-americano, lo que se da por sentado, ni aún proporcionar argumentos para utilizarlos ante el juez francés. Su propósito era describir, de la manera mas exacta posible, el derecho positivo de los tres países (apoyándose en lo que habían escrito los dogmáticos en cada uno de ellos) con el fin de extraer una visión jurídica, convergente o divergente, del capitalismo. Pero se entiende que esta visión desemboca también en sugerencias, como la de traspasar en Francia las soluciones extranjeras deseadas: es lo que hizo con sus escritos sobre la *Securities and Exchange Commission*, que sin duda influyeron en el origen de la creación de la Comisión de operaciones de bolsa. Expulsado lo natural, vuelve con nuevos bríos: el dogmatismo nunca abandona completamente el espíritu del jurista.

En suma, es raro que la ambición de los comparativistas sea exclusivamente especulativa, incluso si la comparación entre los derechos oscila permanentemente entre lo descriptivo y lo normativo. Se sacrifica un poco lo descriptivo en una búsqueda de información, una toma de distancia, incluso una subversión, aunque esta última no llegue muy lejos en Francia³⁴⁹. Pero la actitud comparativista no olvida lo normativo, es

³⁴⁹ Sobre este tema, cf. H. Muir Watt, "La fonction subversive du droit comparé", RIDC 2000, p.503 s.s.

decir la armonización, incluso la unificación a menor o mayor escala, o simplemente el mejoramiento de ciertos aspectos del derecho positivo interno. Una cosa al menos es segura: la función misma del comparativista lo lleva a extender su campo de investigación. Lo hará en mayor o menor medida, dependiendo de si su aproximación al derecho comparado es por efracción o como especialista. Como mínimo, leerá obras extranjeras y cultivará amistades internacionales. Pero una concepción más extensa lo llevará a insertarse en múltiples redes internacionales, que son constituidas y mantenidas por diversas organizaciones internacionales (o nacionales con vocación internacional) y sus congresos, como la *Académie internationale de droit comparé* o la *American Society of Comparative Law*.

3º) Los teóricos del derecho

Este término es un poco vago. En cierto sentido, todo jurista de Facultad es un teórico, en oposición a los que lo acusan de serlo demasiado, es decir, los que ejercen el derecho. Pero algunos teorizan el derecho de una manera más general, con una cierta graduación, ya que se alejan más o menos del derecho positivo para aproximarse de lo que se llama teoría general del derecho, incluso filosofía del derecho (estas dos materias no tienen una frontera bien definida entre ellas).

Comencemos, como ejemplo, evocando algunas tesis notorias respectivamente consagradas a los estándares jurídicos en derecho administrativo (S. Rials), a los principios del derecho privado (Ph. Néau-Leduc) o al derecho espontáneo (P. Deumier). Son tesis de derecho positivo ya que implican una reflexión teórica (en este caso sobre el origen del derecho) que sobrepasa los particularismos nacionales e interesará a juristas extranjeros. Por lo mismo tampoco circunscribirán a su autor a alguna comunidad internacional. Forman por lo tanto parte, a pesar de su originalidad, de lo que se conoce clásicamente como doctrina.

Se cruza un límite cuando el autor ya no tiene como objetivo estudiar el derecho positivo, sino que reflexionar sobre el mismo. Esta frontera, por supuesto, carece de rigurosidad. Pero cualquiera puede ver que los ensayos de Josserand, Ripert o René Savatier, actualmente los del decano Carbonnier o los de Mme. Delmas-Marty (o al menos algunos de ellos) se inscriben grosso modo en esta definición. Estos trabajos, que son en cierta medida exportables, dan cuenta también de la doctrina o más bien se sitúan en su periferia.

Parecen ser mucho más generales los estudios que consideran el derecho positivo como mero punto de partida, haciéndolo objeto de breves revisiones, o que se consagran a los orígenes del derecho, a su objeto, su historia, sus métodos, sus relaciones con otras disciplinas, etc. En este sentido pueden citarse las obras de Gény o de Paul Roubier³⁵⁰, y, más cerca de nosotros, los trabajos de MM. Atias, Amselek o Troper. Dejamos aquí los límites de la doctrina, pero cruzamos las fronteras del país. Esto se hace aún más cierto en los trabajos puramente filosóficos, que tienen

³⁵⁰ Profesor en la Facultad de Derecho de Lyon, reinició la publicación des ADP en 1952 (interrumpida en 1940) y publicó, dentro de un obra importante, una *Théorie générale du droit (Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales)*, Sirey, 2ª ed.1951.

esencialmente como objetivo transponer al derecho las grandes corrientes de la filosofía³⁵¹.

En este campo existe sin lugar a dudas una comunidad internacional: dejando de lado raras y brillantes excepciones, los franceses, que “participan poco en los debates internacionales”³⁵², no forman parte de ella. Esta situación se explica por la historia de la disciplina –después de todo, la primera cátedra de filosofía del derecho data apenas de 1949: creada en la Facultad de derecho de Estrasburgo, fue atribuida a Michel Villey- y tal vez también a una cierta autarquía de los juristas franceses. Éstos no se expresan en inglés (aún cuando la mayoría de la producción de filosofía del derecho se redacta en este idioma) y prefieren la dogmática, como la practica habitualmente la escuela francesa: pero esta dogmática absorbe rápidamente toda su actividad... Sin embargo, hay que tener en cuenta una cierta evolución durante los dos últimos decenios, durante los cuales se vio desarrollarse a) clases de filosofía o de teoría del derecho; b) nuevas colecciones donde se realizo un importante trabajo de traducción; c) nuevas revistas: citemos, por ejemplo, la creación, en 1985, de *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*. Estas iniciativas favorecieron el surgimiento de una nueva generación de autores (sobre todo del lado de los publicistas). Pero solo se trata de un impulso, que ubica a Francia aun muy lejos del centro de gravedad de la comunidad internacional de los teóricos o filósofos del derecho,- en comparación con Estados Unidos³⁵³ y tal vez Alemania³⁵⁴.

En definitiva, la pertenencia a la doctrina se aleja en la medida que el autor internacionaliza (y también teoriza) su reflexión, es decir, en la medida en que se dirige a sus colegas de todas partes del mundo, y cada vez menos a los abogados de su país. La doctrina, en el fondo, esta hecha para quienes ejercen la profesión en el presente o a futuro, Pero estas aperturas transnacionales (y teóricas) la estimulan indirectamente, al aportarle nuevos elementos de reflexión.

CAPÍTULO 2

Las funciones de la doctrina.

Todo el mundo esta de acuerdo: la doctrina juega un rol de opinión - contrariamente al rol de decisión que pertenece al legislador o a los tribunales. Esta es incluso su primera labor y que cumple por definición, ya que la doctrina se presenta *ab initio* como el conjunto de las opiniones emitidas por los autores.

Pero la opinión doctrinaria sobre el derecho tiene un carácter *docto* que la diferencia de todas aquellas ordinariamente acogidas por una mayoría no iniciada. Sin

³⁵¹ Como un ejemplo característico de esta manera de pensar el derecho: A.Renaur y L.Sosoe, *Philosophie du droit*, PUF, 1^a ed., 1991.

³⁵² M.Troper, “Introduction”, in M.Troper y F.Michaut (sous la dir.), *L’enseignement de la philosophie du droit*, Bruylant & LGDJ, 1997, p.11.

³⁵³ Entre numerosas síntesis, cf. N.Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Claredon Press, 1995.

³⁵⁴ Cf. la presentación general de J.E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1996.

embargo, el conocimiento siempre confiere una cierta legitimidad. En nuestro caso y aunque se hable menos, esta beneficia tanto al objeto estudiado como a aquellos que lo tratan, tanto al derecho positivo como a la doctrina misma.

Estudiaremos la función de opinión (Sección 1) y la función de legitimación (Sección 2) ejercidas por la doctrina.

SECCIÓN 1 LA FUNCIÓN DE OPINIÓN.

La doctrina, según una idea generalmente admitida, se dedica a dos tareas: primero, a una presentación docta del derecho positivo y que tiene por fin *racionalizarlo*; segundo, a un examen crítico de este mismo derecho positivo y que esta destinado a apreciar su valor.

Intelectualmente, la presentación docta y el examen crítico corresponden a dos actitudes distintas y por lo tanto a géneros doctrinarios diferentes (como un ejemplo algo extremo, un gran tratado y un artículo de humor). Pero materialmente, puede ser que estas actitudes se encuentren en una misma obra o incluso que estén completamente unidas. La distinción no tiene entonces nada de absoluto. Y sobre todo no debe sustentar la ingenua idea que, por oposición al examen crítico, la tarea de presentación erudita tendría un carácter objetivo y descriptivo, limitándose el autor a constatar *lo que es*, entendiéndose el relato de las controversias pero sin tomar partido.

En realidad, según lo que hemos podido ver desde la época de Aubry y Rau, un tratado de derecho civil *agrega* al código civil, siendo el derecho civil una construcción a partir del código. En términos mas generales, la construcción de una materia jurídica a partir de elementos mas o menos difuminados es siempre una obra intelectual sustentada por la fuerza de una decisión respecto a la naturaleza jurídica de las instituciones, su área, los principios que deben gobernarlas, etc. De este modo, el rol de opinión se ejerce ya en este estado pero de manera mucho más discreta, a diferencia de un examen crítico reivindicado como tal.

Estudiaremos sucesivamente la presentación erudita del derecho positivo, que implica una opinión discreta (párrafo 1), y el examen crítico del derecho positivo, que reivindica una opinión (párrafo 2).

1. LA OPINIÓN DISCRETA: LA PRESENTACIÓN ERUDITA DEL DERECHO POSITIVO.

Esta presentación, por definición, se constituye en aval la ley que la doctrina cree conocer y aplicar de manera privilegiada. Esta presentación debe ser ordenada, puesto que los autores se esfuerzan en creer que los textos- y la jurisprudencia subsecuente- se encuentran sobre un orden más o menos escondido, que deben

descubrir y explicitar³⁵⁵. En realidad este supuesto orden no existe, sobre todo ahora con la inflación de leyes que provoca un desorden denunciado por lo autores. En caso semejante, la doctrina *inventa* un orden, no sin cierto merito....

La presentación ordenada del derecho positivo, ya perceptible en una simple monografía, se muestra con esplendor en el estado de síntesis ya que entonces pasa a ser sistémica; es decir, erigida en un sistema a la escala de lo que llamamos una *materia*. El autor que expone esta materia en su conjunto, redactando un tratado o un manual, realiza entonces una obra considerada doctrinaria por excelencia y en todo caso, la más difícil. En primer lugar, nos dedicaremos a ésta exponiendo los métodos de la doctrina para identificar las materias (A) y posteriormente ordenarlas (B).

A. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS MATERIAS

Aún en las áreas del derecho que se encuentran relativamente ordenadas por un código o por grandes leyes, éstas son en realidad una colección de soluciones a problemas específicos que no siguen una lógica evidente y única. Es deber de la doctrina entonces encontrar los hilos conductores, aquellos trazados por el legislador o que ella misma imagina. Este proceso lleva a la doctrina a *constituir* las materias en objetos intelectuales, antes de hacer un estudio global. Con este fin, la doctrina intenta definir un objeto común (1) a todas las soluciones difuminadas en los textos y la jurisprudencia, lo que tiende a aclarar y justificar su proceder. Pero se dedica también a la delicada tarea de separar, en lo posible de manera racional, las diferentes materias (2).

1) La búsqueda de un objeto común.

Este objeto puede ser definido por el legislador (a) facilitando la labor de la doctrina pero también puede serlo por la doctrina misma, en un trabajo que no se encuentra privado de dificultades (b).

a) El objeto moldeado por el legislador.

Con la llegada del derecho legislado, raramente la doctrina tiene la ocasión de dedicarse a un trabajo de prospectiva en relación con una materia nueva no reglamentada aun. Generalmente, la doctrina trabaja con material de origen legislativo por lo que no tiene dominio alguno sobre él y le es impuesto como un dato. Sin embargo, dentro de estos materiales aparecen conjuntos que el legislador ha implícita o explícitamente ordenado alrededor de un objeto específico: en casos semejantes, la ley define, no la materia misma que es una construcción erudita, pero al menos el

³⁵⁵ Ejemplo característico: La señora Frison-Roche, alegando por la admisión de un “derecho de la regulación” propia de los sectores de la electricidad y de las telecomunicaciones entiende que “por el número de textos, la rapidez de sus reformas, la obscuridad de su redacción y la imprevisibilidad de las decisiones de aplicación parecen impenetrables, incluso para los juristas. Estas apreciaciones son señaladas de manera frecuente. Pero podemos ver también, que por el momento, el sentido y la coherencia son sub-yacentes, que merecen y esperan ser revelados y reconstruidos” (“El derecho de la regulación”, *D.2001, Chron., primera colección, p.610.*)

corpus que va a servirle de sustento. Y la doctrina no tiene más remedio que constituir la materia que se le ha encargado.

La codificación constituye evidentemente el mejor ejemplo, aun cuando existan códigos desarmonicos, y por lo tanto indignos de ese nombre³⁵⁶. Dicho esto y después de la promulgación de cinco códigos napoleónicos, el legislador perdió la costumbre de globalizar desde un principio su actuar legislativo y siempre comienza su trabajo con una serie de leyes, en particular de leyes que se encuentran visiblemente relacionadas: las grandes leyes sociales, las leyes protectoras del consumidor.... La codificación vendrá mas tarde. Sin embargo, para la doctrina no es necesario este acontecimiento para comprender que una nueva materia esta por crearse y sacar la conclusión lógica de esto. Incluso, a veces basta con una sola ley para el nacimiento de una materia, en el sentido doctrinario del término: de este modo la *gran ley* del 13 de julio de 1930 sobre el seguro dio lugar a un célebre tratado de seguros (*el Picard y Besson*) aún antes de su transformación en el código de seguros. Pero la especificidad era ideal y este tipo de ley, como antaño las ordenanzas de Colbert, equivalían ya a un código.

El objeto alrededor del cual se ordena una materia puede ser extenso o restringido. El código civil, pensándolo bien, tiene un objeto más bien vago: regular las relaciones entre las personas privadas... Pero estas subdivisiones (que, dicho sea de paso, son la obra de la doctrina anterior más que del codificador) desembocan en ramas bien definidas, relacionadas por un espíritu común y por múltiples conexiones. Es cierto que a estas subdivisiones de origen los autores suelen preferir un plan que estiman más racional o que, menos científicamente, corresponde a los programas de enseñanza. De todos modos, lo esencial es que nos encontramos en presencia de un sistema deseado por el legislador. Por su parte, menos sistémicos, otros códigos tienen un objeto muy preciso: reprimir los actos antisociales mas graves, organizar el desarrollo de un proceso, percibir impuestos... La doctrina sólo tiene que tomar el acto,- y especializarse.

A lo más constataremos algunas diferencias significativas en la terminología utilizada. Los profesores-autores, antes de hablar de *derecho civil*, de *derecho penal* o de *derecho del trabajo*, enseñaban y comentaban “el código napoleón”, “las leyes criminales” y “la legislación industrial”. Esta diferencia de lenguaje corresponde, en gran medida, a dos etapas sucesivas en la elaboración doctrinaria: análisis de textos y síntesis después. En efecto, el uso de la palabra “derecho” para señalar sintéticamente una materia parece indicar que ésta ha adquirido su madurez y el derecho a ser citado entre los juristas: ya no es considerada como una simple colección de reglas presentando un interés variable, sino como un objeto plausible de construcción erudita.

³⁵⁶ Ocurre también que la constitución de un *verdadero* código empobrece el trabajo doctrinario en vez de estimularlo: fue el caso del derecho internacional privado después de 1804. En vez de crear teorías para estructurar la materia, la doctrina se limitó a la exégesis de algunos artículos que el código civil dedicaba al derecho internacional privado. De este modo, la doctrina fue eclipsada en la mayor parte del siglo XIX para renacer después de 1900 pero como aval de la jurisprudencia, lo que constituía una novedad para los internacionalistas acostumbrados a trabajar junto con el derecho positivo.-Sobre este tema, Laine A., “Introduction”, *Revue de droit international privé et droit penal international*, t. primero, 1905, p.1 y el homenaje característico de Lerebours-Pigeonniere a Niboyet: “L’oeuvre de J.-P.Niboyet”, *Rev.crit. DIP* 1952, esP.p.409 y 410.

El indicio, a decir verdad, no siempre tiene un valor probatorio: en nuestros días aun se duda entre “procedimiento civil” y “derecho judicial privado”, aun cuando hace mucho tiempo que la materia dejó de ser considerada como una colección de resquicios legales para escurrizos y, por el contrario, grandes juristas le han reconocido toda su nobleza...

Los códigos, que en principio le abren la puerta a las construcciones doctrinarias, también pueden ser engañosos. El ejemplo más conocido es el del código de comercio de 1807, cuyo contenido solo correspondió a una parte del derecho comercial. Originalmente incluso, el código no trataba completamente la materia, a pesar de la calidad de su estructuración. Y la situación solo se agravó: los efectos de comercio provenían de una ley uniforme y las sociedades anónimas de la gran ley del 24 de julio de 1867, modernizada por la del 24 de julio de 1966... Se encontraban en ese código algunos contratos, mientras que otros figuraban en el código civil, separación que- volveremos sobre el tema- no siempre es pertinente. Pero este desorden legislativo dejó a la doctrina (en general más práctica que universitaria, a lo menos al final del siglo XIX) una mayor libertad para moldear por si misma los objetos de estudio³⁵⁷. Y no perdió esta libertad con el nuevo código de comercio proveniente de la ordenanza del 18 de septiembre 2000, que como la precedente, no logró limitar su objeto³⁵⁸.

b) El objeto moldeado por la doctrina.

En estos casos, la doctrina construye un objeto de estudio reagrupando materiales legislativos o jurisprudenciales que se encuentran relacionados por un parentesco más o menos lejano y una coherencia más deseable que efectiva. Los autores proceden de este modo por razones que pueden ser muy abstractas o, por el contrario, muy concretas a no ser que se encuentren a medio camino entre dos métodos. Comencemos por el caso más común, que nos lleva al sector de comercio y a las diferentes maneras de aprehenderlo.

1. A pesar de los códigos mal redactados, no puede negarse que el objeto “derecho comercial” existe, aún imperfectamente, en la ley misma. Incluso ciertos contratos o mejor aun, ciertas operaciones, del sector comercial solo tienen una vaga relación con el tronco común del derecho comercial. Los arrendamientos comerciales por ejemplo, no pertenecen al mismo universo que los arrendamientos rurales o de habitación, del mismo modo que los contratos bancarios son de gran especialidad, etc. Pero otros contratos, como aquel de venta, conservan lazos mucho más estrechos con el “viejo” derecho civil. Aparte de los problemas de fronteras de los cuales hablaremos, ¿Cómo constituir el derecho comercial en estas condiciones? ¿Según la calidad del actor o según la naturaleza del hecho realizado? ¿Derecho de comercio o derecho de los comerciantes? Estas delicadas discusiones sobre la comercialidad, a veces similares a un juego de espejos, impiden la difícil unidad de la materia, abren la puerta a una

³⁵⁷ Sobre la evolución de la actitud doctrinaria respecto al código de comercio, Hilaire J., *Introduction historique au droit comercial*, PUF, primera ed., 1986, p.122 s.s.

³⁵⁸ En este sentido, en particular, Bureau D. y Molfessis N., “Le nouveau code de commerce ? Une mystification », *D.2001, Cron.*, p.361 s.s., espec. I.

pluralidad de objetos doctrinarios, a subdivisiones variables e incluso a la construcción de otros reagrupamientos.

Es de este modo que recientemente aparecieron otras maneras de aprehender la disciplina como el “derecho de empresa”, el “derecho de los negocios” o el “derecho económico”. El derecho de la empresa gira siempre alrededor de un centro muy desconocido por los manuales del derecho comercial, el derecho de los negocios dinamiza la parte no contenciosa de este derecho, el derecho económico reagrupa los modos estáticos y privados de regulación del mercado (lo que hace que algunos comiencen a hablar de un “derecho del mercado”), etc. Más largamente, la renovación de la forma de percibir una disciplina puede ser el origen de la creación de nuevas subdivisiones. Así, el derecho de lo contencioso constitucional nació del ascenso al poder de la jurisprudencia del Consejo constitucional desde los años 1970, pero también de la voluntad de una parte de la doctrina de ampararse del control constitucional de leyes para excluir el derecho constitucional de la esfera política y hacer de él un derecho como tal³⁵⁹: el proceso es similar al del derecho administrativo en el siglo XIX, que se creó a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto, hay que señalar que los administrativistas no tenían la ambición de colocar al derecho administrativo sobre todas las demás ramas del derecho.

Finalmente, Europa dio lugar para nuevas subdivisiones: el derecho comercial europeo, el derecho europeo de la competencia (ya que hay también un derecho interno de la competencia que la doctrina comenzó a construir a partir de la ordenanza del 1 de diciembre de 1986), el derecho social europeo y mañana tal vez el derecho internacional privado comunitario³⁶⁰.

Actualmente sin embargo, han aparecido otros tipos de reagrupamientos. Por un lado, algunos vienen de un proceder muy funcional y por el otro, de un proceder más abstracto.

2. Los recortes funcionales encuentran su lugar predilecto con la hipertrofia del derecho penal, del cual siempre se dijo, no sin exageración, que más que un derecho era la sanción de todos los otros: a partir de allí, algunos autores juiciosamente exploraron materias nuevas como el derecho penal de los negocios, del trabajo o de lo inmobiliario. Pero otros autores atribuyen al derecho penal una diáspora demasiado artificial (en rigor, existiría un derecho penal de cada actividad: incluso hemos llegado a hablar de un “derecho penal de la bioética”).

En sí mismo, el método no tiene nada de criticable: quien crea una materia a partir de un sector de actividad bien determinado lo hace con una perspectiva muy concreta y, la mayoría de las veces, con la intención de llegar a un lector bastante definido (los miembros de algunas profesiones o juristas especializados). Vemos así

³⁵⁹ Sobre este tema, en una perspectiva crítica, Francois B., “La constitution du droit? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique” en CURAPP&CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p.210 s.s.

³⁶⁰ Al respecto, “Le droit international privé communautaire: émergence et incidences” coloquio de Toulouse del 22 de marzo 2002, *Petites Affiches*, 12 de diciembre 2002, n° 248.

aparecer, y muy legítimamente, el derecho de la distribución (que debe mucho al trabajo doctrinario realizado por Jean-Marc Mousseron a partir de los años 1970), el derecho de los transportes, el derecho aeronáutico y espacial. Pero el derecho del vino, del perfume o de la droga genera mayor perplejidad... Del mismo modo, cada uno ve de inmediato el interés práctico de reagrupar bajo el nombre de fiscalía inmobiliaria una parte del registro, de la T.V.A., de la I.S.F., las imposición de las rentas rústicas, las utilidades de la construcción, etc. Pero aún si el legislador que instituye o reforma un impuesto toma en consideración la existencia de otros impuestos (para evitar a la vez el sobre impuesto y la evasión fiscal), no es ideal que la fiscalía inmobiliaria constituya en si misma un complejo animado por un espíritu común. La construcción es en un principio doctrinaria.

3. A la inversa, el proceder doctrinario puede ser demasiado abstracto. ¿ El “derecho de la regulación” al cual aspiran algunos autores³⁶¹ y que instituyó una nueva manera de gobernar (conocido en Estados Unidos desde el *New Deal*), tiene otra forma además de la reflexión político-económica? Y el derecho procedimental que quería expresar y realizar la síntesis de todos los procesos (civiles, penales, administrativos) parece haber tenido una vida intermitente: nacido en los años 1960 como materia de enseñanza (de una gran dificultad para los estudiantes y para el profesor mismo), esta disciplina le debía mucho a las teorías eruditas de Motulsky y conoció un largo eclipse después de la muerte de éste, pero parece ser que hoy día renace bajo la influencia de la Corte europea de los derechos del hombre...³⁶²

En la mayoría de los casos, estas materias nuevas no nacieron inmediatamente como un tratado o manual. En la práctica, el especialista comenzó por crear una cátedra en la facultad para un diplomado especializado, impartiendo este curso por varios años. De hecho, no existe un test más decidor. Si, como se dice en el teatro, esta cátedra pasa la prueba frente a los estudiantes significa que la materia esta provista, sea cual sea la razón, de un suficiente grado de pertinencia. Puede entonces admitirse que los objetos creados por la doctrina, aún cuando padezcan de una cierta arbitrariedad, no se deben únicamente al mero capricho de una elección personal.

Esta constatación sigue siendo valida en lo concerniente a la separación entre materias vecinas.

2) La separación entre las materias.

Esta separación es, a los ojos de los estudiantes y de los operadores del derecho, una necesidad pedagógica (a). Pero no se realiza sin artificios (b).

a) La necesidad de la separación.

La pedagogía consiste, en gran medida, en separar por el pensamiento lo que en la realidad esta indisolublemente unido. En esto, los profesores siguen los consejos

³⁶¹ De manera general, Terre F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, sexta ed., 2003, n° 305.

³⁶² Cf. en particular, S.Guinchard y *alii*, *Droit processuel-Droit comun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2° ed., 2003.

de Descartes el cual recomendaba la división de la dificultad en una serie de problemas simples para enseguida resolver uno después del otro.

En materia de derecho, los ejemplos de este proceder abundan. Así el seguro es por definición un accesorio, al menos económico y lo más común jurídico, de una obligación llamada de base o principal. De este modo, en la vida concreta del derecho no existe jamás una caución sin obligación. Sin embargo, el derecho de las obligaciones y aquel de los seguros son de una complejidad tal que nadie concibe su estudio conjunto, teniendo cada uno de ellos una gran cantidad de reglas y un objeto bastante específico.

Del mismo modo, el fallecimiento de una persona casada obliga a liquidar primero su régimen matrimonial (la comunidad, en la mayoría de los casos) y posteriormente determinar que bienes forman parte de su sucesión. Después de ello, procede la liquidación de la sucesión tanto respecto a los acreedores como del, o más bien los, potenciales herederos. En la práctica, las dos operaciones se realizan al mismo tiempo y con posibles interferencias, pero de manera separada. Con mayor razón conviene estudiar de manera separada, en una cátedra o en manuales, el derecho de los regímenes matrimoniales y aquel de las sucesiones ya que, como en el caso de las obligaciones y de los seguros, las dos materias obedecen a una inspiración y a técnicas distintas. Sin embargo, existen puntos comunes en lo concerniente a las reglas de partición que se encuentran en la regulación de las sociedades, aún cuando éstas constituyan un universo diferente. De no existir separación entre materias, los autores se repetirían entre si a menos que prefirieran enseñar remitiendo a los estudiantes a la cátedra de su colega, siendo esencial, en dicho caso, que los estudiantes y usuarios supieran donde encontrar la respuesta a la pregunta planteada.

En los países del *common law* la enseñanza privilegia el método casuístico: los casos, que el profesor toma recurrentemente de las decisiones de las jurisdicciones superiores, son largamente desarrollados en su singularidad fáctica y en su contexto procesal ante un público restringido de estudiantes que participa de manera activa en la investigación de soluciones y medios para lograrla. Pero si bien deliberadamente fundada sobre una “falta de síntesis”³⁶³, esta manera de concebir la enseñanza del derecho no impide que las diferentes materias sean objeto de un recorte pedagógico y bastante clásico, puesto que es de una innegable necesidad (que incluso los “realistas” no han logrado poner en duda). Esta necesidad se hace presente aún en las facultades de derecho francesas donde la tradición doctrinaria y la gran cantidad de estudiantes, solo permiten esbozar una pálida imitación del método casuístico con los trabajos dirigidos: la enseñanza del derecho en las escuelas de comercio toma mucho de este método, a lo menos desde los inicios de los años 1960³⁶⁴.

³⁶³ Grosswald Curran V., “L’enseignement du droit aux Etats-Unis: un reflet oblique de la methodologie “common-law””, *RRJ* 1998, p.1546.

³⁶⁴ Beaucourt Cl., “Libertés et contraintes de la “methode des cas” dans son application au droit francais des affaires” *Aspect contemporains du droit des affaires et de l’entreprise, Études a la memoire du Doyen Pierre Azard*, Cujas, p.13sq.

Si la separación de las materias sigue siendo indispensable esta división no deja de ser artificiosa.

b) Artificios de la separación.

Cuestión tan clásica como mal resuelta: ¿Donde hay que ubicar el estudio de la sociedad civil? Ciertamente no en el estudio de los contratos civiles, aún cuando teóricamente sea uno, ya que la sociedad es mucho más que eso y es perfectamente incongruente en medio del mutuo, del depósito y del arrendamiento de obras. Es con las sociedades comerciales que tiene mayores afinidades, pero es imposible ubicarla en un tratado de derecho comercial. Y una monografía dedicada a las sociedades en general solo resolvería en apariencia la dificultad, ya que de todas formas habría una ruptura de tono respecto de la sociedad anónima y en la S.A.R.L.: el espíritu no es el mismo. La sociedad civil no se ubicaría mejor con la asociación en alguna monografía relativa a los agrupamientos civiles. ¿Pero, porqué no se puede ubicar en un tratado de derecho civil soluciones similares al huevo de Colón? Es porque los planes y los programas, tal como fueron concebidos hace ya mucho tiempo, no permiten encontrarle ninguna ubicación plausible: la unión con el derecho de las personas en el capítulo de las personas morales aún parece artificial. En breve, esta doncella en desgracia subraya la arbitrariedad de nuestras habituales fronteras pedagógicas. ¿No es evidente acaso, que recibirá un trato diferente según la calidad de civilista o comercialista del autor? Para terminar, la sociedad civil solo es tema de monografías que se dedican a ella de manera exclusiva...

No es este sino un ejemplo, bastante extremo. Pero encontraremos otros, un poco menos problemáticos, volviendo a la distinción ya señalada de los contratos civiles y comerciales. Asimismo, ésta se justifica en lo concerniente a los arriendos, mientras que se vuelve arbitraria para la venta, el mandato, la prenda o la caución: así la venta comercial solo es un caso particular, pero el más conocido, de venta mobiliaria y todos sabemos que la parte de un tratado de derecho civil consagrada a la venta siempre cita numerosos fallos de la Cámara comercial... Es que en realidad pueden concebirse muchas divisiones: según los programas universitarios, según los potenciales lectores, según si se adopta o no la óptica de la empresa, etc. Un proceder más intelectual llevaría incluso a distinguir entre las reglas generales y las reglas particulares en el sector de comercio: sin duda esclarecería con más exactitud, pero no tendría ningún carácter funcional y, a lo más, sería conveniente para un artículo de reflexión general.

Evidentemente, no se diría lo mismo respecto al procedimiento, bastante útil, que lleva a constituir materias como el derecho de la empresa o el derecho económico. Pero el manejo de estas nociones es delicado y sus fronteras aun inciertas: los autores no evitan sin embargo, explicarse con toda honestidad.

De manera general, el autor que define un nuevo objeto para una nueva materia actúa (dejando de lado las estrategias de carrera) ya sea en función de una idea que supone intelectualmente fecunda, ya sea de manera más banal por motivos prácticos en consideración a una actividad determinada. Ahora, el tratamiento doctrinario de la

materia variará según el tipo de reagrupación adoptada, mientras que en realidad así descompuesto o recompuesto -el derecho positivo, al fin de cuentas- permanece en principio igual. Al fin y al cabo ¿estamos bien seguros? Las materias corresponden en parte a la realidad y en parte a una visión del espíritu, visión erudita pero deformadora. El artificio de todos modos, afecta menos al centro de la materia que sus confines.

B. LA PUESTA EN ORDEN DE LAS MATERIAS.

Esta puesta en orden no incluye tres fases sino tres modalidades principales que se complementan y pueden ejecutarse de una manera más o menos simultánea, pero que contribuyen conjunta y poderosamente a la “inflación de la generalidad”³⁶⁵ del derecho por la doctrina: la técnica del plan (1), la búsqueda de principios³⁶⁶ (2) y la confección de lo que llamamos las teorías generales (3).

1) La técnica del plan.

Al igual que la pedagogía que se obliga a separar las materias entre ellas, del mismo modo la técnica del plan introduce separaciones al interior de cada materia: se trata siempre de dividir hasta llegar al átomo del derecho y de la dificultad. De este modo, el plan es por naturaleza una necesidad pedagógica y una herramienta utilizada por los estudiantes, los investigadores y los litigantes. Pero se ha transformado, por destinación en cierta medida, en un pilar del método doctrinario siendo el modo privilegiado de presentación de la síntesis y de los principios extraídos de dicho trabajo.

Los juristas franceses del siglo XX llevaron la técnica del plan -técnica de tradición reciente, ya lo hemos visto- a un grado de perfección escasamente logrado y fácilmente perceptible al leer cualquier tratado elegido al azar: los títulos prístinos que corresponden a una lógica igualmente simple, de manera que el lector sepa inmediatamente donde pretende llevarlo el autor; un contenido que corresponde rigurosamente a lo anunciado en el título sin faltar ni agregar nada; una escrupulosa concordancia entre el plan general y aquel de las subdivisiones sucesivas, de manera que un hilo conductor une el conjunto del discurso: un plan que divide realmente el tema no autoriza ninguna violación de la frontera trazada; finalmente, o más bien para comenzar, los anuncios del plan que, eventualmente, pueden ser también justificaciones (cuando el plan no se justifica a si mismo por el clasicismo de su formulación).

La observación demuestra que la mayor virtud de la doctrina francesa es su humildad: los autores jamás tienen miedo de parecer escolares, no temen la oscuridad y la afectación. Por sobre todo, desconfían del plan supuestamente maestro, cuya característica es brillar y no esclarecer, mostrarse sin mostrar nada. Las bellas fórmulas no hacen hermosos planes. Cuando Bartolo señalaba que el derecho romano se aplicaba no por la razón del Imperio, pero por el imperio de la razón sus palabras

³⁶⁵ Francois B., “Du juridictionnel au juridique”, in CURAPP, *Droit et politique*, PUF, 1993, p.201.

³⁶⁶ Libchaber R., “Le juriste et ses objets”, *Enquete*, 1998, p.253.

fueron admirablemente dichas, pero el autor que utilice ese plan para tratar la influencia romanista sobre el Antiguo derecho corre hacia la catástrofe,- su primera parte seria bastante corta una vez que se recuerde que el imperio romano, efectivamente, ha desaparecido... Del mismo modo, respondiendo por su *Misère de la philosophie* a la *Philosophie de la misère* publicada por Proudhon (el socialista,-no el jurista), Marx actuó como un polémico y no como un pedagogo. Salvo raras excepciones, el plan cuyas partes principales son el desarrollo de posiciones contrapuestas, presenta el triple inconveniente de a) no dividir realmente el tema, algunos desarrollos pueden encontrar lugar en una u otra de las partes; b) no guiar al lector, el cual se siente perdido y menos inteligente que el inventor de estos elaborados títulos; c) dejar fuera del tema cuestiones cuyo único inconveniente es que no se ajustan al plan. Este modelo de plan es entonces lo más *antidoctrinario* posible.

Por el contrario, el buen plan tiene la gracia de no ser sólo pedagógico sino también clasificatorio. Los autores lo usan para clasificar instituciones en géneros y en especies, fundándose en uno de los más rigurosos análisis jurídicos. El plan que se fundamenta en una *tesis*, discutible por definición, se prestara a si mismo para una contestación. La doctrina busca entonces criterios seguros. Un ejemplo de la distinción entre la venta, que supone un precio, y la donación, que no implica ninguno: el criterio es seguro y poco importa que la donación con cargas sea un problema si la distinción permite resolverlo en lugar de explotar en contacto con él.

Siguiendo esta forma, el plan doctrinario logra ser científico, -a lo menos ahí donde la doctrina se define a si misma como ciencia. Además, no se limita, en principio, a un puro inventario. El inventario tiene ciertamente grandes méritos ahí donde reina el desorden y la primera tarea es nombrarlo y ordenarlo. Pero esta nominación no es una explicación. Hay, en general, muchas maneras de inventariar determinados contenidos que siguen lógicas diferentes. Los autores buscarán entonces aquella que sea más operacional y que esclarezca mejor la dinámica de la institución estudiada para llegar, mas allá del inventario, a un plan dinámico por si mismo. Lo logran en la medida de lo posible, puesto que algunos aspectos de la cuestión serán eternos rebeldes. En general, el plan-inventario no es más que una etapa transitoria: puede aparecer en una primera versión propuesta por el candidato a doctor y rechazada por su director de tesis....

A diferencia del plan de agregación que es una elegante escuela para la redacción de textos cortos pero sin superar ese límite, el plan de un tratado o de una tesis casi siempre tienen el mayor valor científico posible *respecto del tema* abordado. Si los planos de manuales diferentes que tratan de una misma materia se parecen, no es por imitación, sino porque dicho plan es el que mejor se ajusta a la materia. Por gusto, los profesores preferirían un plan original, pero aquel que intenta estrenar un plan en su cátedra suele verse obligado a dar marcha atrás: el nuevo plan sería, en efecto, deformador. O más bien, ya que casi no hay división intelectual que no deforme en algo la vida real, el nuevo plan puede ser mucho más deformante que el clásicamente utilizado. Por otro lado, la pedagogía tiene sus leyes que imponen un cierto orden de exposición (no tratar los efectos antes de las condiciones, etc.) y que no se transgreden impunemente.

Obviamente, toda medalla tiene su revés y todo plan su cuota de artificio, comúnmente reducida pero a veces preocupante³⁶⁷. Esto es porque las realidades humanas- siendo una de ellas el derecho a la vez estratificada, fecunda y evolutiva- por definición, no pueden insertarse en un plan racional sin dificultad. Lo que William Boyd escribió para los mapas geográficos vale también para los planes de los juristas: “Sacó su mapa de su bolsillo y lo extendió sobre el suelo. G.se dice que los mapas deberían estar proscritos. Ellos conferirían al mundo un orden y un sentido que no poseían . “Palmerales”, indicaban unas largas letras. La palabra sonaba agradable, descansada. No daba ninguna indicación del inextricable encabestramiento de las malezas y de lo árboles cortados entre los cuales se había forzado un pasaje al mediodía”³⁶⁸. Del mismo modo, debemos cuidarnos de creer que el plan fotografía la realidad del derecho. En realidad la reconstruye, la transfigura y la deforma tratando- dogmática incluida- de presentarla de la manera más coherente posible: en el mejor de los casos, esta deformación solo afectará los confines de las subdivisiones conservadas...

Dicho esto, Kant demostró de una vez por todas que el espíritu humano actúa siempre así: con o sin plan. Y de todas formas, sin duda es mejor que sea con el auxilio de esta preciosa técnica, es a lo menos lo que estima una doctrina francesa fiel a su cultura del plan y orgullosa de los resultados que ha obtenido de este modo.

2) La búsqueda de principios.

La noción de principios provoca considerables dificultades que no sabríamos abordar en este punto. Para las necesidades de nuestro tema basta señalar, bajo riesgo de simplificar ultrajosamente, que el principio es una regla más general que otras y que por consecuencia gobierna reglas particulares ubicadas en un escalafón menor de normatividad.

Nadie ha ilustrado esta idea con mayor claridad que Jean Boulanger³⁶⁹. Se dicta una simple regla, señalaba él, cuando se decide que el hijo póstumo heredará al padre aún si no ha nacido al momento de la muerte de éste: regla muy particular en efecto, que dictó el legislador movido por una evidente preocupación de equidad. Pero se formula un principio (y es la doctrina quien lo formula) si se admite que de manera general y para una serie indefinida de casos futuros, el hijo concebido será asimilado a un *hijo ya nacido* cuando se cauciona su interés propio. La regla de derecho sucesorio aparece entonces como una aplicación particular de este principio general, que puede tener otras aplicaciones (por ejemplo, en materia de filiación), pero también excepciones (como el caso del aborto ilícito). Al mismo tiempo, notamos el evidente parentesco entre la búsqueda del principio y la técnica del plan, ya que al igual que el principio que gobierna la materia, el plan gobierna la exposición de ésta. El descubrimiento de uno ayuda también al descubrimiento del otro.

³⁶⁷ Vivant M., “Le plan en deux parties, ou l’arpentage considerée comme un art”, *Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX siècle*, Litec, 2001, p.969 s.s.

³⁶⁸ Boyd W., *Comme neige au soleil*, Seuil.1995,trad.Besse Ch., p.202.

³⁶⁹ Boulanger J., “Principes généraux de droit et droit positif”, *Le droit privé français au milieu du XX siècle, Études offertes à G.Ripert*, LGDJ, 1950, t.1,p.51 s.s.

Con el ejemplo de Boulanger vemos también que los principios se encuentran en todas las esferas de nuestro derecho y no solo en las más elevadas (principios fundamentales reconocidos por la ley de la República, principios generales del derecho, etc.). En verdad, los principios son más o menos generales. Por ejemplo: si algunos dominan todo el derecho de los contratos (aquel que se deduce del artículo 1134 del código civil), otros solo se especializan en algunos de ellos (la garantía de los vicios, la transferencia de propiedad *solo consensu*), incluso en un solo contrato como la venta. Siguiendo nuestro descenso hacia el pie de la escalera, encontraremos principios que se aplican a toda la venta, después otros aplicables sólo a las ventas inmobiliarias, a las ventas de cosas futuras, etc. Es entonces necesario evitar tomar literalmente esta proliferación de adjetivos que definen a los principios como fundadores, directores, generales, fundamentales, etc. En este caso, solo es relevante una cierta manera de ordenar el derecho jerarquizándolo.

De esta forma, Aubry y Rau han dado ejemplos emblemáticos. Así, algunas soluciones particulares del código civil, como la repetición del pago indebido, les parece fundarse sobre el principio general sub-entendido que impide el enriquecimiento en detrimento de otro. ¿Era sub-entendido para los redactores del código o solamente para Aubry y Rau? La respuesta a esta maliciosa pregunta dependería de un estudio histórico o tal vez psicoanalítico... Ya que en verdad, este principio extraído del caso particular es históricamente posterior al código civil a pesar de la etimología que pretende que el principio sea, en realidad, *primero*. Pero lo importante aquí es que la Corte de casación ha interiorizado el razonamiento y proclamado el principio, lo que permite aplicarlo en casos muy diversos que el código de Aubry y Rau no había previsto (por ejemplo las liquidaciones entre concubinos).

Y lo que hay que retener, es el doble proceder idealmente ordenadora de nuestro derecho: primeramente inductivo (del caso concreto nos remontamos al principio abstracto), después deductivo (del principio descendemos hacia otras soluciones de casos concretos). Aubry y Rau lo aplicaron seguido, por ejemplo, en el derecho de las retenciones. Pero todos los juristas franceses proceden de la misma forma, comenzando por Domat y Pothier, y continuando por los exegetas, aun cuando fueran menos audaces que Aubry y Rau (Toullier y Proudhon se esforzaban en ello). Hoy en día, y desde hace más de un siglo, la búsqueda de los principios constituye la base misma de la obra realizada por la doctrina francesa. La doctrina extrae los principios de la ley o de la jurisprudencia y no cesa de combinarlos entre sí. Por otra parte, cuando una solución particular contradice un principio, se genera un fecundo fenómeno que lleva a precisar la *ratio* del principio y aquel de la norma aparentemente rebelde, para deducir una diferencia de objetivo y de ámbito. Así, la doctrina reabsorbe las contradicciones gracias a una gran subtilidad de análisis y *in fine* asegura una presentación coherente del derecho positivo.

La búsqueda de principios, como la técnica del plan, es el fundamento de los mayores logros de la doctrina francesa. Pero como ella, y por razones semejantes, tiene también inconvenientes: el procedimiento le confiere al derecho una racionalidad más aparente que real; reabsorbe con más o menos artificio las contradicciones que el hombre de la calle podría, no sin razón, encontrar chocantes; termina por crear jerarquías cuya existencia misma parece contestable; proclama, bajo el nombre

particularmente gratificante de principio, soluciones más afirmadas que demostradas; implica el riesgo de abandonar en el camino ciertos matices que afectarían la pureza de la construcción que de todas formas; y para decirlo todo, produce el efecto, notable pero inquietante, de cerrar el sistema sobre si mismo.

Así, algunos autores intentaron apartarse: Hauriou (cayó en la complicación); Saleilles (que no pudo escribir la síntesis que sus contemporáneos esperaban de él); Demogue (tildado de anarquista por Geny, quien salió de su habitual moderación para hacerlo)... Al exceder este debate nuestro propósito, nos limitaremos a señalar que la aplastante mayoría de la doctrina francesa prefirió cortar en seco el asunto sin ceder a las eventuales críticas demostrando, una vez más, su profunda homogeneidad.

3) La confección de las teorías generales

Buscaríamos en vano en la doctrina francesa un manifiesto proclamando y desarrollando la idea que ésta tiene por misión la extracción de principios y *en fine* la edificación de “teorías generales”. Pero numerosos autores (empezando por Henri Capitant y Planiol³⁷⁰) encontraron la ocasión de expresar incidentalmente esta convicción y todos se esmeran en justificarla. Sin embargo, podemos cómodamente contradecirla, siempre bajo la condición de no adherir a las teorías que son usualmente designadas como generales (la “teoría general del contrato” por ejemplo) que no son muy numerosas. Pero en realidad, y al igual que los principios, las teorías generales son omni-presentes en la obra doctrinaria, aún cuando los autores no siempre las nombren de ese modo. Según el caso, llevan el nombre de “teorías” sin más, de “construcciones jurídicas” (expresión que encontramos en Saleilles y algo más tarde en Max Weber³⁷¹) o “sistemas” (en Rivero obviamente³⁷² y también en M.Legendre³⁷³). En los hechos, todo concepto nuevo (o extraído de su contexto habitual) que utiliza la ley o la jurisprudencia, son material inmediato para la teorización, de manera que las teorías, definidas o no como generales, aparecen por todos lados e incluso respecto a temas bastante restringidos. Así, desde la votación de la célebre ley de primero de septiembre de 1948 sobre los arrendamientos los autores, Ripert a la cabeza, se han dedicado a teorizar el derecho de mantenimiento de la vivienda del arrendatario, el derecho de recuperación y la noción de ocupación de buena fe. Hecho esto, se conformaban con la implícita conducción de sus pares que le asignaban a la doctrina la misión de elaborar, lo que más convendría llamar, teorías jurídicas...

¿Qué es entonces una teoría jurídica o general? En substancia, un conjunto de definiciones y principios ordenados alrededor de un cierto objeto con el fin de explicar de manera coherente las soluciones positivas y guiar las soluciones futuras de casos

³⁷⁰ V. *supra*, p.152 s.s.

³⁷¹ Weber M, *Sociologie du droit*, PUF 1986, trad.Grosclaude J., p.41.

³⁷² Aún cuando éste hable también, y en un sentido equivalente de “estas teorías generales” que clarifican tal vez hasta el exceso, pero a partir de las cuales es posible entender el juego de matices y de abrazar, sin perderse, las complejidades de la jurisprudencia”: Rivero J., “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administrative”, EDCE 1995, p.36.

³⁷³ Legendre P., “La facture historique de systèmes, notations pour une histoire comparative du droit administratif français”, RIDC 1971, p.28, que habla de la “ciencia del derecho administrativo en su nivel más elevado, aquel de los hacedores de sistemas”.

particulares. El tríptico culpa-perjuicio-vínculo de causalidad constituye, sin lugar a dudas, el ejemplo más acabado: a partir de algunas palabras utilizadas por el legislador (y la palabra causalidad ni siquiera figura bajo ese nombre en el artículo 1382 del código civil) y apoyándose también en la jurisprudencia, la doctrina edificó una teoría notable por su fineza, amplitud y abstracción. Pero citemos también las teorías generales de la propiedad, del patrimonio, de los derechos reales, de la oponibilidad, del dominio público, de la función pública, de los conflictos de leyes, etc. Algunas teorías tienen un carácter prospectivo, antes que ellas penetren más o menos en el derecho positivo: la teoría del riesgo (no confundir con la teoría de los riesgos, que proviene del tipo clásico), la distinción de las obligaciones de medio y las de resultado... Pero a este respecto, estas teorías muestran una sugestión doctrinaria que será tratada más adelante. Estas teorías generales, y muchas otras, dieron una gloria merecida a la doctrina y no solo después del código civil.

Esta gloria alcanza su máxima expresión cuando una teoría es citada como si implícitamente revistiera la misma fuerza obligatoria de la ley o la jurisprudencia de la Asamblea plena de la Corte de casación. Ocurre lo mismo con la famosa teoría del patrimonio, de la pluma de Aubry y Rau, aún cuando esta teoría no logra clasificar a la perfección las soluciones particulares (como lo hicieron estos mismos autores, con la noción de enriquecimiento sin causa): en efecto, importantes disposiciones del derecho civil o del derecho comercial la contradicen abiertamente desde la época de Aubry y Rau agravándose dichas contradicciones con el curso del tiempo y no se ven formas de absorberlas sin artificios. La teoría pasó a ser un dogma y Gèny, al denunciar su excesiva abstracción, por una vez predicó en el desierto³⁷⁴.

Más cerca de nosotros, una tesis célebre ha desarrollado la idea, ya invocada por algunos lúcidos precursores³⁷⁵, que la “teoría general del contrato”, implícitamente considerada como derecho positivo, es en realidad una pura construcción doctrinaria que de todas formas no conduce a las mismas distorsiones que aquella del patrimonio, se requiere mucho para eso. “¿Mito o realidad?” se interroga el autor en el mismo título de su obra³⁷⁶. En realidad, todas las teorías jurídicas son mitos (en tanto que construcciones del espíritu), pero más o menos explicativas según el caso. Al lado opuesto de la teoría del patrimonio abstracta, rígida y bastante poco explicativa, encontramos las teorías dúctiles, maleables, evolutivas entre las cuales la de la falta constituye, sin dudas, el mejor ejemplo. Dicho esto, hay numerosos casos menos famosos donde la teoría explica bastante bien algunas soluciones, pero no logra conciliarse con otras. A veces incluso es necesario recurrir a dos teorías para dar cuenta de una misma noción: de la misma forma que la luz es ondulatoria y crepuscular, el nombre de las personas es a la vez una institución policial y un derecho subjetivo. Otro ejemplo: tal como es, el derecho real presta grandes servicios pero como lo señaló Ginossar³⁷⁷ después de Planiol, su noción no es ideal aún cuando

³⁷⁴ Geny F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^o ed., 1954, n 67 s.s.

³⁷⁵ V. por ej., Ghestin J., *La formation du contrat*, LGDJ, 3^o ed., 1993, prefacio.

³⁷⁶ Savaux E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, LGDJ, 1997,

³⁷⁷ Ginossar S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

permanezca dentro de nuestra propia racionalidad. Que podría decirse entonces si tomáramos el punto de vista de un *common law lawyer*.

De todas formas, nuestro propósito no es sopesar el mérito respectivo de las diferentes teorías: basta con señalar una vez más que el plan, los principios y las teorías forman parte de un mismo proceso de estructuración que es utilizado por la doctrina para llevar a cabo su obra de presentación erudita del derecho positivo.

□ 2 LA OPINIÓN REIVINDICADA: EL EXAMEN CRÍTICO DEL DERECHO POSITIVO.

Mientras se trate de una presentación erudita, la función de opinión es discreta y el autor desaparece ante su tema. De este modo, el contenido de la obra parece entonces eclipsar la personalidad del autor. Pero esto es completamente diferente cuando la opinión sobre el derecho es reivindicada como tal. El interés se desplaza entonces hacia aquel o aquellos que la reivindican.

Los autores franceses por temperamento y a causa de una tradición multiseccular, tienen métodos de trabajo individual e incluso individualistas, hasta el punto que se ha asimilado “la época de la gran doctrina” con la “búsqueda individual”³⁷⁸. Y el hecho que escriban en conjunto no cambia realmente las costumbres de los autores franceses: la colaboración, que sobretodo ocurre en la elaboración de tratados o manuales (los cuales hacen gala de presentación erudita más que de examen crítico), en general termina siendo un trabajo pluri-individual más que colectivo.

Pero en algunos casos nos alejamos parcialmente del modelo clásico, por ejemplo, algunos trabajos realizados en centros de estudio o *laboratorios* creados de buen grado por las facultades de derecho: aunque de manera tímida, la investigación colectiva se desarrolla sobretodo en sectores donde deben utilizarse una cantidad considerable de recursos, como puede ser el caso de estudios de derecho comparado o de investigaciones empíricas *en terreno*³⁷⁹.

Así, el examen crítico del derecho positivo utiliza recurrentemente formas de expresión individual(A). Pero hoy vemos nacer algunos modos de manifestación colectivos (B).

A. LOS MODOS DE EXPRESIÓN INDIVIDUAL.

El modo más conocido y el más específicamente doctrinario es la sugerencia del autor (1), manifestada particularmente en escritos, por naturaleza algo comprometido, como la tesis, el comentario de fallo o el artículo (además del repertorio). Pero sólo tiene un efecto limitado y el autor influirá más en el derecho

³⁷⁸ Alland D. y Beaud O., “*Ouverture: Dix ans de Droits*”, *Droits*, t. 20, 1994, p.4.

³⁷⁹ Sobre este tema, Favoreu L., “La recherche collective en droit”, *ibid*, p.149 s.s.

positivo si, gracias a la notoriedad adquirida, se le encarga un trabajo de experto institucional (2). Recordemos finalmente, para la memoria, que la doctrina no publicada de los autores, como el caso de sus informes en derecho, tienen también una influencia pero subterránea (3).

1) La sugerencia del autor.

Esta sugerencia esta determinada ya sea por la aparición de una situación nueva que obliga a cuestionar el derecho positivo, ya sea por una modificación de éste. En el primer caso será completamente prospectiva, pero en el segundo caso solo lo será en parte ya que el examen de la innovación lleva a preguntarse por el futuro de esta. En todo caso, el autor se dedica al examen crítico del derecho positivo, ya sea el derecho ya modificado o a modificar.

Semejante examen, hay que destacarlo, esta estrechamente relacionado con la presentación erudita de la que acabamos de hablar. En efecto, la crítica en el sentido que la entiende la doctrina (y este sentido no tiene nada que ver con una visión crítica del derecho, como aquella de Bourdieu por ejemplo) generalmente tendría por fin verificar la pertinencia de las innovaciones, hechas o a realizar, *en la óptica de la teoría general considerada como explicativa de la materia*: según el caso, la innovación armonizara con la teoría, será desaprobada a causa de incompatibilidad o será favorecida a pesar de esta incompatibilidad pero por otras razones que llevan al autor a esbozar una teoría nueva. Así, la real diferencia con la presentación erudita consiste aquí en que la doctrina no solo se constituye en aval de la ley -o de la jurisprudencia-, sino que también se ubica antes de una corrección, de una reforma, de un viraje o de una culminación solicitada de una manera menos implícita.

El procedimiento es omnipresente porque es inherente al trabajo doctrinario. Desde entonces los autores no se aíslan en la pura paráfrasis, la crítica se traspasa forzosamente a través de sus obras aún en la forma más discreta. El derecho erudito, en todo tiempo y lugar, genera innumerables críticas constructivas,- éstas con la gran ventaja de reforzar la autoridad de la doctrina al concretizarse. Basta que una sugerencia se integre al derecho positivo y ella tendrá un estatus envidiable de "predicción doctrinaria"³⁸⁰, un poco como una teoría física que consecutivamente recibirá su confirmación empírica... por lo que se comprende fácilmente el prestigio que logra su autor.

Pero la forma de expresión varia según los géneros doctrinarios. Más o menos alusivo- e incluso esparcido- que un tratado, la sugerencia constituye el objeto mismo de la tesis. En los términos de una tradición algo olvidada en nuestros días, pero que resurge a veces, el candidato a doctor terminaba su trabajo con *proposiciones de tesis*, es decir por algunos apartados bien marcados que resumirían sus ideas más fuertes. Eventualmente, cuando el tema se prestaba para ello, estas proposiciones tomaban la forma de enunciados normativos, sosteniendo el candidato a doctor que éstos reemplazarían ventajosamente a la ley en vigor. Actualmente, este tipo de sugerencias

³⁸⁰ Molfessis N., "Les prédictions doctrinales", *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Litec, PUF y Dalloz, 1999. p.141 s.s., esp. n 34 s.s.

aparecerían más bien en las conclusiones de artículos escritos por autores consolidados y que además han adquirido un gran conocimiento práctico del tema tratado.

El comentario de un fallo es también un importante lugar de sugerencia doctrinaria. Los autores a veces preconizan una reforma de los textos pero más recurrentemente el abandono de la jurisprudencia que critican al menos su flexibilización con el uso de fórmulas matizadas o por la puesta en práctica de un *distingo* nuevo. Numerosos comentarios se presentan como argumentaciones dirigidas, en buena medida, a la sugerencia final del autor.

La crítica combinada con la sugerencia es de un uso tan frecuente que hemos tenido la ocasión de citar varios ejemplos de casos donde la propuesta fue seguida de un efecto. Propositiones de Domat o de Pothier han pasado palabra por palabra al código civil. Aubry y Rau, así como Labbé, han sugerido a la Corte de casación, con el éxito conocido, de sancionar el enriquecimiento sin causa. Los mismos Aubry y Rau, relevados esta vez por el conjunto de sus colegas, realizaron una teoría del patrimonio centrada en algunos principios de base que la jurisprudencia francesa utiliza constantemente como apoyo de los más variados fallos. Gracias a la teoría del riesgo, que construyó inspirándose en algunas decisiones de la justicia hábilmente interpretadas, Saleilles preparó la introducción, por el fallo *Jeand'heur*, de una responsabilidad general por los hechos de las cosas. Y con un retraso de tres cuartos de siglo, su teoría del contrato de adhesión (que data de 1901) ha inspirado algunas formulas de la ley dicha *Scrivener* del 10 de enero de 1978, hoy integrada al código del consumo. En cuanto a Demogue, tuvo la idea, prontamente recogida por todos, de distinguir entre las obligaciones de medio y de resultado, etc. Más cerca de nosotros, el importante viraje jurisprudencial sobre la indeterminación del precio³⁸¹ fue largamente provocada por una serie de artículos críticos...

A veces hace falta mucho tiempo para que una idea se abra paso. Puede incluso caer en un relativo olvido antes de ser redescubierta al momento de un cambio jurisprudencial que parece consagrarla, pero sin que sepamos si realmente jugó un rol determinante o si solo se mencionó con posterioridad para dar una caución doctrinaria a la nueva solución: fue tal vez el caso para la idea, emitida hace aproximadamente 75 años por René Savatier, de admitir un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno, y consagrado por la Corte de casación en 1991 en el famoso fallo *Blieck*...³⁸² Pero con la aceleración de la historia, el paso de la sugerencia a la consagración positiva a veces se precipita, lo que tiende a probar una cierta influencia (siempre difícil de medir) de los autores sobre los decidores. Así, las tesis MM.Teyssie y Neret, respectivamente consagradas a los “grupos de contratos” y a los “sub-contratos”, tuvieron una fuerte repercusión en el mundo de los investigadores y a lo menos una gran difusión por osmosis. Ahora, algunas ideas han rápidamente caminado hasta la misma Corte de casación, de manera que el cronista de la *Révue*

³⁸¹ As.Plen. 1 diciembre 1995 (4 fallos), *Les grands arrêts jurisprudence civile*, 11 ed. por Terré F. y Lequette Y., Dalloz, 2000, t.2, n 151-154.

³⁸² Savatier R., “La responsabilité générale du fait de choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant una responsabilité générale du fait de personnes dont on doit répondre ?», *DH* 1933, Cron., p 81 s.s.

trimestrielle de droit civil pudo hablar, no sin humor, del fallo *Neret* y del fallo *Teyssie*³⁸³. Del mismo modo, pasaron menos de tres años entre la publicación de la tesis de Christian Mouly y su consagración implícita por el celebre fallo *Enaut*³⁸⁴ (que debería llamarse fallo *Mouly*). No deduciremos de esto que los magistrados se tomen un tiempo -considerable- para leer una tesis cada vez que fallan, pero podemos suponer que leen las revistas en donde la comunidad universitaria felizmente irradia el contenido de sus tesis. A menos que compulsen los expedientes con fotocopias de extractos de tesis o artículos de revistas siendo, en estos casos, la doctrina difundida por la barra. Las ideas son ciertamente personales pero su difusión colectiva.

Al lado de estos logros espectaculares conocidos por todos, una investigación sistemática de seguro permitiría inventariar, en mayor medida, los éxitos discretos y también las derrotas. Los éxitos discretos merecen más que el olvido donde las encierra su falta de estrépito. En la práctica se trata a) de sugerencias que se abren paso fuera de los grandes debates de la sociedad sobre puntos considerados como secundarios o en sectores muy especializados; b) interpretaciones que parecen evidentes después de hechas, pero que no lo eran necesariamente antes de su emisión, c) soluciones que, variante del caso anterior, fueron simultáneamente preconizadas por una doctrina numerosa de modo que el nombre de ningún autor ni de ningún *gran fallo* se relaciona con ellas. En general, estos resultados doctrinarios aparecen en el tiempo posterior a la entrada en vigencia de una nueva ley, pero son eclipsadas por las conclusiones que siguen a una importante controversia. Por todas estas razones, no nos vienen ejemplos a la mente o bien son ejemplos algo menos apagados que desvalorizan la regla general. Así, la prohibición de pactos sobre sucesión futura, que pasa por un asunto bastante oscuro y que no interesa en lo absoluto a los especialistas, dio lugar a rounds doctrinarios tan meritorios como desconocidos y casi nadie se acuerda de aquel que terminó por obligar a los tribunales a admitir que la promesa de venta *post mortem* no es un pacto prohibido: es que sacando esta promesa de la zona oscura de los pactos para ubicarla bajo la luz de los contratos preliminares en materia inmobiliaria se produjo una nueva jurisprudencia; mérito de la ofensiva de una infantería de las sombras donde se encontraba de todas formas Henri Capitant, Rene Savatier y M. Jacques Ghestin³⁸⁵.

En cuanto a las derrotas, evidentemente numerosas, es conveniente de todas formas relativizarlas. Primero, en todos los casos en que el juez pone fin a una controversia doctrinaria, la tesis que se dice entonces que ha fracasado, de alguna manera a participado en el éxito del bando victorioso ya que los argumentos de los vencidos hicieron que los vencedores afinaran su propia defensa: es incluso en consideración a esta evidencia que la controversia es comúnmente considerada como el motor del derecho. Enseguida y considerando la cantidad de sugerencias emitidas por la doctrina, no hay que extrañarse de la gran cantidad de fracasos. Este inevitable desperdicio tiene múltiples causas: sugerencias aisladas, desconocidas o inoportunas en la práctica o incluso contrarias a una tradición demasiado fuerte, etc. A lo más, el

³⁸³ Mestre J., "Du sous-contrats au groupe de contrats", RTD *civ.*1989, p.75.

³⁸⁴ Cass.com., 29 juin 1982, p.360, nota de Mouly Ch.

³⁸⁵ Sobre el conjunto del asunto, Grimaldi M., *Successions*, Litec, 5 ed, 1998 n 349 y 350.

Parlamento o la Corte de casación podrían compararse a paquebotes, que no pueden virarse de rivera de manera inmediata...

El Parlamento en realidad, es un paquebote menos manejable aún que la Corte de casación o, por lo menos, es lo que podemos concluir al observar que las sugerencias de los autores solo tienen éxito ante los jueces. Los constantes llamados doctrinarios a eventuales reformas legislativas generalmente quedan como letra muerta: la proposición, tan recurrente como ineficaz, de introducir una excepción de inconstitucionalidad juzgada por el Consejo constitucional constituye un buen ejemplo. Más feliz, André Tunc tuvo de todas formas que batallar durante veinte años para lograr concretizar, con la ley del 5 de julio de 1985, su proyecto de someter los accidentes de la circulación a un régimen específico. Y algunas ideas de Saleilles triunfaron después de 75 años. Las cosas van más rápido cuando el autor encuentra algún medio para actuar directamente en los engranajes del poder como experto institucional.

2) El trabajo de experto institucional

Tal vez no exista función que ilustre mejor la proximidad de la doctrina y el poder que aquella del experto institucional. Menos habitual que la publicación de trabajos eruditos, esta función constituye sin embargo el complemento natural: siendo el decisor el interlocutor privilegiado del doctor, es bastante lógico que el primero llame al segundo cuando requiere de una experticia técnica antes de tomar una decisión o cuando el saber jurídico puede otorgarle una mayor legitimidad; del mismo modo, parece natural que el doctor no rechace esta proposición que constituye para él un medio muy eficaz de "hacer pasar" sus ideas. La ocasión es demasiado buena ya que es el decisor quien lo solicita, en lugar de ser éste solicitado-y sin el menor efecto- por una nota o una crónica de algún autor.

Lo que parecería menos evidente ante los ojos de un no iniciado, es lo que esta función de experto agrega al prestigio intelectual del doctor y en mayor medida aún cuando la experticia se desarrolla en un área del derecho positivo importante y considerada noble desde un punto de vista doctrinario (el derecho constitucional o el nuevo derecho penal internacional valen más que el derecho de la normalización técnica). Pero una vez más, no hay que extrañarse: lo esencial del trabajo del doctor está orientado a la acción y consiste en una sutil puesta en orden del derecho positivo y en la invención de mecanismos supuestamente más operativos que los ofrecidos por el derecho positivo. Que un autor, que se percibe como un *ordenador de lo social*, sea designado para realizar un trabajo de experticia sobre un objeto determinado es un reconocimiento; si una decisión política, respondiendo a los criterios de excelencia de la dogmática se inspira directamente de este trabajo, el académico verá incrementarse aún más su autoridad, ante los litigantes y ante sus pares. Entre sus títulos de gloria *intelectual*, el doctor no dejará de hacer valer su participación en los trabajos legislativos. En breve, detrás de cada doctor se esconde un legislador, como lo demuestran las *proposiciones de tesis* que adoptan la forma de enunciados legislativos y como lo confirma el hecho que la función del legislador reafirma la autoridad del doctor.

Evidentemente, este incremento de autoridad varía según la manera en que el erudito interviene. Empecemos por una perogrullada: aquel que es el único experto designado cosecha todo el beneficio de su experticia (generalmente es designado por un contacto), al mismo tiempo que puede dar un máximo de eficacia a su trabajo si logra convencer al legislador de la excelencia de sus análisis. La historia otorga muchos ejemplos: Henri Capitant es considerado, con justa razón, como el padre de la ley de 1930 sobre el derecho de seguros y Ripert como el inspirador póstumo de aquella de 1966 que reformó el derecho marítimo, mientras que René Rodière fue el brillante redactor. Pero es, sin lugar a dudas, el trabajo del experto decano Carbonnier el que marco en mayor medida las mentes. Las reformas sucesivas en el derecho de las personas y de la familia en los años 1960 y 1970 se relacionan directamente con su nombre. Y es un poco en bloque como logro hacer pasar sus ideas- a la vez filosóficas y técnicas.

Esta eficacia y autoridad las encuentra también un jurista erudito que preside una comisión encargada de reformar un área completa del derecho positivo,-los miembros de dicha comisión recibirán, por lo general, un prestigio menor. Y el hecho de ser llamado a presidir sucesivamente varias comisiones, sobre todo si éstas son importantes, es signo de una autoridad aún mayor, como el caso del decano Georges Vedel de quien M.Guy Braibant dijo, con mucho humor, que hubiera podido agregar a su tarjeta de presentación: “presidente de las comisiones Vedel”³⁸⁶

Pero autoridad y éxito práctico no van obligatoriamente de la mano. Algunos autores han cimentado o apoyado su autoridad doctrinal aún cuando el trabajo que realizaron en las comisiones que presidieron no culminó en ninguna reforma inmediata. En algunos casos, los informes de los “comités Vedel” fueron enterrados. Otro ejemplo: El trabajo realizado en los años 1980 por la comisión llamada Delmas-Marty sobre la reforma procesal penal alimentó durante muchos años la reflexión sobre la justicia penal y cimentaron la autoridad doctrinaria de su presidenta, aún cuando el legislador se abstuvo de realizar una reforma general.

Muy personalista, pero más frecuente y de una eficacia menor o difícilmente mensurable, la audición de un doctor a título de experto ante la Asamblea nacional, el Senado o por alguna comisión *ad hoc* es también un símbolo de autoridad doctrinaria. A la inversa, la función de experto en una institución permanente es menos visible ante los ojos del público en general, pero puede que sea más efectiva. La calidad de miembro de un gabinete ministerial otorga cierta categoría, y aún se recuerda que la presencia de varios profesores de derecho en el gabinete del M.Jean Foyer, en el tiempo en que era guarda de Sceaux del General de Gaulle, dio un impulso decisivo a varias reformas legislativas importantes: en derecho de las sociedades y en el derecho de la familia por ejemplo. Los interesados ganan además una gloria merecida. Y la misma observación puede hacerse respecto de algunos profesores de derecho que son miembros, ya no de gabinetes ministeriales, pero de organismos ministeriales independientes. Los especialistas en derecho del consumidor conocen la influencia ejercida por M.Calais-Auloy sobre la comisión de cláusulas abusivas durante sus primeros años de funcionamiento. Dicho esto, alcanzamos aquí el límite de la función

³⁸⁶ Braibant G., “Les commissions “Vedel” ”, RFDA 2002, p.213.

del experto institucional, ya que el miembro de un gabinete o de una autoridad administrativa participa en la función del decidor o, a lo menos, se trata de un caso tangencial...

3) Para la memoria: el informe en derecho.

Como lo hemos visto, el informe en derecho no es nada más que una sugerencia de origen erudito, pero de difusión restringida. En relación a un artículo doctrinario, el informe en derecho en un caso contencioso tiene la doble ventaja de basarse en hechos de la causa que deben juzgarse y de constituir, en la forma, una pieza del expediente de manera que los magistrados no pueden ignorarlo. En la práctica, los juicios importantes dan lugar a dos informes en derecho en sentido opuesto y el fallo tendrá inevitablemente trazos de esta discreta controversia doctrinaria.

Así, un buen número de importante jurisprudencia floreció con este método tomado de los jurisconsultos en Roma y del Antiguo Derecho. Pero actualmente no se publican más las *responsa*, lo que impide cualquier cuantificación del fenómeno.

Los informes en derecho en materias no contenciosas pueden tener también un rol pero indirecto, en la medida en que influirían en la práctica y, eventualmente, en la jurisprudencia. Esta vez, la determinación de los efectos del fenómeno, y no solo su cuantificación, requieren de clarividencia. Cualquiera que sea el informe en derecho rendido en este punto solo podemos recordar las incertidumbres que rodeaban el tema y remitirnos a nuestros planteamientos anteriores³⁸⁷.

B. LOS MODOS DE EXPRESIÓN COLECTIVOS

Desde hace un cuarto de siglo aproximadamente, los laboratorios y otros centros o institutos de investigación se han multiplicado de manera espectacular con el objeto de facilitar la investigación colectiva, lo que generó la aparición de publicaciones de un nuevo género con un carácter netamente menos individualista que en el pasado (1). Más recientemente, también hemos visto a algunos autores encabezar manifestaciones o peticiones (2).

1) Los trabajos en los laboratorios de investigación.

La estructuración de la investigación ha tenido una evolución dominada por las ciencias dichas exactas, lo que explica la creación de numerosos laboratorios, centros y otros institutos de investigación bajo el alero de facultades de derecho, al ser éstas fuertemente incentivadas a alinearse con la práctica de organismos científicos con el fin de obtener fondos. Con el objeto de justificar la concesión de esta nueva canasta financiera a facultades que, desde los inicios del siglo XX, limitaban la investigación

³⁸⁷ V. *supra*, p.181 sq (N.del T.: las referencias corresponden al texto original).

colectiva a la instalación de salas de documentación para el uso de los estudiantes del doctorado³⁸⁸, se hizo bastante necesario encontrar objetivos....

Los centros de investigación han permitido adquirir la costumbre de responder a las ofertas ministeriales, lo que les permite hacer indirectamente de expertos institucionales. A este respecto, el laboratorio de sociología jurídica de la Universidad de París pudo realizar una obra pionera al efectuar, en el curso de los años 1960, encuestas sociológicas anteriores a los proyectos de reforma del derecho de familia y de las personas³⁸⁹. Recurrentemente relacionado a la CNRS, muchos centros de investigación se inscriben actualmente en esta tradición, como el Centre d'études et de recherches critiques sur le droit (CERCRID) de la Universidad de Saint-Etienne: este ha realizado numerosos estudios sobre el funcionamiento concreto de la Justicia, de los cuales solo algunos fueron publicados.

Más recientemente, otros centros de investigación han tomado la iniciativa al invitar a los miembros de diferentes revistas jurídicas a escribir sumarios de actualidad en áreas relevantes de su especialidad: contencioso constitucional, derechos del niño, derecho civil de la empresa, etc. Esta evolución no es diferente: mientras que tradicionalmente estos sumarios son encargados a autores de categoría, muchos son redactados por jóvenes investigadores que pueden, por este medio, foguearse bajo la tutela de estos prestigiosos autores convertidos en directores de laboratorio...

Sin embargo el medio más utilizado para justificar la existencia de estos centros se relaciona con los coloquios. Estos existen hace mucho tiempo pero eran conocidos por el apelativo más solemne de "congresos"³⁹⁰. Así, los comparativistas recuerdan aun el famoso congreso internacional de derecho comparado que se realizó en París en 1900. Sin embargo, estos congresos eran mucho menos numerosos que los actuales coloquios ya que eran iniciativa de las sociedades eruditas (la sociedad de las legislaciones comparadas, la sociedad de los estudios legislativos, la asociación Capitant de los amigos de la cultura jurídica francesa, etc.), cuyos recursos no dependían de su organización regular.

En el último cuarto del siglo XX, el número de coloquios se incrementó de manera excepcional. Realizándose en una o dos jornadas, el actual coloquio permite reunir a los especialistas más o menos renombrados sobre un tema común, después publicar bajo una forma cualquiera – obra colectiva o número especial de una revista– el producto de su reflexión. El proceso da entonces la apariencia de un trabajo realizado colectivamente, cuando generalmente es una colección de trabajos individuales respecto de un mismo tema, limitándose la parte más colectiva a los pálidos debates que siguen la exposición de los intervinientes– los cuales no suelen ser publicados...

³⁸⁸ A este respecto, Hauriou M., "Création de salles de travail pour conférences et cours de doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse", RIE, t.41,1901,p.547 s.s.

³⁸⁹ Por ej.,Terré F., "La signification sociologique de la réforme de régimes matrimoniaux", *L'année sociologique*, 1965, p.3 s.s.

³⁹⁰ Sobre estos, en particular,.Prochasson Ch., *Les années électriques, 1880-1910*, La Découverte, 1991,p.223 s.s.

La imagen debe de todas formas ser matizada, ya que existen múltiples tipos de coloquios. Primeramente, no todos son universitarios. Los centros de investigación son actualmente visitados por múltiples organismos privados de formación que proponen, no solo jornadas de formación dirigidas a los litigantes, pero también numerosas jornadas de estudio sobre temas de actualidad: la promulgación de una nueva ley o para analizar una determinada evolución jurisprudencial... En cuanto a los coloquios universitarios, son bastante diversos. Los centros de investigación también se interesan por la actualidad pero de manera algo menos científica. De este modo, la ley instituyendo los Pactos pudo dar lugar a las jornadas profesionales de formación por un lado y a los coloquios universitarios con tendencia más doctrinaria, por el otro: aún cuando no sea fácil hacer la diferencia, por la simple razón que el discurso doctrinario se dirige también, y por vocación, a los litigantes...

Pero ciertos coloquios abordan temas más alejados del derecho positivo inmediato. Otros aún tienen por fin generar una evolución de este derecho positivo en un momento en que éste parecía dubitativo, -lo que precisamente es el caso de los coloquios que precedieron la adopción de Pactos o de aquel que se realizó en 1997 en la Universidad de Paris I sobre indemnización de accidentes médicos³⁹¹. En realidad reina la diversidad. Algunos son francamente militantes, mientras que otros tienen un fin puramente científico. Algunos son la culminación de un verdadero trabajo colectivo de investigación de muchos años, mientras que otros se hacen casi al instante, etc. En breve, a medida que se incrementa el número de coloquios³⁹² se reafirma su variedad. Y siempre favoreciendo un examen crítico del derecho positivo, deseo que se manifiesta en diversos lugares, incluso sin necesidad de una publicación: en las tesis de los candidatos a doctor (los estudiantes constituyen la mayoría del público de los coloquios eruditos), en un expediente e incluso en un proyecto o en una propuesta de ley...

2) Los manifiestos o las peticiones

Es relativamente frecuente que los autores se agrupen para realizar una investigación en conjunto pero con el solo fin de dividir la tareas multiplicando los puntos de vista: caso similar, las opiniones emitidas al momento de la redacción final no se distinguen realmente de opiniones manifestadas a título individual.

Por el contrario, es mucho más raro que los autores se agrupen para ejercer una presión política fuerte y precisa, contrariamente a la idea que Max Weber se hacía del erudito... Excepto un error, solo contamos tres ejemplos, pero todos recientes, ya que son del 2000, 2001 y 2002, lo que deja suponer que este nuevo modo de expresión podría conocer un cierto desarrollo en el futuro y constituir una nueva y

³⁹¹ Viney G. (bajo la dir.), *L'indemnisation des accidents médicaux*, LGDJ, 1997.

³⁹² Pero este crecimiento parece hoy marcar la pauta, muchos centros de investigación favorecen, bajo el posible impulso de las escuelas doctrinarias, las conferencias de autores dirigidas a un público restringido de candidatos a doctor; incluso lo que afuera se llama *small conferences* (sobre las cuales, Waquet F., *Parler comme un livre-L'oralité et le savoir (XVI-XX siècle)*, Albin Michel, 2003, p.180 s.s)es decir, intercambios bastante informales entre los miembros de un grupo restringido de investigadores que hacen circular sus textos.

curiosa categoría: la “doctrina en masa”...³⁹³ Los tres casos son bastante diferentes por lo que conviene estudiarlos uno por uno antes de aventurarse a una síntesis.

a) En el 2000: el manifiesto Perruche

Después del celebre fallo del 17 de noviembre del 2000 de la Asamblea plenaria³⁹⁴, dos profesores, Mme Labrusse-Riou y M.Mathieu, publicaron un artículo en el *Le Monde* del 24 de noviembre indicando, después de su firma, que “fueron asociados a la redacción del texto” veintiocho de sus colegas cuyos nombres seguían. En sí, no tiene nada de extraño que una decisión de la Corte de casación sea objeto de las críticas de la prensa, ya sea por periodistas, litigantes, profesionales y especialistas varios o, eventualmente, los profesores del derecho. La novedad consiste aquí en el carácter colectivo del proceder y en el hecho que, como ya hemos podido escribir, la Corte de casación está clavada con “picota”³⁹⁵. El lector descubre que, en efecto, el fallo “induce a una considerable degradación de la persona humana” que “esta en contradicción flagrante con el principio jurídicamente consagrado de dignidad de la persona humana” y que “da el mensaje de una sociedad que, bajo la apariencia de indemnizar, discrimina y expulsa”: en una palabra “es de un eugenismo lo que hay que hablar aquí”.

La gravedad de la acusación, tomando esta al pie de la letra, debería normalmente conducir a los asignatarios a cuestionar la existencia misma de la Corte de casación. Pero esta conclusión no aparece por ninguna parte, incluso entre líneas, donde se percibe a lo más un pálido llamado a un golpe de timón o, a falta de esto, una intervención legislativa. En este punto a lo menos su proceder sigue siendo clásico. Demuestra de todas formas una pasión inhabitual: si los autores del artículo no pretenden hacer un llamado al conjunto de manera unánime, al menos la violencia de su tono deja entender que ningún individuo civilizado, y con mayor razón un colega, puede aceptar la solución dada por el fallo: “Ni el derecho civil, ni los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos lo autorizan” escriben. Por lo tanto, hacemos bien al hablar de manifiesto con toda la dosis de exageración que implica este término y que se muestra a plena luz del día cuando, en las semanas que siguieron, varios autores expresaron, contrariamente, su aprobación con el fallo.

Al mismo tiempo, es cierto, otros autores, tan numerosos como los otros si no fueron más, retomaron y desarrollaron los argumentos críticos presentados en el artículo de *Le Monde*. Así, el fallo *Perruche* se muestra como realmente es, vale decir como una decisión criticada con un fervor particular pero no más criticable que otros fallos dictados por nuestros tribunales cada año. De todas formas los medios, el público en general, la clase política y el Parlamento no conocerán más que los argumentos desfavorables al fallo, ya que los médicos y sus asesores, que combaten por otros medios, no se angustian por la objetividad de sus alegaciones. Esto puede

³⁹³ Según la expresión de Benabent A.: “Une “doctrine de masse”? », *D.*2002, Point de vue, p.651.-*Adde*, Libchaber R., « Une transformation des missions de la doctrine? », *RDT civ.*2002, p.608 s.s.

³⁹⁴ El fondo del asunto no importa en este punto, nos evitaremos citar los innumerables comentarios que esta decisión generó. La referencia al Bulletin de la Cour de cassation parece suficiente: *Bull.*, Ass. *Pleniére*, 2000, n° 9.

³⁹⁵ Gobert M., “La Cour de cassation meritait-elle le pilori?”, *Petites Affiches*, 2 diciembre 2000, p 4 s.s.

ser propio de un buen soldado pero relega a segundo plano el aspecto científico de la controversia.

Este lobby logrará la hazaña de imponerse a otras voces, de persuadir las asociaciones de minusválidos que la indemnización del perjuicio genera para sus adherentes un daño moral muy superior a su beneficio económico y, para terminar, hacer votar una ley, de fecha 4 de marzo del 2002, que rechaza la jurisprudencia de la Asamblea plena. Ya decepcionadas, estas asociaciones clamaron con furor el haberse dejado manipular de ese modo³⁹⁶. En cuanto a la doctrina, su rol preciso en este asunto es difícil de apreciar: sin sus aliados naturales (los discapacitados) los autores a favor del fallo no fueron escuchados mientras que sus adversarios se beneficiaron de maniobras extraordinariamente hábiles de sus inoportunos aliados³⁹⁷. De este modo, la victoria de unos y la derrota de otros tienen un relativo valor doctrinario.

b) En el 2001: la petición Catala

Este juicio no tiene nada en común con el anterior, de ahí el interés en enfrentarlos. En un principio, el legislador se preocupaba de mejorar la vida de los familiares del deudo. Especialista indiscutido de derecho sucesorio, el profesor Pierre Catala escribe y hace circular una petición pero que de ningún modo cuestiona las elecciones políticas del proyecto de ley. En efecto, el autor de este documento se limita a hacer sugerencias de carácter técnico: *primo* denuncia defectos en la redacción que perjudicarían el objetivo de la reforma; *secundo* advierte sobre las nefastas consecuencias que, visiblemente, los redactores del proyecto no notaron ni menos quisieron; *tertio* preconiza la reforma de un código civil que califica, con justa razón, de “avejentado o incompleto” en materia sucesoria.

El asunto, es necesario insistir sobre ello, no generaba ninguna controversia al estar todos aparentemente de acuerdo en los objetivos de la reforma y en los mejores medios para llevarlos a cabo. Y cuando la petición, ya firmada por 237 doctores representando a 37 universidades, fuera publicada con la rubrica “Punto de vista” de la compilación Dalloz³⁹⁸, nadie, según sabemos, iba a tomar la pluma en el sentido contrario. El texto, que no indica ningún nombre de algún autor, se presenta como los “Libres propósitos sobre una reforma sucesoria anunciada, por un Grupo (notemos la mayúscula) de profesores y maestros de conferencias de universidades”. Respecto al fondo, la lógica de la argumentación se impone por si misma a todo lector, aún cuando éste sea un ignorante en derecho sucesorio.

Votada algunas semanas más tarde, la ley del 3 de diciembre del 2001 acogió extensamente las sugerencias presentadas y la única extrañeza fue que los parlamentarios escucharan de buena gana las lecciones de la Escuela. Pero la falta de toda pasión política respecto al asunto tratado sin duda alguna facilitó la comunicación entre los anfiteatros y los hemiciclos. En este sentido, indiscutiblemente se trata de una

³⁹⁶ “Les associations exigent l’abrogation de la loi *anti-Perruche* », *Le Monde* 26 de junio del 2002.

³⁹⁷ Maniobras expuestas a la perfección por Mme Gobert, “Handicap et democratie. De l’arrêt à la loi Perruche”, *Commentaire*, n 97, 2002, p.29 s.s.

³⁹⁸ D. 2001, p.2899.

victoria doctrinaria: “ Merci, Monsieur Catala!”, exclamó el director de una revista en su editorial titulada “La doctrina, fuente- mediata?-del derecho”³⁹⁹.

De todas formas podemos preguntarnos si los signatarios del texto hablaban en nombre de esta fuente implícitamente considerada como mayoritaria, incluso unánime, en el caso particular. Lo dejan entender así puesto que se lee en la pluma del “Grupo” que “los universitarios que encarnan la doctrina jurídica francesa tienen el deber de decirle al legislador...etc.” Lo que confirma esta notable encarnación es que profesores que confesaron haber olvidado todo sobre derecho sucesorio firmaron la petición *por la confianza* que les inspiraba M.Catala: confianza de seguro merecida pero que muestra un proceder más militante que universitario. Y nadie puede saber si aquellos que no firmaron fue porque no estaban de acuerdo con el proyecto o porque simplemente no se sentían calificados para ello debido a su ignorancia ...De todas formas, parece ser que en este caso la doctrina *encarnada* se manifestó como un cuerpo y, a falta de oposición en sus filas, como un poder unido.

c) En el 2002: la “respuesta” a la comisión europea.

Desde julio del 2001, un comunicado de la comisión Europea pidió la opinión de los juristas sobre la posibilidad de codificar el derecho europeo de los contratos. Algunos meses mas tarde, la Asamblea general de la asociación Henri Capitant manifestó su deseo de que se reflexionara sobre el tema. Esta asociación, cuyo fin es la defensa de la cultura jurídica francesa y más generalmente romanista, juega un rol doctrinario importante ya que organiza, entre otras actividades, congresos internacionales anuales y jornadas de estudio nacionales, anuales también, todas manifestaciones del más alto interés científico y cuyas actas son publicadas. Su rama francesa que incluye sobretodo a lo privatistas y, dentro del grupo, por lo menos la mayoría de ellos, es representativa de la doctrina del derecho privado. Aparte, tiene fructíferas relaciones con numerosas ramas extranjeras de la asociación.

La reflexión de los miembros de esta asociación terminará con la elaboración de un documento que la compilación Dalloz publicó en *Chronique*, con el título de “Réponse- hors delai- à la Comisión européene: à propos d’un code européen des contrats”, por M.Malinvaud, profesor de la Universidad de Paris II⁴⁰⁰. Pero este autor no manifiesta aquí su opinión individual, ya que señala haber escrito su texto con la colaboración de varios colegas, diez de ellos, cuyos nombres son citados en una nota. Además, la presentación de la crónica no proviene, contrariamente a la costumbre, de quien la suscribe pero de un tercero, en este caso M.Grimaldi en su calidad de presidente de la asociación Capitant. Este expone sobre la génesis del asunto y relata que M.Malinvaud, en cuanto presidente ad honorem de la asociación, recopiló las opiniones de los miembros de ésta (además de los diez miembros que colaboraron de manera más directa con la elaboración del texto).

En otros términos, si la respuesta no compromete formalmente a la asociación (no es ésta última la que suscribe), es representativa de una corriente informal

³⁹⁹ *Droit de la famille*, enero 2002, rubrica “Repères”, nº 1, p.3, por H.Lecuyer.

⁴⁰⁰ D.2002, p.2542 s.s.

largamente aceptada por sus miembros según lo que podemos concluir,- posición ligeramente diferente con la formulada, algunas semanas más tarde, por el profesor Heuze en nombre del centro de investigación de la Universidad de París I, prestigiosa en derecho contractual, dando solo a conocer la opinión dicha institución⁴⁰¹. Sin tener el cariz polémico de un manifiesto ni la brevedad de una petición, el documento de la asociación Capitant, por inusual que sea, simplemente expresa una reflexión colectiva que su tono docto y moderado acercan a la mayoría de las crónicas publicadas ordinariamente bajo la misma rúbrica. En este sentido, el proceder, a diferencia de los dos señalados anteriormente, es clásicamente doctrinario.

Evidentemente es muy temprano para medir su posible influencia, sobre todo cuando los juristas de otros países europeos tienen también algo que decir y cuando en la propia Francia otras voces se hacen escuchar a título individual sobre el mismo tema. Al menos podemos ver que, frente al desafío europeo, la doctrina intenta significativamente organizarse. Pero teniendo en cuenta sus arraigadas costumbres individualistas, ésta solo ha dado sus primeros pasos y su acción informal permanece marcada por cierta lentitud (puesto que su respuesta esta “fuera de plazo”).

d) Ensayo de síntesis

En el juicio *Perruche* donde los argumentos eruditos invocados por cada parte se equilibraban en mayor o menor medida, simpatizantes y adversarios se batieron en nombre de la ciencia jurídica por sus convicciones personales, lo que vale también para el manifiesto publicado en *Le Monde*. Por el contrario, los signatarios de la petición Catala no atacaban el proyecto de ley contra el cual no existía una real oposición y por lo tanto no defendían ninguna otra elección de la sociedad: invocando solamente la lógica interna del sistema intervenían en nombre de la ciencia jurídica y de sus beneficios concretos en términos de coherencia y de eficacia. Finalmente, la respuesta de M.Malinvaud mezcla las convicciones (la defensa del derecho romanista) con argumentos puramente técnicos. Concluiremos por una parte que el proceder militante aún se utiliza y por otro lado que la frontera con un proceder erudito no se ha trazado de manera definitiva ya que parece variar según las especies. Muchos más probado, y también más discreto, es el proceder legitimador...

SECCIÓN 2 LA FUNCIÓN DE LEGITIMACIÓN

Desde que se dedica al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, la doctrina lo legitima al otorgarle la caución del derecho erudito. Obviamente, esta función de legitimación no implica que los autores se dediquen a justificar cualquier decisión. Por el contrario, no se limitan en el ejercicio de su espíritu crítico- muchas veces virulento - hasta obtener, eventualmente, una aplicación minimizada o el anestesiamiento de la norma que les pareció inoportuna o injusta. Pero ya sea que los autores aprueben o desapruében, que sean o no seguidos por otros, cualquiera que sea el resultado de

⁴⁰¹.Heuse V., “Á propos d’une initiative européenne en matière de droit des contrats”, *JCP* 2002, ed.G.,I. 152.

esta pasada por el colador, el único hecho que ocurre (y con lujo de argumentos doctos) tiene por inevitable consecuencia que el derecho positivo *en su conjunto* es legitimado por el examen doctrinario. Puesto que la doctrina goza de un gran prestigio y éste obligatoriamente recae sobre la obra en que sus miembros han puesto toda su atención.

Pero recae también- es un asunto de justicia- sobre la doctrina misma. Al contribuir a la edificación y a la legitimación del ordenamiento jurídico, la doctrina ejerce un poder cuya legitimidad es al mismo tiempo asegurada por ella misma. De este modo, la legitimidad del ordenamiento jurídico(1) va de la mano con la del propio poder doctrinario(2).

□ 1 LA LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En este punto nos ponemos en el caso de una ley o jurisprudencia nuevas,- siempre recordando que las antiguas soluciones tuvieron la misma suerte al momento de su aparición.

En general, las novedades suelen chocar con la opinión pública. No es de extrañar entonces que las innovaciones legislativas o jurisprudenciales susciten diversas reacciones doctrinarias, incluso severas. Pero el hecho que la doctrina comente una novedad, aún cuando sea para criticarla, ya es una manera de tomar su partido y de aceptarla como positiva.

Y el proceso de legitimación se acentúa cuando los autores, una vez analizada la novedad, pasan a la etapa de síntesis de la misma integrando sus elementos al sistema jurídico. Dicho de otro modo, reconstruyendo las materias después del trastorno que padecieron.

Sucesivamente analizaremos la legitimación por el análisis del derecho positivo (A) y la legitimación por la reconstrucción de las materias (B).

A. LA LEGITIMACIÓN POR EL ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO

Aún crítico, el análisis del nuevo derecho ya comienza a vestirlo con trajes clásicos: la doctrina, aplicando su ciencia y su lenguaje erudito, banaliza la innovación. Inevitable, este fenómeno pasa desapercibido a lo menos en los casos ordinarios (1). Pero en la historia de la doctrina francesa ha existido un caso extremo (2) que fue revelador.

1) Los casos ordinarios

La noción de legitimidad, que hasta ahora hemos utilizado como si fuera ideal, tiene en realidad múltiples significaciones. Puede entonces adjudicarse la adquisición de una legitimidad formal pero es conveniente rechazar de plano este sentido. La ley en efecto, *ya tiene esta legitimidad* por el texto mismo de la Constitución; y la

jurisprudencia (en relación con los textos que solo le reconocen a los fallos una autoridad relativa) de todas formas no la tiene. La legitimidad que la doctrina le confiere a los fallos y a los textos es de otra naturaleza, y es por lo demás doble, porque por un lado los fundamenta de manera ostensible en la razón, pero por otro lado los fundamenta en una cierta aprobación moral y política de un modo más sutil y casi invisible. Desarrollemos sucesivamente estos dos puntos.

Como consecuencia del trabajo doctrinario de nacionalización la ley será mejor conocida, mejor entendida y, finalmente, mejor aplicada. En parte, depende de la doctrina que esta disposición tenga una aplicación maximalista o minimalista, que la comunidad de juristas se acostumbre o no a su uso, que entre o no en las costumbres como cargada de una determinada significación, etc. Lo anterior, obviamente, es aún más cierto en el caso de los fallos puesto que *a priori* no están pensados para divulgar una norma general: el razonamiento doctrinario les da una categoría que toca la autoridad absoluta y gracias a la cual los juristas no tiene más que admitir que la "jurisprudencia es en este sentido". Evidentemente, esta justificación por la razón se hace particularmente necesaria en el caso de fallos o textos legislativos mal redactados. Incluso el código civil, que con justa razón es considerado como una obra maestra del arte legislativo, padece de imperfecciones. Estos se multiplican en los textos actuales, sin mencionar los fallos ambiguos y enredados. La doctrina entonces lima asperezas, reabsorbe las contradicciones, disipa las obscuridades, descarta los errores de pluma, etc. En una palabra, trabaja este mineral en bruto, lo transforma y mejora,- esta mejoría debe entenderse en un sentido técnico y no en un sentido de progreso moral o político, eminentemente sujeto a controversias. De todas formas, una segunda forma de legitimidad aparece también según este punto de vista.

A partir del momento en que se acepta comentar una ley, la doctrina, incluso si es hostil a las elecciones del legislador, adopta una actitud resignada y elige *jugar el juego* de los juristas, es decir tratar esta ley como un texto de derecho positivo sin discutir los principios que la erigen como tal ni la aspiración ideológica de la misma. En este sentido, y a pesar de las reservas que dejara entrever, la doctrina confiere paradójicamente a la ley una legitimación de orden político, - y precisamente porque el tratamiento doctrinario de la ley la *despolitiza*. El código civil se ha beneficiado de este trabajo realizado por autores que no adherían del todo al nuevo orden jurídico (ni hablar de los numerosos realistas admiradores del Antiguo Régimen): pero todos han obrado de modo a hacerlo prácticamente viable, de manera que han acostumbrado a las personas considerarlo como hecho consumado.

Más cerca de nosotros, el final del siglo XX nos proveyó de un ejemplo característico con la ley del 15 de noviembre de 1999 relativa al pacto civil de solidaridad (Pacto), ley comentada *incluso antes de ser votada* por una serie de crónicas más o menos virulentas: a la hostilidad inicial por la oficialización de las relaciones homosexuales se agregaba la denuncia de unos innegables errores que afectaron variadas etapas del proyecto. De este modo, la doctrina metió el dedo en el engranaje incluso antes de que fuera necesario. De hecho sin muchos resultados puesto que las críticas más justificadas pasaron, con o sin razón, por homofóbicas y no fueron escuchadas... Obviamente, el trabajo doctrinario continuó sin problemas después de la promulgación de la ley- ¿Cómo no comentar, para bien o para mal, un

texto insertado en el código civil?- orientándose a la aplicación práctica, relegando poco a poco las críticas al segundo plano. Siendo los pactos un contrato, algunos autores proponen fórmulas, etc. Esta evolución ilustra maravillosamente el proceso de legitimación: primero sulfurosos, los Pactos se convirtieron en un objeto de estudio, incluso una obra erudita superpuesta a la obra, técnicamente mediocre, del legislador. *In fine* todas estas reflexiones muchas veces originales han paradójicamente permitido una banalización del Pacto. Pero esta paradoja se debe a la conjunción misma de lo erudito y de lo político: la originalidad de uno termina por banalizar la solución del otro. Y sólo la abstención permitiría evitar este resultado.

En este sentido, vemos que la doctrina no comenta algunos textos que mayormente provienen del Estado-providencia, no por hostilidad ideológica, sino porque solo ve en ellos, según una expresión habitual, un “fárrago puramente reglamentario”, considerado indigno de “graciosas discusiones de derecho”. Citemos, a modo de ejemplo, el derecho de las pensiones y las jubilaciones, el de la seguridad social (a pesar de algunas excepciones), el de las locaciones familiares y otras prestaciones... Aún cuando esté teñida de un cierto desprecio aristocrático, el término de fárrago justifica pero no evita el debate sobre la abstención de los autores. Algunos opinan, aún cuando no acompañan la palabra con el gesto, que precisamente en estos casos la doctrina debería jugar un rol importante. A esto, otros objetan que sería un desperdicio de tesoros de la inteligencia y el saber solo para obtener un pobre resultado: sabemos que para la doctrina el verdadero resultado es la construcción de una “teoría general”, cosa que no puede esperarse de una virulana reglamentaria... Como sea, estas materias solo son conocidas por los funcionarios que las aplican y en algunas ocasiones por meritorias asociaciones. A falta de los servicios doctrinarios sólo tienen su legitimidad formal y su banalización práctica al cotidiano.

Dicho lo anterior, los ejemplos de materias abandonadas por la doctrina tienden a ser marginales. Pasó la época en que solo el “bello derecho civil” merecía que le dedicaran eruditos trabajos y la doctrina ha extendido su campo de acción: este fenómeno que ocurre hace unos treinta años, se acelera aún más con el aumento de los universitarios y la llegada de jóvenes autores en busca de nuevas tierras. Ya que, finalmente, la vocación de la doctrina es clarificar y banalizar todos los textos, sean cuales sean, - excepto un caso extremo.

2) Un caso extremo

La legislación de Vichy fue un caso extremo y un agudo problema moral para la doctrina. Dejando de lado en este *corpus*, una cierta cantidad de textos aceptables (eventualmente validados después de la Liberación) y otros más o menos detestables, pero que no dejaron recuerdo alguno, nos concentraremos en un caso particular pero dramático y que se tiene la costumbre de citar a causa de su carácter emblemático. O a lo menos, se ha adquirido dicha costumbre desde que ha surgido un interés por la doctrina bajo el régimen de Vichy, es decir hace poco⁴⁰²: se trata del estatus de los Judíos, adoptado en 1940. Este generó diversas reacciones que le permitieron a cada uno seguir su pendiente natural.

⁴⁰² Millet M., *Les professeurs de droit citoyens*, th.Paris II, dactyl.,2000,t.1,p.290 sq.

Al parecer, una importante fracción de la doctrina la ignoró deliberadamente, ya sea al oral o al escrito, usando técnicas ya conocidas (pero bastante útiles en regímenes dictatoriales): teniendo un programa de clases que dejaba el asunto para el final del curso de manera que faltaba tiempo para pasarlo; evitando escribir un manual en el cual la abstención resultara dificultosa; señalando que el estudio del asunto pertenecía a una rama del derecho en la cual no se era especialista⁴⁰³; escribiendo artículos donde el tema era definido de tal manera que se sorteaba el obstáculo; limitándose a una corta y enigmática nota al pie de página para fingir ser exhaustivos. Y obviamente, sin comentar los fallos que no podían evitar aplicar la ley,- decisiones que según las investigaciones recientes, no solo aplicaron de manera limitada el estatus de Judío puesto que se lo interpretó de las dos maneras: tanto de manera limitada como extensiva.⁴⁰⁴

Sin embargo, la doctrina no guardó silencio de manera unánime aún cuando, a diferencia de los jueces, pudo elegir sus temas...Algunas tesis fueron consagradas al estatus de Judío, muchos manuales lo trataron de manera más o menos profundizada, al igual que algunas revistas jurídicas- al menos las que no cerraron en 1940. Ciertamente fueron pocos autores, en la práctica sólo aquellos que estaban más comprometidos con el régimen, los que hicieron la apología del estatus. Pero una rúbrica "Judíos" apareció en las mesas, con su conjunto de crónicas y notas. Y varios autores no rechazaron la ocasión de invocar el texto cuestionado.

De este modo, un artículo bastante conocido ya que fue extensamente publicitado por los medios hace algunos años y dedicado a la función pública señalaba sin rodeos, entre otras incapacidades, aquella que el legislador le otorgaba a la calidad de judío y, en su esencia, la fundamentaba sobre la peligrosidad de esta categoría⁴⁰⁵. Cuando el párrafo fue criticado a su autor (con bastante retraso por lo demás), éste respondió que había usado un estilo indirecto y que se había limitado, sin una palabra de aprobación personal, a reproducir la *ratio legis*. Lo que era perfectamente cierto. Pero la utilización de un tono neutro respecto a un tema semejante deja una profunda sensación de malestar. Ocurre lo mismo, y con mayor razón, cuando un autor manifiesta su satisfacción de jurista al ver nacer o, en este caso, al ver renacer un clásico problema jurídico: "el nuevo estatus de judío (proveniente de la ley del 2 de junio de 1941) dará un nuevo impulso al tema de las acciones declaratorias", acciones que recientemente se utilizaban sobre todo en

⁴⁰³ Este fue el método adoptado por Leon Juillot de la Morandière, que iba a ser elegido decano de la Facultad de derecho de París en la Liberación. Éste señalaba en su *Cours elementaire de droit civil* publicado en 1942, que el estatus de Judío pertenecía exclusivamente al derecho público...

⁴⁰⁴ Cf. en particular, Dubois J-P., "La jurisprudence administrative", *Le genre humain*, n 30-3, *Le droit antisemite de Vichy*, 1996, p.339 sq (que en gran parte se apoya en Marcou J.:*Le conseil d'Etat sous Vichy*, th. Grenoble II, dactyl., 1984.- Comp. Recientemente, Fabre P., *Le Conseil d'Etat et Vichy: le contentieux de l'antisemitisme*, Publications de la Sorbonne, 2003).- Ancel P., «La jurisprudence civile et commerciale », *ibid.*, p.363 s.s.

⁴⁰⁵ Duverger M., "La situations des fonctionnaires depuis la Revolution de 1940", RDP 1941, p.277 s.s.

materia de nacionalidad o condición civil, pero que “ inevitablemente invaden la esfera racial donde, según es posible prever, generaran una abundante jurisprudencia”⁴⁰⁶

Este malestar no se esfuma con el argumento de defensa recurrentemente utilizado: que por este medio el autor podía proponer una interpretación del estatus más estrecha y por lo tanto más favorable a las personas afectadas⁴⁰⁷. Ya que el sólo hecho de entrar en una discusión técnica sobre el texto evidentemente implicaría admitir los argumentos por preterición. Agregarle eruditos razonamientos, interrogarse sobre la pertinencia de una interpretación *a contrario* o por analogía, etc., es tratar el estatus de judío como cualquier ley, discutible por definición- no hay leyes que no se presten para la discusión-, pero aceptable por los mismos que la critican.

La situación extrema creada por el régimen de Vichy pone en evidencia, siendo que estas discusiones nos parecen hoy día insoportables, el hecho que la doctrina no puede comentar una ley sin darle a lo menos una apariencia de aceptación moral y política. Confirma también que la neutralidad no puede considerarse como una posición ética⁴⁰⁸

En el caso particular, queda tratar de comprender la actitud adoptada por varios autores. Mme Lochak en un artículo precursor y bastante conocido, creyó encontrar la respuesta en el positivismo dominante en las facultades de derecho⁴⁰⁹. Pero su análisis no convence realmente: juristas naturalistas militantes también aprobaron –y públicamente- el estatuto Judío, mientras que connotados positivistas eligieron rechazarlo y entrar en la Resistencia...⁴¹⁰ Por su parte, M.Gros utilizara el método dogmático caracterizado por esta famosa “inflación de la generalidad” que terminará en una visión descarnada de la realidad: ¿La explicación vendría entonces de “esta ideología particular del Legislador (cuyo) discurso ignora todo lo trágico de la Historia”?⁴¹¹. Podemos preguntarnos, y siempre por razones empíricas: dogmáticos y “legalistas” de cuño extremadamente clásico, y no pocos, rechazaron escribir sobre el estatuto y ni se molestaron por criticar el régimen de Vichy-incluido el estatus de judío- antes de combatirlo por las armas.

Podemos entonces limitarnos a escudriñar el método o la cultura de los juristas. Ciertamente, no es reprochable que uno u otro sean favorables a un aspecto particular de los textos- de todos los textos. Del mismo modo, no podemos negar que esta cultura y este método se encuentren en el origen de un marcado gusto por el orden, unido con la convicción de muchos autores de poder *racionalizar* lo real- sea cual sea.

⁴⁰⁶ Vizioz H., “Jurisprudence française en matière de procédure civile: 2. Action en justice.-Actions déclaratoires.- Status des juifs », *RTD civ.*1942, p.309.

⁴⁰⁷ En este sentido, .Duverger M., “La perversion du droit”, *Réligion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983,p.705 s.s.,esp.l.

⁴⁰⁸ Comp.Gros D., “Le “statut des Juifs” et les manuels en usage dans la faculté de droit (1940-44); de la description a la légitimation”, *in* .Braud Ph. (bajo la dirección), *La violence politique dans les démocraties européennes occidentales*, L'Harmattan, 1993, p.165.

⁴⁰⁹ Lochak D., “La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”, en *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989,p.252 sq.-Comp.Troper M., «La doctrine et le positivisme», *ibid.*, p.286 s.s.

⁴¹⁰ En este sentido y en respuesta a Lochak D.: M.Millet, *op cit.*, esp.p.277.

⁴¹¹ Gros D., art. ya citado, p.166.

Ya que lo hemos notado: tal como se ha construido la doctrina francesa resalta su función de ordenador de lo social⁴¹².

Sin embargo, estas explicaciones son insuficientes porque poco a poco chocan con las opiniones morales y políticas de los autores, sin hablar de otros factores como el deseo de poder, el temor reverencial a un maestro, las ambiciones profesionales, etc. Si algunos escribieron sobre el estatus de judío en los inicios de los años 1940, no fue solo porque fueran juristas, de este hecho emitían discursos de poder que buscaban ocultar fenómenos de dominación, lo que se deja ver en otro texto de Mme Lochak inspirado en las ideas de Bourdieu⁴¹³. Es sobre todo porque este estatus *no los molestaba realmente*. Si estos autores cedieron a la ilusión que el tema podía ser tratado de manera puramente dogmática (dicho de otro modo, a la *illusio*, en el sentido en que lo entiende Bourdieu⁴¹⁴), es porque el estatus de judío constituía a sus ojos un asunto jurídico *como cualquier otro*, y no tenían verdaderamente razones para cambiar el tono a su respecto. Aparte, ¿el estudio del estatus de los indígenas no había acostumbrado a los juristas a una literatura similar en derecho colonial? Así, esta actitud no se explica por una impregnación de positivismo o a una ideología propia de los legalistas sino por un fenómeno cultural anterior: al lado de un antisemitismo o de una indiferencia respecto al mismo, asentado en la sociedad francesa de la época sin que los universitarios se apartaran de esta posición⁴¹⁵. Lo anterior, sin embargo, no modifica el resultado: la utilización de la dogmática, cuando ocurrió, solo banalizó y por lo tanto legitimó el estatus de los Judíos. Por suerte, faltó tiempo para esto terminara en una reconstrucción de nuestro derecho.

B. LA LEGITIMACIÓN POR LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS MATERIAS

En este punto, nos referimos a una innovación capaz de modificar el derecho en profundidad. Los autores que lógicamente comenzaron su trabajo por comentarios analíticos, lo continúan al reconstruir la materia mientras que al mismo tiempo culminan su labor de legitimación. A su manera, reconstruyen el hormiguero después de la patada que le dio el legislador. Esto los conduce a modificar los planes (1) y a renovar sus teorías (2).

⁴¹² V. *supra*, p.174.

⁴¹³ Cf. el texto bastante instructivo de Lochak D.: "Le droit, discours et pouvoir", en *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léon Hamon*, Economica, 1982, p.429 s.s.

⁴¹⁴ En particular, Bourdieu P., *Méditations pascaliennes*, Seuil, 1997, espec. p. 122 y 123. Lo que él llama *illusio* y que se traduce en el distanciamiento de las realidades concretas en provecho de las mecánicas propias de la dogmática. Esta encuentra tal vez su mejor expresión en el decano Ripert que justifica, en 1943, la publicación de un importante volumen de *Études de droit allemand* (tratando varios aspectos del derecho nacional-socialista) escrito por jóvenes universitarios franceses prisioneros de guerra en Alemania, señalando en el prefacio " que el hombre de ciencia tiene el derecho a desinteresarse en las consecuencias prácticas de sus estudios" (LGDJ, p.VI)

⁴¹⁵ En este sentido, Millet M., *op.cit.* espec.p. 263 y 264 (el texto y las notas) y 270.

1) La modificación de los planes

Extensamente meditado y madurado, el plan de un tratado es su esqueleto que en principio no debería cambiar en el curso de las sucesivas ediciones. Aún cuando es frecuente que el autor modifique algunas frases, reconstruya un párrafo o mejore la presentación por la introducción de nuevas ideas, es extraño replantearse el plan o al menos sus principales subdivisiones. Un plan sólido resiste a las evoluciones menores del derecho positivo que deberían encontrar cómodamente su lugar, aún a costa de la agregación de un párrafo.

Tres reacciones son posibles *a priori* ante una novedad: por orden creciente de importancia, la nota al pie de página, la integración en el cuerpo del texto pero sin modificación del plan y, finalmente, la reestructuración más o menos profunda del plan. En teoría, la amplitud de una reforma o de una nueva jurisprudencia debería corresponder con los cambios realizados al momento de reeditar. Sin embargo, la concordancia no es rigurosa y las innovaciones suelen ser minimizadas en una primera etapa, por diversas razones pero sobre todo por prudencia: el autor no domina aun las situaciones que, eventualmente, continúan evolucionando por lo que prefiere darse el tiempo para reflexionar en las posibles implicancias, esperar el conjunto de reacciones doctrinarias para comentarlas mejor, etc. Pero también puede buscar, concientemente o no, minimizar una reforma que no le sea favorable.

Es que el plan de un tratado es el reflejo del sistema jurídico: o mejor aun es ese sistema. Y modificar el plan implica integrar de manera definitiva la innovación al derecho después de ser sistematizado y ordenado por la doctrina. Ni pensar en la respetabilidad que habría adquirido el estatus de *judicio* si se hubiera convertido en el primer capítulo de un gran tratado de derecho administrativo o de derecho civil. Hubiera sido, sin duda alguna, su suprema consagración. Incluso en los temas menos candentes, el autor puede tener la tentación de encapsular el cambio realizado en una desdeñosa nota al pie de página, sin perjuicio de hacer *ver* este cambio en el cuerpo del texto en una nueva edición...

Pero esto solo ocurre en los casos susceptibles de ser discutidos. Las grandes reformas, en efecto, imponen una reforma del plan. Cuando en 1912 el legislador admitió finalmente la investigación de la paternidad natural fue necesario, y con toda rapidez, hacer los cambios correspondientes a la sección consagrada a la investigación de la maternidad natural. Del mismo modo, el fallo *Jeand'heur* obligaba a presentar la responsabilidad general por el hecho de las cosas como un nuevo caso al lado de la responsabilidad por el hecho de los animales y edificios: podía entonces ubicarse en primer lugar (por el motivo, algo evidente, que lo general debe anteceder lo particular) o en último lugar pretendiendo que se trataba de una disposición de excepción... Lo que pudo ser menos específico pero que demuestra que la legitimación hubiera sido más o menos fuerte según la ubicación escogida.

Del mismo modo los Pactos, institución en busca de legitimidad, necesariamente se incluirán en los tratados y manuales después de la ley del 15 de noviembre de 1999. Pero ¿dónde se ubicarán? En rigor, este Pacto es un contrato cuyo fin es organizar la vida en común, lo que ostensiblemente lo aleja del modelo de

la venta o del arrendamiento... Imposible, por lo tanto, ubicarlo en un tratado de "contratos especiales". En el fondo, el Pacto es un matrimonio *bis*, como lo prueba entre otras cosas, la prohibición de contraerlo entre parientes próximos. ¿Se incluirá en el párrafo del matrimonio presentándolo como abierto a todas las parejas, hetero u homosexuales, y con un mayor grado de generalidad? Sin mucho análisis sabemos que esa no será la solución elegida. El Pacto se ubicará después del matrimonio, por ser menos sólido y menos venerable que éste; lógicamente figurará en el título de las relaciones fuera del matrimonio junto con el concubinato y probablemente antes que éste, ya que se ubica a la cabeza del nuevo título que le dedica el código civil y que le confiere un verdadero estatus, a diferencia del concubinato que la ley sólo reconoce a regañadientes.

De este modo, el lugar escogido no es neutro. La importancia cuantitativa de los desarrollos de esta nueva materia dependerá, en mayor o en menor medida, de la legitimidad que el autor haya querido concederle. Pero la reconstrucción de las materias no es meramente formal: para incluir las innovaciones el sistema no puede contentarse con el arsenal conceptual existente y necesita de teorías apropiadas para la tarea.

2) La renovación de las teorías

El derecho vive de una memoria muy extensa, lo que lo diferencia con la mayoría de las otras disciplinas: actualmente un jurista aún puede apoyarse en Ulpiano mientras que los astrónomos ya no leen a Ptolomeo...Excepto en los detalles, la ciencia del derecho no ha tenido rupturas brutales y su contenido ha sobrevivido, por ejemplo, a la caída del imperio romano y de la monarquía absoluta. Siendo parcial la renovación del derecho, ocurre lo mismo con la renovación de las teorías del derecho donde habrá una flexibilización seguida de un enriquecimiento. Por esta vía, el autor de la teoría supuestamente nueva, legitima su innovación y re-legitima el derecho existente. La actitud del jurista se resume entonces a un "sí, pero": sí a las novedades, pero sin brutalizar una construcción edificada hace mucho tiempo. No hay entonces un rechazo total, ni una aceptación total, pero una mezcla entre el pasado y el futuro⁴¹⁶.

No hay rechazo total: dejando de lado el caso extremo ya señalado, la doctrina solo puede aceptar el nuevo derecho positivo y dedicarse a la tarea que se le impone. En la práctica no suele darse el caso que un autor se niegue a teorizar una norma y se limite a relatarla en su estado bruto sin extraer una explicación que permita integrarla al derecho existente. Incluso las más extrañas soluciones ingresan, cueste lo que cueste, por medio de catalizadores como el mandato tácito, la gestión de negocios ajenos y otras nociones a la vez extensas y flexibles, que son aquí de una gran utilidad cuando no se produce una real convicción. El único contra ejemplo que se nos viene a la mente se refiere al artículo 16 de la ley del 13 de julio de 1965, en virtud del cual el sindicato de copropietarios pueden disponer de los espacios comunes, con una mayoría calificada por supuesto, aún cuando no sea dueño: comentando esta "herejía", M.Lombois rehusó a dar una explicación muy elaborada. "La ley- escribe, formula una

⁴¹⁶ Comp. con "La sedimentation des théories juridiques", de Atias Ch., *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987, p.171 s.s.

regla: hay que acogerla, aun cuando parezca contraria a los principios habitualmente enseñados”⁴¹⁷. De todas formas este rechazo total fue únicamente posible porque la disposición tenía una aplicación marginal. Por lo general, los autores o rechazan implícitamente- cuando desdeñan una parte completa de la “reglamentación”-o bien aceptan construir...

Pero no hay aceptación total tampoco: incluso, y sobretodo en presencia de una novedad importante, el jurista no puede permitirse destruir el pasado, siempre necesario en alguno de sus aspectos. De este modo, la sociedad es teóricamente un contrato como cualquier otro, pero con el desarrollo masivo de las sociedades anónimas este análisis pierde mucho de su pertinencia. La doctrina teoriza entonces la personalidad moral, pero sin expulsar la noción de contrato que siempre se encuentra en todos los textos: una simple cuestión de repartición entre los dos análisis. El antiguo análisis sufre una nueva afrenta cuando la ley del 24 de julio de 1966 admite que la acumulación de todas las acciones en un sola mano no implica forzosamente la disolución de la sociedad, lo que se cimienta por la ley del 11 de julio de 1985 que consagra la existencia de la sociedad unipersonal: se hace necesario flexibilizar aún más la teoría del contrato (y de paso, aquella del patrimonio) para admitir que, aunque ya acuartelada en lo relativo a la formación de la sociedad, esta ley le infringía una excepción bastante ruda... La renovación de las teorías como una obra de acumulación,- o de mezcla.

Esta mezcla puede ocurrir en un sector restringido o a mayor escala. En un sector restringido: cuando la ley *Dubanchet* del 12 de mayo de 1980 decidió que la cláusula en virtud de la cual el vendedor se reservaba la propiedad de la cosa vendida hasta el pago del precio sería oponible a los demás acreedores en caso de una acción colectiva, la doctrina notó esta importante innovación práctica pero sin considerar de manera inmediata todas sus implicancias teóricas. La oponibilidad de esta cláusula, válida por sí misma pero de apariencia insignificante, no estimulaba mayormente la reflexión. Esto fue así hasta que la cláusula emergió de su olvido (donde había caído puesto que perdía su utilidad justo cuando se necesitaba de ella) y empezó a proliferar en la práctica y prontamente en la jurisprudencia. Se asentó la idea que esta cláusula era-de hecho siempre lo había sido- un seguro fundado en el derecho de propiedad. Asimismo, se recordó que la fiducia de los Romanos, el derecho de rescate del código civil y el leasing importado de Estados Unidos tenían una naturaleza similar: paso a paso, tuvo que realizarse una síntesis de esas formulas para integrar la propiedad de seguro en los manuales del derecho de los seguros. Pero surgió un debate, puesto que el carácter accesorio del seguro se oponía al carácter principal de la propiedad. De todas formas nadie desahució la idea, por lo que salió renovada y reforzada de la prueba. Así, no hubo rechazo doctrinario (lejos de eso) pero tampoco hubo destrucción: bastó una armoniosa conciliación.

En un grado mucho mayor, la creciente y constante promoción de los derechos humanos constituye un problema para la doctrina. Los Romanos, a quienes les debemos la arquitectura base de nuestro derecho, ignoraban el derecho subjetivo. Posteriormente, el derecho francés se construyó como un orden de apremio fundado,

⁴¹⁷ Lombois Cl.; D.1966, Leg.,p.110.

principalmente, en consideraciones de interés público entre las cuales la protección de los individuos sólo se lograba indirectamente. Sin embargo, los derechos humanos modifican este escenario: por ejemplo, la condición del transexual fue regulada en función de sus derechos y no por la lógica de esta institución policial *lato sensu* que es el estado civil. De ahí proviene la pregunta constantemente planteada: ¿Obligará la jurisprudencia de la Corte Europea a la reconstrucción del derecho francés centrándolo en el individuo, transformándolo todo?. Pero este discurso es demasiado alarmista sobre todo cuando semejante reconstrucción es inconcebible considerando todo lo que sabemos del derecho y de los juristas. Los autores intentarán conciliar las innovaciones, muchas veces justificadas y otras desastrosas de la Corte europea con el sistema sabiamente construido desde hace mucho tiempo(y aun perfectible). De todas formas una explosión de nociones y lógicas puede esconderse detrás de estas conciliaciones a veces más aparentes que reales. En lo inmediato, la doctrina ya se propone formular una nueva legitimidad del derecho francés respecto a los derechos humanos, construcción ambiciosa pero dispuesta a confirmar su propia legitimidad.

□ 2. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER DOCTRINARIO

El trabajo realizado por la doctrina demuestra la existencia de un poder y lo legitima por la calidad del trabajo realizado: lo hemos visto en todos los casos, ya ampliamente comentados, donde la doctrina logró influenciar el derecho positivo mereciendo de este modo su apelativo de *fuentes*. Pero al ser admitido este poder, corresponde ocuparse de sus formas de ejercicio, igualmente legitimadas por el trabajo doctrinario. A este respecto, la doctrina presenta un doble rostro: aquel de un magisterio a los ojos de terceros (A) y aquel de un poder intelectual interno (B).

A. UN MAGISTERIO A LOS OJOS DE TERCEROS

La idea que la doctrina ejerce un magisterio corresponde a una realidad que podemos lamentar, pero en ningún caso negar. O a lo menos podemos oponernos a este magisterio cuando se extiende más allá del cuadro estrictamente universitario. Pero esta extensión, sin duda, era difícil de evitar ya que es consustancial al manejo del derecho originalmente profesoral.

Siendo la doctrina profesoral por la mayoría de sus miembros, esta refleja una superioridad fundada en el saber que estos transmiten. Sin embargo, este saber es fuente de poder: los profesores no sólo dictan cátedras, sino que corrigen trabajos o textos de sus estudiantes y en particular las tesis de los candidatos a doctor, radicando la dificultad, sobre todo en el último caso, en diferenciar entre los errores –y combatirlos- y las opiniones, que hay que respetar. En la práctica, incluso los profesores más respetuosos de los otros hablan con autoridad a sus estudiantes. O incluso, y aquí se esboza nuestro problema, a aquellos que son más que antiguos estudiantes.

El hecho que la doctrina escriba también para los litigantes, necesariamente produce una desviación, usando un tono profesoral con los destinatarios mas diversos (abogados, notarios, juristas de empresa, etc.), incluso con aquellos que hablan “en nombre del pueblo francés” y aquellos que son los elegidos (englobados bajo el nombre de “legislador”). Sin embargo, estos destinatarios son adultos, profesionales competentes y bastantes concedores a su manera, que no es menos o más que la manera universitaria. Es de esperar que ya no se encuentren, incluso hace muchos años, en la relación académica de maestro y estudiantes. Pero esta costumbre esta tan anclada que el fenómeno ya no extraña en lo absoluto y se considera natural. Obviamente, las criticas doctrinarias se dirigen a las instituciones (los tribunales, las organizaciones profesionales, la administración, incluso el Parlamento) y no individuales, pero detrás de las instituciones hay personas que no siempre aprecian este tratamiento tan escolar...

La dificultad radica aquí en encontrar el tono apropiado, especialmente en los casos en que el autor detectó o creyó detectar un error de derecho. Los juristas no son los únicos que se equivocan: todo aquel que intenta rectificar un error sobre cualquier tema, o que simplemente explique lo que sabe a quienes lo ignoran, rápidamente es acusado de “hacerse el profesor”. Y con mayor razón cuando el acusado lo hace por escrito y es, efectivamente, profesor.

Lo más común es que el asunto se resuelva por si mismo, por la aceptación muy general del magisterio profesoral y sobre todo por una tradición de cortesía y de modestia científica entre los autores. Cuando Mme Gobert escribió un artículo sobre los “principios” (las comillas son de su pluma) de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas⁴¹⁸, podríamos esperar de su parte una severa lección a todos aquellos que invocaron estos falsos principios. Pero lejos de ello, esta autora se limitó, en lo que puede considerarse como un modelo de trabajo erudito, a inventariar una serie de mal entendidos acumulados en este tema, malentendidos que son presentados como inevitables por la falta de una investigación en profundidad. Pero otro autores pecan por desatino o por cambio de humor: es la historia del celebre “cero en derecho civil” con el que antaño fue calificada la Cámara de comercio de la Corte de casación⁴¹⁹ que indispuso profundamente a estos malos estudiantes regañados. Más recientemente, la frase “metida de pata” provoco una respuesta escrita de un Alto consejero...⁴²⁰ Más allá de la anécdota, el magisterio de la doctrina no es discutido por terceros en sus principios sino en casos de excesos afortunadamente escasos⁴²¹. Y por el lado profesoral, es ejercido sin animosidad, incluso reivindicado por algunos: es así

⁴¹⁸ Gobert M., “Reflexion sur les sources du droit et les “principes” d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes (À propos de la maternité de substitution)”, *RTD civ.* 1992, p.489.

⁴¹⁹ Este provocador título, que figuraba en la portada de la recopilación, desapareció de las tablas anuales de la revista que distraídamente la dejó pasar, para dar lugar a otra mucho más técnica. La nota misma (sous Cass. Com., 30 de junio 1992, *D.*1994, p.454) no es menos virulenta.

⁴²⁰ Sobre este asunto y el anterior, las obs. de Libchaber M., *RTD civ* 2000, p.679 s.s., que con una posición conciliadora intenta comprender las reacciones de unos y de otros.

⁴²¹ V. para una tipología de apreciaciones de la doctrina sobre la obra del Consejo de Estado, Delvolve P., “Le Conseil d’Etat vu par la doctrine”, *Revue administrative*, numero especial: “Le Conseil d’État et la doctrine”.

que M.Zenati no ve en esto un defecto, sino una noble tarea que la doctrina se ha impuesto a si misma⁴²².

El hecho es que este magisterio es también una responsabilidad semejante a la del intelectual en la ciudad pero tal vez más fuerte en el caso particular ya que la manifestación de una idea provoca efectos más directos. En un plano concreto, los autores se preguntan si valdrá la pena perturbar a los litigantes en vez de ayudarlos. Y en un punto de vista mas filosófico, el dilema de la doctrina se asemeja mucho al de la Academia francesa, que empieza por condenar un uso vicioso antes de reconocer el cambio de la costumbre. Lo mismo ocurre con la doctrina cuando denuncia un error de derecho en un fallo sin percibir inmediatamente sus intenciones implícitas frente a una situación nueva que requiere ser tratada *diferentement*. En casos semejantes, cualquier día el error se transforma en una jurisprudencia innovadora, respecto a la cual se hace necesaria establecer una teoría sobre bases renovadas. Pero el mal entendido puede provenir de una falta de comunicación más que de un vicio inherente al magisterio mismo⁴²³.

El verdadero vicio proviene más bien de otra parte, que tiende a transformarlo en un magisterio moral. Con esto queremos decir que los miembros de la doctrina presentan la solución que ellos estiman correcta como impuesta por razones puramente científicas, razones que ellos, en su calidad de expertos, conocen mejor. Sin embargo, lo correcto pertenece al ámbito de la moral, la conciencia y la convicción, todas áreas donde la ciencia puede ciertamente aclarar el juicio pero en ningún caso dictar la decisión, de manera que el ignorante, una vez informado, se encuentra en igualdad con el sabio para expresar su opinión⁴²⁴. Aún cuando abundan los ejemplos, solo daremos uno, elegido por su espectacularidad: con ocasión del debate sobre la liberalización del aborto, algunos adversarios al proyecto invocaron el adagio *infans conceptus pro nato habetur* como si este pudiera proveer la solución en los términos del derecho erudito. Sin embargo, un debate de semejante gravedad social genera ante todo un problema de conciencia (noción que reviste de una gran importancia en el texto finalmente adoptado) y el verdadero asunto aquí era si la norma expresada por ese adagio, que ya contemplaba una excepción con el aborto dicho terapéutico, tenía que admitir una nueva y mas difícil de aceptar en el terreno moral. Aún cuando sea probable que la referencia a los *infans conceptus* no convenciera realmente a quienes la esgrimieron, esta actitud es sintomática de una mezcla de géneros que los autores de la doctrina utilizan recurrentemente. Pero la frecuencia de este proceder lo priva de buena parte de su nocividad, ya que en la mayoría de las controversias, los dos campos siempre invocan la ciencia jurídica a su provecho, demostrando de este modo la relatividad de la ciencia en general y en el caso comentado. De este modo, la diversidad de las opiniones de la doctrina tempera los eventuales excesos de un magisterio algo oblicuo...Puesto que la doctrina es diversa, aún cuando esta no le impide ejercer su poder intelectual, incluido su poder interno.

⁴²²Zenati F., "L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil", D.2002 Chron., espec.p.16 a 18; del mismo autor, «L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique», RTD civ.2002, p.691 s.s., *passim*.

⁴²³ V. en este sentido las obs. ya señaladas de Libchaber M.

⁴²⁴ Sobre este tema, Jestaz Ph., "Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*)", RTD civ.2001, p.547 s.s., *passim*.

B. UN PODER INTELECTUAL INTERNO

Este poder, como todo hecho social, se forma de manera más o menos visible por la interacción de comportamientos individuales, pero convergentes (1). En todo caso, tiene manifestaciones fáciles de observar (2).

1) El hecho social del poder

A la manera de Rousseau, podríamos decir- bajo la forma de una constatación banal- que cada miembro de la doctrina tiene una parcela de poder intelectual. Sólo que, separándose del filósofo, se ve que las parcelas no son iguales y sobre todo que el fenómeno colectivo de la doctrina se lleva a cabo sin necesidad de la ficción de un contrato social. Basta, en efecto, notar que los dueños de estas parcelas tienen importantes puntos de convergencia que provienen de su formación particularmente estructurante, su cultura y su lenguaje común, a la fuerza de sus tradiciones, etc. En otros términos, que forman un grupo limitado y homogéneo. Desde entonces, encontraremos lógico que el conjunto de estos poderes individuales se ejerza de una manera convergente para formar, en el total, un hecho social bien constituido: aquel que llamamos ordinariamente “la doctrina” o “el conjunto de autores”, pero que también podrían llevar el nombre de “escuela francesa”. Por esta razón y muchas otras aún, vemos una suerte de identidad detrás de estos apelativos⁴²⁵.

La tesis en ese momento no fue objeto de ninguna verdadera refutación. A lo más invocaron contra ella el individualismo (real) de los autores, su independencia de espíritu (que no se les critica) y su diversidad de opinión (fácilmente verificable)⁴²⁶. Pero no vemos que estas críticas sean incompatibles con una pertenencia colectiva: el públicamente conocido individualismo francés no implica que Francia no sea una nación (incluso una particularmente afianzada⁴²⁷) ni impide que podamos observar sociológicamente las conductas de nuestros incorregibles compatriotas. Entre los juristas, no hay personas más celosas de su independencia que los abogados, cuya profesión ha sido material de un trabajo reciente de carácter sociológico⁴²⁸.

No pretendemos dedicarnos a un estudio sociológico de los profesores autores por falta de competencia y porque es de un interés menor para la ciencia jurídica en sí misma⁴²⁹. Ello no haría, según toda probabilidad, más que confirmar lo que cada miembro de la doctrina puede cotidianamente ver con los ojos de un sociólogo amateur, es decir que esta *se expresa y se comporta* como un cuerpo.

⁴²⁵ Jestaz Ph. y Jamin Ch., “L’entité doctrinale française”, D.1997, Chron., p.167 s.s., *passim*.

⁴²⁶ Aynes L., Gautier P-Y y F.Terre, “Antithèse de l’entité”(à propos d’une opinion sur la doctrine)”, D.1997, Chron., p.299 sq.

⁴²⁷ Puede ser que lo sea menos actualmente pero esto no se debe a un alza del individualismo, a lo más el de las “comunidades” que se reivindican como tal. De todas formas semejante peligro no amenaza a la doctrina...

⁴²⁸ Kaprik L., *Les avocats*, Gallimard, 1995.

⁴²⁹ Este estudio fue realizado, pero en lo que concierne a las facultades de letras, por Pierre Bourdieu en su celebre *Homo academicus* (Editions de Minuit, 1984). Obra cuyas conclusiones podríamos, en parte, traspasar siempre con extrema prudencia, puesto que las facultades de derecho mantienen con fuerza su especificidad.

La doctrina habla como un cuerpo: ajustándose a las definiciones corrientes que la presentan como un conjunto de autores y contra las cuales nadie jamás protestó. De hecho, es ella misma quien se designa bajo este concepto englobante. Aun mejor, los autores personifican constantemente a la doctrina en sus discursos cotidianos, donde puede leerse que la doctrina estima, critica, propone, etc. y obviamente que es fuente del derecho⁴³⁰.

La doctrina se comporta también como un cuerpo: los profesores tienen sus tradiciones, sus costumbres, sus criterios de evaluación, sus ritos, en una palabra su estatus costumbrista superpuesto al estatus legal. El todo perfectamente conocido y en lo absoluto oculto, aun cuando no se encuentre escrito. Las “tradiciones universitarias” son invocadas de manera recurrente y el concurso de agregación tuvo incluso derecho, bajo la pluma de M.Gautier, a sus “Institutos costumbristas”⁴³¹. Sin embargo los ritos del cuerpo tienen una prolongación cuando la doctrina se dedica a la actividad, que por excelencia le pertenece: aquella de escribir textos eruditos, el adagio *scripta manent* impone incluso aquí un cuidado particular. La fidelidad a las costumbres se hace presente, en especial cuando el hecho mismo de escribir reviste un carácter ritual: el rito de los “Misceláneos” ofrecidos a un colega con ocasión de su jubilación es el que mejor demuestra ese sentimiento de pertenencia colectiva y la comunión intelectual entre sus participantes, suscriptores y, prontamente, lectores.

En estas condiciones, el discurso hiper-individualista que rechaza toda idea de cuerpo se asemeja a una forma de exorcismo. Aún no es anónima, falta mucho para eso. La elevada concepción que M. Atias se hace de la doctrina no le impidió hacer hincapié en lo que él llamó “la comunidad de juristas”⁴³², noción más extensa puesto que incluye, además de los profesores (que son el grueso de la doctrina) a los litigantes como los magistrados, notarios, abogados, etc. Ahora, si existe una comunidad (de lenguaje, de razonamiento, etc.) entre estas profesiones tan diversas, con mayor razón existirá en el seno de cada una de ellas, incluida aquellas de los profesores. Aún cuando se centre en un proceder intelectual de otra naturaleza, el estudio de M.Zenati consagrado a *La jurisprudence* (en la misma colección que el presente trabajo) designa a la doctrina, dos veces a los menos, como una *entidad*⁴³³. “Los doctores..., escribe este autor, constituyen en el funcionamiento del sistema jurídico una entidad específica designada por un concepto autónomo” (subentendido: en relación con aquel de la jurisprudencia). Por su lado M.Gautier, invocando una costumbre de ciertas facultades de derecho, confirma que “se siente entonces muy fuertemente lo que quiere decir la familia y el Cuerpo”⁴³⁴ (con mayúscula). La misma

⁴³⁰ O en todo caso una autoridad (V.p.16).

⁴³¹ Gautier P.-Y., “Le concours d’agregation au plus intime: Institutes coutumieres”, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU Toulouse 1996, p.221 s.s.

⁴³² Atias Ch., *Épistémologie juridique*, PUF, 1ª ed., 1985, *passim*.

⁴³³ Zenati F., *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p.246 y 262.

⁴³⁴ “Éloge du rheteur (portrait et aphorismes) », *L’avenir du droit, Mélanges en l’honneur de François Terre*, PUF, Dalloz et Litec, 1999, p.193, n 78. La referencia a «nuestra comunidad» o al cuerpo se hace recurrente en la pluma de nuestro amigo Pierre-Yves Gautier, a pesar de su oposición a la noción de identidad doctrinaria: V. en este sentido “Jean Domat: l’un de ces messieurs de Port Royal”, *RTD civ* 1992, p.528, nota 2, y sobretudoo “Le concours d’agregation au plus intime: Institutes coutumieres” *op.cit.*, p.221, nota 4: “ En realidad, la Agregación crea una familia científica y nacional (candidatos y miembros del jurado que, según los calculos, provenientes de toda Francia), probada y mejorada por la prueba , un

mayúscula se encuentra a propósito del “Grupo” de “universitarios que encarnan la doctrina francesa” es decir los que firmaron la petición, ya comentada, de M.Catala⁴³⁵. “Sabemos, escribe aun M.Libchaber, lo que es la doctrina, en el sentido orgánico...”⁴³⁶. Además, debería escucharse la voz de todos aquellos que no han tomado la palabra en este asunto y que son bastante numerosos...

En síntesis, este hecho social de la doctrina, negado por algunos, es de todas formas aceptado por otros. Pero todos los autores, o casi, se complacen en subrayar sus diferencias individuales, tan discutibles como poco probadas: unanimidad donde no esta prohibido ver -precisamente- un reflejo típico de un cuerpo. De este modo, las “introducciones al derecho” incluyen de buen grado pasajes de este tipo en el capítulo de la doctrina, entre los cuales nos limitaremos a citar, bajo la pluma de M.Remy Cabrillac, un “retrato” de lo mas característico. Después de evocar brevemente la idea que la doctrina puede ser un cuerpo, el autor se corrige prontamente: “! Y además esta tan dividida! Jurista de derecho o jurista de izquierda, técnico o filosofo, artista o científico, jurista clásico, modelo de universidad erudita y ponderada, jurista barroco, trovador de una universidad humanista y alegre, o jurista mediocre de una universidad mezquina y laboriosa, sepulturero de la Universidad, jurista triste o jurista feliz...”⁴³⁷. Sin embargo, esta evocación, talentosa pero un poco forzada, de una pretensión caleidoscópica logra mas bien el efecto contrario en el lector. Los hechos señalados son insignificantes y mas bien menores que pueden observarse en cualquier otro grupo social. Razonando de manera absurda, esta galería de retratos se entendería si los miembros de la doctrina ejercieran de manera paralela actividades tan atípicas como la de matador, astronauta o cazador en Alaska...ya que en ese caso podríamos preguntarnos si realmente existe el “conjunto de autores”. Pero las observaciones de nuestro colega se limitan a señalar que cada uno tiene su personalidad y sus gustos, cosa que nadie tiene la necesidad de recordar respecto a ningún otro grupo social aun en el caso, por poner un ejemplo dentro de la esfera de los juristas, de los abogados o magistrados (no obstante mas diversificados que los juristas universitarios). Entonces, ¿porque decirlo solo respecto de los profesores de derecho?

En el mismo sentido, los enemigos declarados de nuestra idea de entidad M.M. Aynès, Gautier y Terré tuvieron el cuidado, *de manera excepcional*, de no presentarse en sus artículos de respuesta con sus apellidos y nombres y por lo tanto sin hacer valer su calidad de profesores, manifestando de este modo una preocupación de intervenir en tanto individuos en esta ocasión. Y con el fin de completar el paréntesis de su pertenencia institucional, *por una vez* prefirieron el orden alfabético a aquel, justamente inverso, de su respectiva ancianidad. Pero su notoriedad, mas bien su celebridad, hizo inútil la precaución. Aún mejor, la presentación adoptada no hacía más que subrayar la paradoja de defender el cuerpo en nombre de los individuos, aportando por este medio la confirmación de lo que estos tres autores intentaban negar.

Cuerpo homogéneo. Respecto al resto, la etimología no engaña: agregación proviene del latín “gregs”, el rebaño, o la jauría”.

⁴³⁵ V. *supra*, p. 238.

⁴³⁶ Libchaber R., “Une doctrine de la Cour de cassation?”, RTD *civ.* 2000, p.197.

⁴³⁷ Cabrillac R, *Introduction generale au droit*, Dalloz, quinta edicion., 2003, nº 157.

En el fondo, la doctrina nunca se afirma tanto como cuando se niega en palabras pero se reafirma en los hechos: es por su acción cotidiana que se hace a sí misma y se legitima de manera permanente. Lo anterior simplemente consiste en un proceso costumbrista. Lo sabemos, la legitimidad de la costumbre proviene completamente de su constante reafirmación en los hechos: por ejemplo, la reina de Inglaterra legitima nuevamente la regla costumbrista cada vez que le confía el gobierno al *leader* del partido que ha ganado las elecciones. Más modestamente, los miembros de la doctrina legitiman el poder intelectual por su utilización continua, tanto respecto a terceros como en sus relaciones internas. Es lo que veremos mejor aún al estudiar las manifestaciones de este poder.

2) Las manifestaciones del poder

La idea de un poder doctrinario interno no debe generar equivoco alguno: nadie, evidentemente, ordena a nadie y tampoco nadie aceptaría. Pero el ejercicio de todos estos poderes individuales converge en buena parte en una mezcla de la que surgen continuamente costumbres y después nuevos comportamientos que confirman estas costumbres haciéndolas evolucionar, etc. El todo según un proceso, banal, de constante interacción.

El resultado de esto, primero y sobretodo, es un poder de inclusión, de exclusión y de clasificación que en particular se manifiesta por las elecciones de los autores citados y la manera de manejar la citación. Es la colectividad de los autores la que decide, de manera informal, lo que forma o no parte de la doctrina y que obra pertenece o no a "la doctrina". Sutilmente, esta misma colectividad jerarquiza a los autores según su calidad intelectual y humana, según la importancia de sus trabajos y según el trabajo que han realizado en la enseñanza e investigación. El conjunto de estas evaluaciones culmina en un poder colectivo capaz de hacer o deshacer reputaciones. En la practica, las reputaciones se deshacen en raras ocasiones ya que el autor prosigue perseverar en su pensamiento: en gran parte porque lo eligió y por otro lado, a causa de la mirada de sus colegas. Sobre este punto, la doctrina ejerce su poder como una sociedad erudita informal, que ciertamente no tienen estatus, ni órganos decisorios, pero que vive de los actos (es decir la escritura y la lectura) y de un muy activo conventilleo,- en esto mas real que muchas otras asociaciones de existencia somnolienta.

Este poder tiene sus prolongaciones institucionales que son mucho mas solapadas: la dirección de un instituto, de un centro de estudios o de una revista, la participación como jurado de las tesis o agregaciones, la invitación como orador en un coloquio o como experto para un proyecto de reforma, el encargo de la redacción de un tratado o la continuación de este, el honor de ser invitado a escribir un artículo para un "Misceláneo" y con mayor razón ser a quien se le dedica la obra, ser un cronista en una prestigiosa revista, ocupar un cargo administrativo (en el consejo de Facultad y en el decanato, consejo y presidencia Universitario, Consejo nacional de universidades), la elección de nuevos colegas y todas las demás posiciones gratificantes dependen, en buena medida, de los puestos que se obtienen por el juicio de sus pares. A decir verdad no se concibe que funcione de otra manera, o mas bien la Universidad estaría en una mala posición si este criterio no fuera dominante. Lo que hay que destacar es

que este criterio no depende de un organismo restringido (como por ejemplo la comisión de especialistas formalmente encargados de las admisiones) sino que se define en el forum más extenso de la doctrina (que influencia bastante la decisión de la citada comisión). Por lo tanto, no es la intención criticar este poder intelectual sino simplemente explicitar el contenido concreto de lo que abstractamente se denomina doctrina. Ahora, aunque sus principales elementos sean el conjunto de las obras y, por extensión, el conjunto de autores, de todos modos es necesario incluir el conjunto de fallos, de comportamientos y de posiciones que hacen de la doctrina un organismo vivo y no solo una exhibición de sus productos de librería. Ciertamente los productos de librería llevan la marca indeleble de su autor, pero son también el testimonio y el fruto de una cierta vida intelectual.

Tal vez la manifestación mas curiosa de esta vida y poder doctrinario sea la prerrogativa que le confiere a cada autor. Los miembros de la doctrina tienen un *uti singuli* un poder para hablar en nombre de la doctrina o mejor aun de *ser* la doctrina. Aun cuando, teóricamente, los autores solo se comprometen a si mismos con sus dichos, se habla de la doctrina respecto a sus opiniones lo que a lo menos implica una cierta solidaridad entre ambos elementos. Esto no implica que la opinión de un autor obligue a sus colegas a titulo individual pero ésta le será colectivamente atribuida al momento de sopesar los argumentos. Si todos los autores que trataron un determinado tema (y generalmente pueden contarse con los dedos de una mano) llegaron a las mismas conclusiones, se hablara de “la doctrina unánime” y los autores especialistas que no se manifestaron en sentido contrario serán incluidos en el grupo, quiéranlo o no. Ocurre lo mismo con la “doctrina mayoritaria” que suele incluir a la mayoría silenciosa aun cuando normalmente, esta formula opone a tres autores contra uno. En cuanto a la doctrina que “en los hechos se limita a una persona”, de todas formas parece menos sólida pero no por eso deja de ser doctrina. Finalmente, en el caso de “doctrina dividida” (la división de los autores no tienen porque ser proporcional) a los autores que guardan silencio no puede atribuírseles una posición en particular, pero se asume que la división afecta la totalidad del conjunto, incluido aquellos autores que no se han detenido a reflexionar sobre el asunto. En todo caso, el autor consagrado que fue bendecido con la gracia de encarnar la doctrina, aun de manera fugitiva, se beneficia de una caución doctrinaria en lo concerniente a la calidad de su argumentación, aun cuando los demás autores no compartan su opinión y la caucionan solo por preterición (la caución, como todo el mundo sabe, no se presume). En este punto se manifiesta una solidaridad intelectual respecto a las opiniones individuales aun cuando no obligue a nadie a compartirlas.

Finalmente, podríamos resumir el poder intelectual de la doctrina repitiendo, junto con el poeta, que cada uno tiene su parte y todos el total. Pero independientemente a la referencia poética, este lenguaje es completamente extraño para un jurista americano, aun cuando fuere académico... Es lo que explicaremos en la tercera parte.

TERCERA PARTE

El antimodelo americano.

Introducción ¿Porqué los Estados Unidos?

De una vez por todas, esta expresión de anti modelo no tiene *ningún* valor científico: es una facilidad del lenguaje para explicar lo que sienten los juristas franceses cuando estudian el modelo jurídico americano. Dicho esto, ¿porqué los Estados Unidos y no Inglaterra? Porque-paradójicamente- Estados Unidos esta menos alejado de nuestro modelo por lo que la comparación se hace más significativa. Pero en primer lugar expliquémonos sobre Inglaterra (a) antes de justificar nuestra travesía por el Atlántico (b).

a) Algunas anotaciones sobre Inglaterra

Hablar de un “anti-modelo” respecto a un hipotético “modelo” doctrinario francés nos lleva inmediatamente a pensar en este país, puesto que es mas o menos aceptado de manera unánime que la doctrina, como lo entienden los juristas franceses, es absolutamente desconocida por el *common law* ingles.

Entre los múltiples factores que pueden explicar esta diferencia, dos pueden ser los principales. El primero dice relación con la estructura misma del derecho ingles. Aun cuando los juristas ingleses rechazaron muy tempranamente (es decir a partir del siglo XIII) las categorías fundamentales del derecho romano, en particular su distinción entre las cosas, las personas y las acciones, parecen haber tomado de los jurisconsultos romanos su falta de espíritu sistémico y su concepción esencialmente analítica y procedimental del derecho. Como sus lejanos predecesores, los juristas ingleses son sobre todo casuistas. Por lo tanto, nunca tuvieron un particular gusto por los esfuerzos de nacionalización y de sistematización llevados a cabo por los juristas de tradición romano germánica.

El segundo factor esta relacionado con el primero. Insistiendo sobre la casuística, los juristas ingleses dieron mayor importancia a la práctica y a los jueces. Lo que tuvo por consecuencia una reducción considerable de la parte construida por los juristas universitarios, aun mas considerando que el ejercicio del derecho en una oficina de abogados era, tradicionalmente, el mejor medio para acceder al colegio de abogados y del colegio a la magistratura. Por esta razón, los tratados de derecho ingles no aparecieron antes del siglo XIX, aparte de los *Commentaires of the Laws of England*, publicados en 1765 por Blackstone, profesor de Oxford. Por otra parte, esta notable excepción se asemeja mucho a la personalidad del autor, para quien se creo siete años antes la primera cátedra de *common law* en las universidades inglesas (y en el mundo): hasta entonces, los profesores ingleses limitaban su enseñanza al derecho romano desprovisto para el caso de toda utilidad. El relativo auge de los tratados solo comenzó en 1846 cuando el *Select Committee on Legal Education*, instituido por el Parlamento, insto a las universidades a desarrollar la enseñanza del derecho con el fin de mejorar la formación de los litigantes. De todas formas, solo las obras publicadas después de 1875 por los profesores Anson y Pollock han constituido, en mayor o

menor medida, el equivalente a lo que podía encontrarse en la misma época en los autores continentales, es decir una presentación racional del derecho positivo⁴³⁸

Esta literatura se impuso hasta los últimos años, de modo que MM. Atiyah y Summers pudieron escribir, en 1987, que “el tono de los manuales suele ser dogmático, con las decisiones presentadas como si fueran estrictas deducciones de principios de base”⁴³⁹. Su desarrollo, de todas formas, no incito a los jueces a interesarse en los escritos académicos, que tradicionalmente no citaban. Fue necesario esperar hasta 1997 y el juicio *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* para ver a dos Lords jueces debatir incidentalmente sobre los meritos de una eventual consulta a los escritos académicos⁴⁴⁰. Sin embargo, este caso se trata de un fenómeno marginal, aun cuando los profesores de derecho parecen ejercer actualmente una influencia mayor que en el pasado sobre la evolución del derecho ingles⁴⁴¹.

Pero sobre todo no hay que dejarse engañar sobre el sentido de esta evolución, que no tiene simpatía alguna por la generalización de un estilo dogmático de tipo continental. Por el contrario, fue el desarrollo reciente de una literatura jurídica mucho más diversa y atenta a las ciencias sociales, la que parece haber sacado a los universitarios de su aislamiento⁴⁴². En otros términos, este movimiento que se aceleraría en los años venideros, pudo tener sus orígenes en un cierto retroceso de la “*black-letter tradition*” (equivalente intraducible en nuestra dogmática), lo que fue bastante resumido con habilidad por un autor al decir que “... es Foucault mas que Portalis el que llama la atención de la nueva generación universitaria de juristas”⁴⁴³

Semejante situación no permitió la construcción de una doctrina en el sentido de la forjada por la escuela francesa. Esto se explica porque la tradición académica y la influencia de los universitarios en el ejercicio del derecho no son las mismas que en Francia y por el retroceso de un cierto discurso dogmático en la enseñanza del derecho. Tendríamos entonces un anti-modelo que contraponer a los juristas franceses, pero un anti-modelo que en definitiva es bastante poco instructivo y que no ayuda en nada a la comprensión del fenómeno doctrinario tal y como hemos intentado presentarlo a lo largo de esta obra: la existencia de dos tradiciones que se encuentran en las antípodas la una de la otra hace que la comparación sea bastante vana. Si queremos encontrar este anti-modelo, mas vale dirigirse a los Estados Unidos a causa de una paradójal proximidad en la evolución de los pensamientos jurídicos francés y americano.

⁴³⁸ Sobre este tema, Baker, J.-H. *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 1971, p.112 s.s.- Adde, Simpson, W.B., “The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature” (1981), 48 *The University of Chicago Law Review* 632, esp.IV.

⁴³⁹ Atiyah, P.-S. y Summers, R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Clarendon Press, 1987, p.234.

⁴⁴⁰ *Hunter v. Canary Wharf Ltd* [1997]2 A11 ER 426.

⁴⁴¹ Birks, P, “The Academic and the Practitioner” (1998), 18 *Legal Studies* 397.- Comp.Wilson, G. “English Legal Scholarship” (1987), 50 *The Modern Law Review*, 818.

⁴⁴² Sobre esta evolución reciente de la enseñanza del derecho en Inglaterra, por ej. Samuel, G, y Millns, S. “L’ enseignement du droit en Angleterre”, *RRJ* 1998, p.1527 s.s.

⁴⁴³ Samuel, G. “Existe-t-il une procédure de codification du droit anglais?”, *Revue française d’administration publique*, avril-junio 1997, p.217.

b) El interés del viaje americano.

En un principio, esta proximidad a los Estados Unidos se explica por la existencia de tradiciones universitarias, en el fondo, bastante parecidas a las nuestras. El prestigio universitario es una poderosa realidad norteamericana. O a lo menos es así en el caso de las diez o doce facultades de derecho mas importantes (*law school*) y solo después de los finales del siglo XIX al surgir un cuerpo de profesores de tiempo completo entre los mas jóvenes y brillantes titulados de dichas facultades- ya no provenían del cuerpo de litigantes, jueces o abogados, jubilados o ejerciendo a medio tiempo. Incluso hubo una época en que el titulo de decano de la celebre facultad de derecho de la Universidad de Harvard tenia mas peso que cualquier otro jurista de los Estados Unidos, con excepción del titulo de juez de la Corte Suprema. Siendo constituidas en base al prestigioso modelo germano, estas facultades ejercen una considerable influencia sobre el conjunto de la cultura jurídica americana. De estas universidades y de las múltiples revistas que editan, provienen la mayoría de las teorías que han revolucionado áreas completas del pensamiento jurídico americano. Es también en las Universidades donde los estudiantes aprenden lo esencial de su futura profesión; con un grado de excelencia tal que el celebre Benjamín Cardozo, en aquel tiempo jefe de la Corte de apelaciones del Estado de Nueva York, escribió en 1930 que lo esencial de su trabajo se lo debía a los juristas universitarios y que se encontraba en deuda con ellos, y que jamás dejaba de apreciar el trabajo de éstos en la Corte...⁴⁴⁴

Vemos entonces que los profesores de derecho americanos gozan de una gran reputación a los ojos de los litigantes, al punto que pueden calificarse como *autoridades* al igual que los principales autores en los sistemas romano-germánicos⁴⁴⁵. En primer lugar sus escritos influyen directamente el trabajo de los tribunales. Un ejemplo chocante: el desarrollo del derecho de la responsabilidad por productos defectuosos durante los años 1970 le debe mucho a los escritos profesoriales ampliamente acogidos por las jurisdicciones de diferentes Estados⁴⁴⁶. Pero el magisterio profesoral se ejerce de muchas otras formas: en las oficinas de abogados, algunos profesores participan muy de cerca en la preparación de los casos mas importantes que deben alegarse en las jurisdicciones superiores (incluida la Corte Suprema). Algunos son llamados a participar en diferentes instancias gubernamentales, muchos incluso a nivel federal, de este modo es muy frecuente que un prestigioso profesor de derecho se le conceda el puesto de *Solicitor-General* (la mano derecha del ministro de Justicia). Asimismo, algunos de entre ellos juegan un rol preponderante en diversos organismos, entre los cuales el famoso *American Law Institute* que desde su creación en 1923, ha impulsado numerosos *Restatements*. De manera mas indirecta, los profesores de derecho influyen de manera tangencial a los auxiliares jurídicos (*judges' law clerks*). Nombrados por uno o dos años para trabajar con diferentes jueces después de un curso universitario en el cual se han distinguido, actualmente parecen jugar un rol muy activo en la formación de las opiniones emitidas

⁴⁴⁴ Citado por Cosgrove, R.A., *Our Lady The Common Law: An Anglo-American Legal Community 1870-1930*, New York UP, 1987, p.283.

⁴⁴⁵ En este sentido, Attiyah, P-S. y Summers, R.S., *op.cit.*, p.403.-Comp. Schauer, F., "The Authority of Legal Scholarship" (1991), 139 *University of Pennsylvania Law School* 1003.

⁴⁴⁶ *Ibid*, p.402.- Adde, Priest, G.L., "The Invention of Enterprise Liability. A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law" (1985), XIV *Journal of Legal Studies* 461.

por los jueces de las Cortes de apelaciones, por lo que hacen investigaciones y a veces redactan borradores...

Prestigio universitario y magisterio de profesores: son los ingredientes suficientes para la formación de una doctrina comparable a la nuestra. Pero precisamente esto no ocurrió y por razones que, esta vez, hacen necesario un paralelo con Francia puesto que sucesos similares ocurrieron más o menos al mismo tiempo en los dos países, pero con resultados muy diferentes. Entre 1900 y 1930 y en ambos lados del Atlántico, una nueva generación de juristas se ensaña de manera más o menos violenta con los estragos del formalismo en el derecho. Pero mientras en Francia esta crítica es incendiaria culminando finalmente con la creación de una *escuela francesa* uniforme que renueva la dogmática con las formas de la modernidad; en los Estados Unidos culmina con el retroceso de esta dogmática beneficiando a los modelos intelectuales cuya enorme cantidad impidió para siempre hablar de *la* doctrina. Estudiaremos entonces lo que los juristas americanos en mayor o menor medida compartieron con sus colegas franceses en el primer cuarto del siglo XX: la crítica del formalismo (Sección 1). Posteriormente veremos cual fue el resultado de esta crítica pero solo por el lado norte-americano: el retroceso de la dogmática (Sección 2).

SECCIÓN 1

LA CRÍTICA DEL FORMALISMO

Para comprender en lo que consistía esta crítica en los primeros decenios del siglo XX, primeramente es necesario conocer la situación de aquella época. En resumen, el pensamiento jurídico americano, al menos el universitario (*scholars*), en un principio fue dominado por el modelo formalista de Langdell, implementado en los fines del siglo XIX. En contra de dicho modelo, autores que podemos agrupar bajo la bastante difusa bandera del *realismo*, dirigieron un ataque más o menos virulento. Estudiaremos entonces este modelo (1) y luego su cuestionamiento por los realistas (2).

1 EL MODELO DE LANGDELL

Examinaremos sucesivamente la elaboración del modelo (A) y su recepción por los juristas americanos (B).

A. LA ELABORACIÓN DEL MODELO

Por lo general, los historiadores distinguen tres periodos en la evolución del pensamiento jurídico americano⁴⁴⁷. La primera va desde el fin de la independencia (1870) hasta el inicio de la guerra de secesión (1860): sobretodo se caracteriza por lo que Morton Horwitz llamo "el surgimiento de una concepción instrumental del

⁴⁴⁷ V. por ej. Glimore, G., *The Ages of American Law*, Yale UP, 1977.

derecho”⁴⁴⁸. En esta época, los jueces tenían la tendencia de fallar mas allá del caso, ya que tenían conciencia que sus decisiones eran capaces de contribuir al desarrollo económico y social del país. Pero la guerra civil quiebra este anhelo: comienza entonces un segundo periodo (1860-1920) marcado por un regreso progresivo al formalismo. Los jueces optan por una concepción mas estrecha y mucho menos política (en el sentido de *policy*) de su rol. Muchos adoptan la convicción de que sus decisiones debían desprenderse de una pequeña cantidad de principios jurídicos fundamentales. Esta visión formalista de la actividad jurisdiccional prontamente es dominante. Dicha visión encuentra su homologo en las facultades de derecho, en la concepción *científica* del derecho que se impone por la influencia de las ideas aplicadas en Harvard por Langdell y sus sucesores. Es ésta concepción la que a partir de los primeros años del siglo XX y sobre todo en los años 1920, será objeto de las criticas violentas de los juristas *realistas* quienes inauguraran un tercer periodo que estudiaremos mas adelante.

Por el momento, centremos nuestra atención en este segundo periodo, marcado por lo que se ha acordado llamar “el pensamiento jurídico clásico”⁴⁴⁹. Este parece tener una doble característica⁴⁵⁰: por el lado de los jueces se caracteriza por la creencia en los beneficios del *laissez-faire*; en el medio universitario, al cual limitaremos nuestro estudio, se identifica esencialmente con el modelo establecido por Christopher Columbus Langdell, litigante newyorkino que se convierte en decano de la Facultad de derecho de la Universidad de Harvard en 1870⁴⁵¹.

En esta época, el derecho americano, que se encuentra en plena expansión, logra poco a poco su autonomía respecto al *common law* ingles y las profesiones jurídicas se desarrollan considerablemente. Sus representantes, que desean mantener el prestigio del colegio, le piden a las facultades de derecho incrementar su nivel de exigencia⁴⁵². Los primeros esfuerzos en este sentido son realizados por la Universidad de Columbia, que en 1857 crea una escuela de *jurisprudencia* (en el sentido clásico de ciencia del derecho). Su decano, Theodore Dwight, literalmente invento el método socrático de enseñanza fundado en el dialogo entre el profesor y los estudiantes, al mismo tiempo que invito a numerosos litigantes a enseñar ciertas ramas especializadas del derecho. Pero prontamente Columbia es sobrepasada por Harvard.

El presidente de esta Universidad es un químico, Charles Eliot: ingresado en 1869, pretende imponer un nuevo método de enseñanza en su materia. Desde entonces, los estudiantes ya no intentaran reproducir los experimentos descritos en sus manuales, sino que deberán deducir principios generales a partir de casos

⁴⁴⁸ Horwitz, M.J., *The Transformation of American Law 1780-1860k*, Harvard UP, 1977, p.1.

⁴⁴⁹ En primer lugar, Kennedy, D., “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940” (1980), *3 Research in Law and Sociology* 3.

⁴⁵⁰ En este sentido, Duxbury, N., *Patterns of Americans Jurisprudence*, Clarendon Press, 1955, p.9 s.s.

⁴⁵¹ Sobre este modelo, dentro de la literatura pletorica, mas particularmente, Gray, T.C., “Langdell’s Orthodoxy” (1983), *45 University of Pittsburg Law Review*, 1.

⁴⁵² En este sentido, Stevens,R., *Law School, Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, The University of North Carolina Press, 1983, espec. P.3 s.s.

concretos⁴⁵³. Y es con la firme convicción que este método es aplicable a otras disciplinas que Eliot contrata a Langdell el año siguiente. Langdell toma entonces de Eliot el *método del caso* el cual será popularizado por su sucesor James Barr Ames, quien ingresa como profesor asistente el año 1873 antes de ser elegido decano en 1895.

Hasta ese momento, los estudiantes aprendían derecho en los tratados de corte clásico cuyo arquetipo eran los cuatro volúmenes de *Commentaries on American Law*, publicados entre 1826 y 1830 por James Kent, quien enseñaba derecho en el *Columbia College*. Incluso el decano Dwight, que sin embargo había inventado el método socrático, se negaba a que sus alumnos estudiaran los fallos de diferentes jurisdicciones. Aun cuando para él los principios del *common law* se dedujeran de manera incontestable de estos fallos, prefería remitirse a manuales (*textbooks*) escritos por autores experimentados que habían sabido encontrar estos principios al estudiar el caso. Era entonces en estos manuales y no en el caso mismo, donde los aprendices de juristas estudiaban a la vez los principios y los lazos que los unen⁴⁵⁴. Sin embargo, es precisamente con este método que Langdell pretendía romper.

En su opinión, era imperativo que los estudiantes analizaran por si mismos las decisiones jurisprudenciales (*cases*) bajo la tutela de un profesor quien debía presentarles un fallo y ayudarlos a resolver el caso. Sobre este tema, Langdell hará escuela hasta el punto que el método del caso se convertirá en un patrimonio adquirido de manera irreversible por las facultades de derecho americanas. De todas formas, su manera de tratar el caso, que él considera como la única capaz de hacer prevalecer una concepción *científica* del derecho, será evidentemente cuestionada. Se fundamenta en un escrupuloso respeto a la regla del *stare decisis*: para Langdell, la clave de la ciencia del derecho radica en el arte de discernir, especialmente entre los múltiples fallos de las jurisdicciones de apelación, aquellos que tengan el estatus de *precedente*. Sin embargo estos son muy pocos puesto que, en definitiva, hay muy pocos fallos que enuncien principios jurídicos fundamentales ya que la gran mayoría generalmente se limita a recogerlos. Y estos grandes fallos son a su vez, el resultado de una larga evolución orientada a seleccionar los mejores principios según un proceder *darwiniano*, de manera que solo un estudio especialmente escrupuloso permitiría reconstruir este trabajo de elaboración realizado por el juez. Luego, una vez hecho el difícil trabajo de localización de los principios de base, el jurista deberá clasificarlos y demostrar que están unidos por la lógica, es decir tendrá que realizar su estudio sistemático⁴⁵⁵.

En otras palabras, el método del caso tiene por objeto encontrar los principios fundamentales que se encuentren en un pequeño número de fallos pertinentes, después clasificarlos y relacionarlos entre ellos por criterios lógicos: entonces, y solo entonces, el derecho se convierte en una *ciencia* que en el futuro le permitirá a los

⁴⁵³ En particular, A.Chase, "The Birth of the Modern Law School" (1979), 23 *American Journal of Legal History*, 334-35.

⁴⁵⁴ Sobre el método de Dwight, en particular, Foudation for Research in Legal History, *A History of the School of Law Columbia University*, Columbia UP, 1955, espec. P.35 y 36.

⁴⁵⁵ V. la exposición del método in Langdell C.C, *A Selection of Cases on the Law of Contract*, Little Brown, 1º ed., 1871, p.VII a IX.

litigantes encontrar, para cada caso, *la* solución correcta. En el fondo, Langdell se asemeja a nuestros exegetas, con la salvedad que trabaja con otro material. Aun cuando es discutible, su concepción tiene por lo menos una ventaja práctica puesto que es en su nombre que Langdell convoca y logra contratar a especialistas de la ciencia jurídica, es decir, a profesores de tiempo completo...

B. LA RECEPCIÓN DEL MODELO POR LOS JURISTAS AMERICANOS

Popularizado por Ames y defendido por numerosos discípulos de Langdell, el método se extendió como un reguero de pólvora en las facultades de derecho americanas que vieron multiplicarse los *casebooks* en detrimento de los antiguos *textbooks*. Pero el resultado fue una considerable evolución, puesto que los sucesores de Langdell serán más o menos fieles a su enseñanza.

El más ortodoxo de todos es sin lugar a dudas Joseph Beale, quien prontamente se convirtió en el blanco de los realistas: este especialista en conflictos de leyes fue nombrado profesor asistente en Harvard en 1982, justo después de terminar su formación. Según él, el *common law* se funda en un pequeño número de principios intemporales que determinan la naturaleza científica de un sistema jurídico perfecto y cerrado, incapaz de ser afectado por "malas decisiones"⁴⁵⁶. De este modo, el juez no está de ningún modo habilitado para crear el derecho (*to make law*), sino que debe limitarse a aplicar, es decir fallar según los principios que estructuran de manera lógica y coherente el conjunto del sistema.

Pero este pensamiento jamás se implantara, siendo Beale más papista que el papa, mientras que el grueso de los colegas de Langdell no lo son tanto: aun cuando compartan una visión formalista del derecho, muchos de entre ellos le critican el promover una concepción demasiado estrecha y selectiva de lo que amerita ser objeto de un examen científico. Es el caso de Samuel Williston, que sostiene que Langdell no se interesa en la evolución de derecho a partir de 1850... Otros, como John Gray y William Keener, precisan la crítica: para estos autores el sistema jurídico americano es tan vasto y complejo que es imposible conocerlo en detalle, sobretodo porque este sistema parece (desde los inicios del siglo XX) gobernado por una infinidad de principios jurídicos. En otros términos y como lo señaló Grant Gilmore más de medio siglo después, el modelo de Langdell se fundamenta en el imposible proyecto de racionalizar los fallos jurisdiccionales, siendo publicados los mas importantes de manera mas o menos sistemática por la *West Company* desde 1870. De este modo, la constancia de esta imposibilidad probablemente sea el origen del realismo...⁴⁵⁷

En lo inmediato, Keener se esfuerza por enmendar el modelo sin condenar el método del caso: estima que lo importante no es que los estudiantes encuentren por lógica los principios que supuestamente gobiernan el conjunto del sistema jurídico, con el fin de deducir la solución correcta, sino desarrollar su sentido del derecho

⁴⁵⁶ Beale, J.H., *A Treatise of the Conflict of Laws*, Harvard UP, 1º ed., 1916, p.315.

⁴⁵⁷ Gilmore, G. "Legal Realism: Its cause and Cure"(1961), 70 *Yale Law Journal* 1401.

llevándolos a aprehender, en cada caso, lo que hace la especificidad del razonamiento que culminó en la decisión adoptada por el fallo. Lo que Ames, el mismo sucesor de Langdell, resumirá en 1907 al escribir que “los hombres que son entrenados a examinar las opiniones de los mas grandes juristas del sistema ingles de *common law*, están en una mejor posición para saber lo que es el razonamiento jurídico y son probablemente más capaces de resolver problemas jurídicos de lo que lo serian si se hubieran dedicado al estudio del derecho de un Estado particular”⁴⁵⁸. En rigor, las opiniones de un juez *ingles* son más importantes que el conocimiento de las soluciones del derecho positivo americano. Y como hoy escribe Neil Duxbury, “el nuevo objetivo detrás del método del caso era enseñarles a los estudiantes a razonar como juristas más que descubrir “el derecho”. La metodología mas que la sustancia se transformaba en lo esencial del sistema”⁴⁵⁹.

Era dar sobre este punto un paso decisivo que marcaría durablemente y de manera muy profunda la enseñanza del derecho en los Estados Unidos. No más que el método socrático o el método del caso, el interés puesto en el proceso de toma de decisión judicial (*judicial process*) más que en el fondo del derecho no debía ser cuestionado. Por lo menos el método del caso se liberó del peso de la búsqueda de la solución correcta y única. De este modo, la enseñanza del derecho se orienta a revelar a los estudiantes un proceso más que una sustancia y permite entonces transmitirles “la enorme extensión de lo posible que se desplegara antes ellos en el futuro, cuando practiquen el derecho”⁴⁶⁰.

Bajo estas condiciones es muy lógico que el formalismo jurídico de Langdell fuera prontamente criticado. Su modelo, que tomaba de las ciencias naturales una visión darwiniana del derecho, literalmente se derrumbó en los años 1920⁴⁶¹, a lo menos en su versión mas dura ya que su versión corregida por Ames y Keener subsistió. Este derrumbe en parte se debió a que el pensamiento americano había perdido el interés en los modelos de las ciencias naturales dejando este campo del saber a las nuevas ciencias sociales. De este modo, el desarrollo de las ciencias sociales, que en la misma época enervaba a los autores franceses preocupados por renovar la dogmática *en contra* de estas supuestas ciencias⁴⁶², tuvo un efecto estrictamente inverso en Estados Unidos. Pero una paradoja del destino lo quiso así, por la influencia a lo menos parcial de estos mismos autores franceses cuyo pensamiento pudo inspirar, o a lo menos legitimar con posterioridad, la crítica de los realistas...⁴⁶³

⁴⁵⁸ Ames, J.-B. “Discussion of Paper by A.M.Kales” (1907), 31 *Reports of the American Bar Association*, 1025.

⁴⁵⁹ N. Duxbury, *op cit.*, p.22.

⁴⁶⁰ Grosswald Curran, V., «L’enseignement du droit aux Etats-Unis: un reflet oblique de la méthodologie “*common-law*» »

⁴⁶¹ Duxbury N, *op. cit.*, p.24 y 25.

⁴⁶² V. *supra*, p.139 s.s.

⁴⁶³ V. *infra*, p.297.

□ 2 LA CRITICA DE LOS REALISTAS

Los juristas americanos no se revelaron contra el formalismo de Langdell de manera abrupta y concertada. Su crítica, de hecho configurada por los cambios del modelo, se desarrolló en etapas con cierto desorden y sobretodo, sin que los autores agrupados bajo la bandera del realismo tuvieran un proyecto bien definido para enfrentar a sus adversarios. En este sentido, el realismo fue más reactivo que constructivo y fue más “un estado de ánimo” (*mood*) que un movimiento estructurado. Pero si bien nació hacia la izquierda (del lado de Roosevelt), el realismo impregnó profundamente toda la cultura jurídica francesa. Actualmente, incluso los republicanos más conservadores han adoptado el pensamiento realista.

Evidentemente es difícil circunscribir este movimiento o este *mood* a fechas precisas. La mayoría de los historiadores lo ubican en el periodo entre las dos guerras mundiales, pero algunos tienen una visión más extensa y aceptan incluir a los “proto-realistas” en particular Holmes, Pound y Gray⁴⁶⁴, sin mencionar al incansable juez Cardozo quien para Gilmore fue el primer “anti-formalista”⁴⁶⁵. Es esta visión amplia del realismo la que adoptaremos, y la que nos llevara a distinguir sus orígenes (A) y su evolución posterior (B).

A. LOS ORÍGENES DEL REALISMO

Para mayor simplicidad nos limitaremos a presentar de manera breve las principales ideas de Holmes (1) y de Pound (2).

1) Olivier Wendell Holmes, jr. (1841-1935)

Figura mítica del pensamiento jurídico americano, Holmes es tal vez el jurista cuya vida y escritos fueron más estudiados y que al mismo tiempo, generaron las más diversas apreciaciones. Jurista de una prodigiosa potencia intelectual y de una erudición inmensa, Holmes más que universitario fue un litigante: diplomado de Harvard, enseñó como lector por más de diez años, pero en definitiva solo fue profesor a tiempo completo por tres meses, entre septiembre y diciembre de 1882, fecha en que fue nombrado juez de la Corte suprema del Estado de Massachusetts. Posteriormente fue juez en jefe de dicha Corte y veinte años más tarde fue nombrado en la Corte suprema de los Estados Unidos.

El nombramiento de Holmes en Harvard en gran parte se debió a una serie de conferencias (*lectures*), dadas en el Institut Lowell de Boston en 1880 y compiladas en un volumen publicado el año siguiente bajo el título *The Common Law*. La obra se abre sobre un aforismo, característico del estilo de su autor, y que tendría un considerable

⁴⁶⁴ En este sentido, Duxbury, N., *op.cit.*, p.32 *sq.*, quien en variadas ocasiones habla de “proto-realistas”, o incluso Fisher III, W.W., Horwitz, M.J. y Reed, T.A. (ed.), *American Legal Realism*, Oxford UP, 1993, esp. P.3 s.s.

⁴⁶⁵ Gilmore, G., *The Ages...*, precitado, p.75*sq.*-Comp. Posner, R.A., *Cardozo, A Study in Reputation*, The University of Chicago Press, 1990, p.12 y 13.

éxito: “la vida del derecho no se encuentra en la lógica: reside en la experiencia”. Esta frase generó variadas interpretaciones pero al ser dicha con ocasión de un análisis sobre el manual de contratos de Langdell, dejaba entrever un rechazo a la tesis langdelliana que concibe el derecho como una ciencia. Asimismo, esta crítica se hacía aun más evidente, al utilizar un tono sarcástico y al presentar a Langdell como “el mayor teólogo viviente del derecho”...⁴⁶⁶

A decir verdad, en gran medida la obra de Holmes se dedica a una rigurosa crítica de los excesos del formalismo jurídico y de las deducciones lógicas. Dos años antes de la publicación en Francia de la *Méthode d'interprétation...*, su celebre artículo “*The Path of the Law*” incontestablemente nos hace pensar en la crítica que desarrollaría Gény en el derecho civil. El cuestionamiento del “método tradicional” por los franceses y la crítica “del pensamiento jurídico clásico” por los americanos se parecen mucho aunque se apliquen a sistemas jurídicos diferentes. En 1987, Holmes se ensaña con una concepción del derecho que lo reduce a un sistema racional, deducido de principios éticos o de axiomas capaces o no de coincidir con las decisiones de la justicia. Para Holmes, esta manera de repetir el derecho es demasiado estrecha. En particular, no permite hacer predicciones de lo que será el derecho venidero que es lo único importante para él, o más bien lo es para su famoso “hombre malo” (*bad man*) que no se interesa en lo absoluto por los axiomas y las deducciones, pero quiere saber en qué sentido las jurisdicciones de Massachusetts o de Inglaterra serán capaces de juzgar⁴⁶⁷. De este modo, Holmes cree romper no solo con una visión idealista (en el sentido kantiano) del derecho que confunde derecho y moral, sino que también con el área tradicional de investigación de los juristas que los hacía incapaces de *predecir* correctamente el derecho venidero. Aun cuando no cuestione la importancia de la lógica⁴⁶⁸, le critica a sus contemporáneos (jueces y académicos) el encerrarse en una visión puramente lógica del derecho siendo que de manera muy cómoda⁴⁶⁹, puede darse una forma lógica a cualquier solución. Por otra parte, sugiere no dar demasiada importancia a la historia y a la tradición: aquel que quiera dominar el futuro debe ser “el hombre de las estadísticas y el maestro de la economía”⁴⁷⁰.

Crítica a los abusos de las abstracciones jurídicas y llamado a la economía política: los análisis de Holmes y de Geny, que sin embargo no se leyeron recíprocamente, son cercanos entre sí. Lo que los separa es el iusnaturalismo de Gény que Holmes barrera de un plumazo algunos años más tarde en un artículo bastante corto sobre “el derecho natural”: publicado en 1918 en la *Harvard Law Review*, inicialmente el texto se pensó como un análisis de *Ciencia y técnica*...⁴⁷¹ Pero de un solo golpe ambos autores extendieron el campo de visión de los juristas de su tiempo:

⁴⁶⁶ Holmes, O.W.: (1880), 14 *American Law Review*, 234.

⁴⁶⁷ Holmes, O.W., “The Path of the Law” (1987), 10 *Harvard Law Review*, 460-61.

⁴⁶⁸ *Ibid*, 465-66.

⁴⁶⁹ *Ibid*, 466.

⁴⁷⁰ *Ibid*, 469.

⁴⁷¹ En este sentido, Kennedy, D. y Belleau, M.-C., “François Gény aux Etats-Unis”, in Thomasset, Cl., Vanderlinden J., Jestaz Ph., (bajo la dir.) *François Gény, mythes et réalités*, Yvon Blais, Dalloz y Bruylant, 2000, p.306.

uno contra el modelo de Langdell y el otro contra el modelo exegético. Prontamente Pound tomara el mismo rumbo.

2) Roscoe Pound (1870-1964).

Otro precursor del realismo americano (convirtiéndose en su perseguidor años más tarde) Pound pudo no ser un jurista. Diplomado en botánica, inicialmente solo debía pasar un año en Harvard para aprender el derecho aplicable a su disciplina. Pero el destino lo llevo por otro lado...Dividiendo su tiempo entre el estudio de la botánica, el ejercicio del derecho como abogado y juez (fue miembro de la Corte Suprema de Nebraska entre 1901 y 1903) y la enseñanza del derecho en diferentes universidades, finalmente se integro a Harvard como profesor en 1910, para posteriormente ser elegido decano en 1916, cargo que ocuparía por veinte años⁴⁷².

En primer lugar, los realistas le deben a Pound una severa crítica al modelo de Langdell, plasmada por primera vez en 1908 en un artículo titulado, de manera significativa, "*Mechanical Jurisprudence*"⁴⁷³. Incluso si Langdell no es mencionado, el modelo que representaba es rudamente cuestionado. Según Pound, la concepción científica del derecho tiende a transformarse en una visión puramente mecánica que olvida que la ciencia se mide por la realización de determinados fines y no por la coherencia de su estructura interna: los juristas, en vez de preocuparse de la belleza formal del sistema que ellos mismo han construido, deberían centrar su atención en los resultados concretos de sus análisis. Reemplazar los principios formalistas de la "*mechanical jurisprudence*" por los principios pragmáticos de la "*sociological jurisprudence*" era el objetivo de Pound, quien pondría a prueba sus propios postulados a partir del año siguiente en un artículo dedicado a la libertad contractual⁴⁷⁴. Entre otras cosas, demostraba que al desinteresarse de las finalidades concretas de sus propias decisiones en provecho de las deducciones lógicas, la Corte suprema, en el celebre caso de *Lochner v. New York*⁴⁷⁵, había llegado a un resultado estrictamente inverso a los principios que le sirvieron de punto de partida...

De este modo, Pound no tenía ninguna duda de la necesidad de romper con el modelo de Langdell. Este último había señalado que las bibliotecas eran los laboratorios de los juristas,-puesto que era en ellas que podían encontrarse el conjunto de las decisiones jurisdiccionales. Por el contrario, Pound se fija como objetivo sustituir el derecho de los libros por el derecho en acción –título de uno de sus artículos⁴⁷⁶-lo que implicaba la realización de investigaciones interdisciplinarias y de estudios empíricos con el fin de verificar en concreto la legitimidad de los principios jurídicos y de evaluarlos según su finalidad social⁴⁷⁷

⁴⁷² De manera general, Sayre, P., *The Life of Roscoe Pound*, State University of Iowa, 1948.

⁴⁷³ Pound, R., "Mechanical Jurisprudence" (1908), 8 *Columbia Law Review*, 605.

⁴⁷⁴ Pound, R., "Liberty of Contract" (1909), 18 *Yale Law Journal*, 454.

⁴⁷⁵ 198 US 45 (1905). Este juicio dio lugar a una celebre opinión disidente del juez Holmes, quien sostuvo que "los principios generales (*general propositions*) no resuelven los casos concretos" para criticar el uso de la Corte suprema de la palabra "libertad" que figura en la 14ª enmienda.

⁴⁷⁶ Pound, R. "Law in Books an Law in Action" (1910), 44 *American Law Review*, 12.

⁴⁷⁷ Duxbury, N., *op.cit.*p.58.

Este trabajo de reconstrucción del pensamiento americano se asemeja mucho al de Geny y de Saleilles, cuyas obras fueron leídas por Pound y con mucha atención puesto que contribuyó a su traducción en los Estados Unidos⁴⁷⁸. Pound entregó una gran cantidad de material de base a los realistas. Al igual que Geny, quien se estremeció al ver las consecuencias sus propias audacias después de la publicación por Demogue de *Notions fondamentales...*⁴⁷⁹, prontamente Pound tomará la posición exactamente contraria a la de sus primeros escritos y despreciará de la peor manera al realismo. Sobre esta actitud hablaremos mas adelante.

Sin embargo, Pound le dio a los realistas una parte importante de su programa siendo claramente influenciado por los filósofos y juristas europeos- hasta el punto de trabar amistad con Ehrlich en 1912⁴⁸⁰. Pero en un gesto nacionalista, terminó por alejarse de ellos⁴⁸¹ y renegó completamente de sus convicciones iniciales reaccionando en contra de los realistas, habiendo tal vez obrado mal al alentarlos hasta el límite de sus propias intuiciones. Dicho esto, y más que ningún otro, Pound ayudo a colocar el espíritu realista en escena. Así, este espíritu realista alimento numerosos debates en las mas importantes facultades de derecho para después de tener un provisorio retroceso.

B. LA EVOLUCIÓN DEL REALISMO

Definir con precisión lo que fue el realismo americano- a lo menos en algunas palabras- es una tarea imposible. Sus representantes solo tuvieron en común su aversión por el modelo excesivamente formalista de Langdell, que era incapaz de analizar la actividad concreta de los jueces. Pero se separaban en todo lo demás. Algunos tenían un escepticismo muy próximo al realismo, mientras que otros tenían ideas positivistas y programáticas. Algunos afirmaron tener ambiciones filosóficas, contrariamente a aquellos que ante todo se definían como especialistas en las ciencias sociales empíricas. Mientras algunos privilegiaron los temas pedagógicos otros se

⁴⁷⁸ Director de *Modern Legal Philosophy Series*, John H. Wigmore, deseoso de favorecer los intercambios intelectuales en filosofía comparada del derecho, le pidió a Pound su opinión sobre la elección de autores de interés para ser traducidos. De este modo, en 1917 muchos extractos de las obras de Géný, que Pound admiraría por mucho tiempo (por ej. la carta que escribe a Holmes en 1919 con ocasión de la segunda edición de la *Méthode d'interprétation...*, reproducida in P.Sayre, *op.cit.*p. 275) y de Lambert (con quien mantendrá una frondosa correspondencia, ayudando en la creación del Instituto de derecho comparado de Lyon al participar en la elaboración de un fondo documental) fueron publicados en una obra colectiva: *Science of Legal Method, Select Essays by Various Authors* (The Boston Co.) que fue antecedido de cerca por un volumen dedicado a Fouillée, Charmont, Duguit y Demogue: *Modern French Legal Philosophy*, in *Modern Legal Philosophy Series: vol.VII*, The Boston Co., 1916. Algunos años antes, Pound hizo el prefacio de la traducción inglesa de *L'individualisation de la peine* de Saleilles: *The Individualization of Punishment*, translated by R.S. Jastrow, with an Introduction by R.Pound, Little, Brown &Co., 1911, esp. P.XI a XIX, donde señala que en todo el mundo los juristas reaccionan ante una administración de justicia exclusivamente dominada por formulas abstractas.

⁴⁷⁹ V. *supra*, p.149 s.s.

⁴⁸⁰ De manera más general, sobre la influencia ejercida por la escuela alemana del derecho libre en los realistas, entre ellos Pound, en particular Herget J.E. y Wallace S. "The German Free Movement as the Source of American Legal Realism" (1987), 73 *Virginia Law Review*, 399, espec.VIII.- Adde. Reimann M. (ed), *The Reception of Continental Ideas in the Common World 1820-1920*, Duncker & Humbolt, 1993, espec. Los artículos de Riesenfeld S. y de Herget J.E.

⁴⁸¹ Duxbury N., *op.cit.*, p.63.

concentraban en la reforma de las instituciones. Y si bien todos coincidían en la necesidad de realizar investigaciones interdisciplinarias, estuvieron lejos de interesarse en las mismas disciplinas...

Para dar al realismo su sentido, a lo menos según la perspectiva en que lo hemos abordado, lo menos malo sería (aun cuando sea un método bastante reductivo) centrar nuestra atención en las instituciones⁴⁸². En efecto, si el modelo de Langdell se identifica con Harvard, el centro gravitacional del realismo son sucesivamente Columbia y posteriormente Yale: 16 de los 20 autores que en 1931 Llewellyn y Frank asocian al grupo del realismo estuvieron, en algún momento, relacionados con uno de estos dos polos, lo que pudo fomentar la idea que el realismo era solo un fenómeno propio de las relaciones de poder entre tres prestigiosas universidades...⁴⁸³

Primeramente estudiaremos las ideas desarrolladas en Columbia (1) y luego en Yale (2), antes de referirnos a las opiniones discordantes (3).

1) Columbia (al comienzo de los años 1920)

La implementación del modelo de Langdell había relegado a Columbia al segundo lugar. Pero esta situación prontamente iba a cambiar gracias a los esfuerzos conjuntos de tres profesores deseosos de hacer más “científico” el estudio del derecho y de favorecer una mayor osmosis entre el derecho y las demás ciencias sociales: Walter Cook, brillante desertor de Yale, diplomado de ciencias físicas en la Universidad de Berlín y por un tiempo profesor de matemáticas en Columbia; Underhill Moore, que anteriormente había ejercido el derecho en New York y enseñado en diferentes universidades; y sobretodo Hernan Oliphant, un filólogo que tardíamente estudio derecho. En 1921, el primer citado escribía al presidente de la Universidad con el fin de proponerle una reforma completa del *curriculum*. después de un periodo de experimentación con variadas apreciaciones, un comité fue encargado en 1926 de proponer modificaciones concretas. Durante dos años, sus trabajos provocarían debates de una extraña intensidad⁴⁸⁴

Criticando las divisiones demasiado “jurídicas” entre *contract, torts, equito, agency*, etc., el comité proponía su substitución por tres divisiones principales supuestamente más “funcionales”: relaciones de negocios (combinados con el estudio de la economía), relaciones familiares (combinados con el estudio de la sociología) y relaciones políticas (como expresión de las ciencias políticas). Acto seguido, varios comités más pequeños tuvieron la misión de formular proposiciones más precisas. De este modo, el comité encargado de las relaciones de negocios pensó en subdividir la materia en marketing, organizaciones comerciales (*business organizations*), relaciones de trabajo, crédito financiero, etc. Esta nueva forma de enseñar el derecho, que concretizaba las ideas de Holmes y de Pound, obtuvo la aceptación de una gran número de profesores de Columbia, puesto que podía permitir que la “*sociological*

⁴⁸² En este sentido, Twining W., *Kart Llewellyn and the Realist Movement*, Willmer Brothers Limited, 1973, esp. P.9.

⁴⁸³ Duxbury N., *op.cit.*p.139.

⁴⁸⁴ Sobre éstos, en particular, Foundation for Research in Legal History, *A History of the School of Law, Columbia University*, Columbia UP, 1955, esp. P.299 s.s.

jurisprudence” ingresara en las facultades de derecho pareciendo más rigurosa que el método tradicional. Pero estos mismos profesores coincidían en que la confección de los materiales “no jurídicos” necesarios para servir de base al proyecto, requeriría de investigaciones preparatorias muy importantes.

En dicho estado de cosas, la oposición se radicalizó. Conducidos por Oliphant, un primer grupo, aquel de los realistas más comprometidos, expresó el deseo que las Facultades se dieran por principal misión el fomentar la investigación propiamente científica, para que así el derecho fuera concebido como un simple aspecto de la organización social (*social engineering*), lo que tendría por efecto transformar las Facultades en una “comunidad de eruditos” (“*comunita of scholars*”) en detrimento de su orientación *profesional*⁴⁸⁵. Contrariamente, un segundo grupo, aquel de los realistas moderados, deseaba que la formación profesional (*professional training*) permaneciera como la principal función de la Facultad. Al respecto, la abrupta renuncia del decano provocaría una grave crisis. El presidente de la Universidad, que hasta el momento había apoyado a Oliphant, favoreció en las elecciones de mayo de 1928 a uno de sus opositores, Young Smith, lo que le puso punto final a uno de los proyectos más ambiciosos de reforma del estudio del derecho en los Estados Unidos.

Oliphant y Underhill Moore, entre otros, se unieron al Instituto de investigaciones que había sido recientemente fundado en la Universidad John Hopkins, cuyo objetivo era desarrollar programas de investigación destinados a aplicar los métodos científicos al estudio empírico del derecho. De este modo, entre 1931 y 1933, los miembros del Instituto hicieron una serie de estudios estadísticos muy detallados sobre la administración de justicia y los litigios civiles, apoyándose en el trabajo realizado por algunas jurisdicciones (*status courts*) de los Estados de New York, Maryland y Ohio. Se encontraban entonces bastante lejos del método del caso. Pero al parecer, esta investigación empírica se selló con un fracaso. Fracaso no solo financiero, puesto que el Instituto no logró sobrevivir a los años de depresión (y Underhill Moore partió entonces a Yale), sino también intelectual: los detractores del realismo durante mucho tiempo citaron el proyecto del *John Hopkins Institute* como el mejor ejemplo de “realismo naif”...

Si bien la crisis de 1928 debilitó a Columbia, que prontamente cedería su lugar a Yale, sin embargo no provocó el regreso de la versión *dura* del modelo de Langdell, que quedó profundamente devaluada. Y el nuevo decano Young Smith, si bien repudió el realismo científico y radical de Oliphant en provecho del realismo práctico y moderado⁴⁸⁶, nunca abandonó la ambición de crear un modelo *pluridisciplinario* de enseñanza del derecho. Así, el curso dictado por Robert Hale en derecho económico (*legal economics*) entre el comienzo de los años 1920 y la mitad de los años 1950, durante mucho tiempo fue considerado un modelo del género⁴⁸⁷ y podríamos citar también muchas otras cátedras sobre las relaciones industriales o la reglamentación de las actividades comerciales. Más aún, la ruptura con el modelo de Langdell más que

⁴⁸⁵ Muy netamente, Oliphant H., *Summary of Legal Education, Faculty of Law, Columbia UP*, 1929, p.20 y 21.

⁴⁸⁶ Estas dos versiones son respectivamente llamadas *científicas* y *prudenciales* por Kronnan A.: *The Lost Lawyer*, Harvard UP, 1993, esp. p. 168.

⁴⁸⁷ Duxbury N., “Robert Hale and the Economy of Legal Force” (1990), 53 *Modern Law Review*, 421.

nada se plasmó en los cambios del contenido de las obras pedagógicas. De esta forma, estos ya no tenían por título “Cases on X”, sino “Cases and Materials on Y”, y esta terminología ha subsistido hasta nuestros días: los “materials” se constituían, entre otras cosas, de textos legislativos (*statutes*), de comentarios doctrinarios (*doctrinal commentaries*) o de documentos propios a las diversas ciencias sociales, el todo con el fin de permitir a los estudiantes reubicar el derecho en un contexto social mas amplio.

Este nuevo método de exposición del derecho, nacido en Columbia, rápidamente se extendería por el conjunto de las Universidades. Como prueba: el *Cases and Materials on the Law of Sales*, creado en 1930 por Llewellyn y que por su novedad se alejaba de lo que se hacia en aquella época, prontamente fue un modelo del genero. Esta compilación no se limita a la presentación del “caso”, que no es más de un tercio del conjunto, ya que Llewellyn busca entregar a sus estudiantes los elementos económicos y comerciales necesarios para mostrarles que son ellos los que forman las expectativas y los comportamientos de los compradores, de los vendedores y de los intermediarios de comercio. Insiste también en la necesidad de liberarse de los conceptos y de las categorías jurídicas tradicionales para favorecer un entendimiento del derecho más pragmático y más cercano a las situaciones de hecho concretas. Pero es en este punto que se muestran los limites del nuevo método y las insuficiencias del realismo: aunque el autor afirme en su prefacio su firme intención de recurrir a la lógica experimental, a la fisiología social, a la antropología o a la sociología, en las paginas que siguen de dicha intención no hay nada o casi nada⁴⁸⁸, un poco a la manera de Geny en Francia...

2) Yale (en los finales de los años 1920)

Cuando Columbia estaba a la cabeza del movimiento realista, Yale aun impartía una enseñanza muy tradicional, intencionalmente diferente a la de Harvard y por lo tanto pre-langdelliana. El “*Yale sistem*” consistía en particular en el estudio intensivo de los manuales (*textbooks*) con el objeto de enseñarles a los estudiantes “los principios del derecho” (“*the principes of the law*”). Los pocos casos estudiados solo lo eran a modo d ejemplo.

De este modo, la universidad no satisfacía las necesidades de la nueva generación de profesores. Desde 1913, el increíblemente pragmático Arthur Corbin⁴⁸⁹ se perturbo con la incapacidad del sistema para abordar la complejidad de los problemas fácticos tratados por los jueces, además de no permitir la comparación de sus fallos, ni tener una visión critica sobre las supuestas reglas estudiadas. Propuso interesarse menos en las doctrinas jurídicas y más en los aspectos fácticos de los fallos judiciales, insistir en el estudio del derecho concebido como un proceso en permanente evolución (un poco como el método histórico de los europeos) y no dudar en cambiar las reglas cuando dejan de corresponder con dicha evolución⁴⁹⁰. Otros autores adhirieron después a esta idea, como Cook (quien posteriormente se fue a Columbia) y el más abstracto Wesley Hohfeld.

⁴⁸⁸ En este sentido, Duxbury N., *op.cit.* p.145.

⁴⁸⁹ Quien, de hecho, no sabia nada de los escritos “pragmáticos” de William James o John Dewey.

⁴⁹⁰ Sobre estas ideas de Corbin, Twining W, *op.cit.*, p.28 s.s.

Pero esta prefiguración del realismo en Yale solo rindió frutos en 1927, con el nombramiento como decano del muy joven Robert Hutchins. Durante su corto mandato, este dio pruebas de un activismo impecable a favor de la institución y de las ideas heterodoxas de sus colegas. De este modo, aumento el cuerpo docente por medio de contrataciones masivas (hasta el punto que la Facultad de derecho doblo su talla) y redujo en un 25% la cantidad de estudiantes, con el muy preciso objetivo de "liberar a su Facultad interdisciplinaria de la rutina de la enseñanza, permitiéndole a los estudiantes seleccionados tomar conocimiento de los principios fundamentales de la reflexión teórica del derecho y comprender como el derecho funciona realmente"⁴⁹¹ Al mismo tiempo, estrechó lazos con el decano de la Facultad de medicina y con la Fundación Rockefeller para crear el *Institute of Human Relations*, con el objeto de desarrollar las investigaciones interdisciplinarias en todos los campos del conocimiento que estuvieran relacionados con la condición humana. Como escribió en aquel momento "cuando la Facultad de derecho de Yale tomó conciencia que el derecho es una ciencia social, estimo necesario tener la ayuda de los especialistas en ciencias sociales"⁴⁹². Posteriormente, Underhill Moore y William Douglas (ambos desertores de Columbia), Charles Clark (que reemplazo a Hutchins en sus funciones de decano) y Donald Slesinger (un psicólogo con quien Hutchins ya había colaborado) fueron los primeros en lanzarse a una aventura que se llevo a cabo con la estrecha colaboración de la Facultad de derecho. De este modo, Yale estaba a la cabeza de un movimiento particularmente creador cuya efervescencia no debe hacernos olvidar las críticas y oposiciones que generó.

3) Las voces discordantes (a partir de los años 1930)

Adeptos a lo "social" en todas sus formas, incluso a través de sus convicciones políticas, los realistas intentaron también incluir las ideas socialistas en el derecho positivo. Pero frente al individualismo y al liberalismo económico que dominaban la sociedad americana, estos estaban obligados a subir desmedidamente el tono de sus proposiciones: en un contexto francés mucho más favorable, un Saleilles había obtenido muchos mas resultados utilizando el método suave...⁴⁹³ De todas formas, no debe sorprendernos que la violencia de los realistas, o de algunos de ellos, haya generado críticas. Las primeras, paradójicamente, fueron las de Pound.

A partir de 1923, Pound se unió al numero creciente de autores "que parecen pensar que los preceptos jurídicos son incapaces de interdependencia y conexión lógica"⁴⁹⁴; el cuestionamiento de la certitud de las reglas jurídicas por lo realistas es, a su juicio, "una amenaza para el sistema del *common law*"⁴⁹⁵. La critica al realismo tomaría incluso tintes dramáticos con ocasión del celebre debate entre Kart Llewellyn y

⁴⁹¹ Ashmore H.S., *Unseasonable Truths: The Life of Robert Maynard Hutchins*, Little, Brown & Co., 1989, p.55.

⁴⁹² Hutchins R.M., "An Institute of Human Relations"(1929), 35 *American Journal of Sociology*, 190.

⁴⁹³ Comp. Hesselink M.W., *The New European Legal Culture*, Kluwer, 2001, p.35 y 36, quien ve en esto la explicación pragmática del rechazo de los juristas europeos (franceses, pero también neerlandeses, alemanes, italianos, etc.) a seguir los cambios del realismo durante los años 1930.

⁴⁹⁴ Pound R.: (1923), 37 *Harvard Law Review*, 397.

⁴⁹⁵ Wigdor D., *Roscoe Pound, Philosopher of Law*, Greenwood Press, 1974, p.262.

Jerôme Frank al inicio de los años 1930⁴⁹⁶. Como respuesta a ciertos artículos⁴⁹⁷, Pound escribe uno donde nuevamente critica a los realistas, sin mencionar ningún nombre y bajo pretexto de hacer un análisis del movimiento⁴⁹⁸. Por una parte les reprochaba, una vez mas, el ignorar los elementos lógicos y racionales propios del *common law*, es decir, en aquellos realistas mas radicales, el cuestionamiento de la existencia misma de las reglas, principios y teorías⁴⁹⁹. Por otra parte, los acusaba de utilizar de manera excesiva y desconsiderada las ciencias sociales, llegando incluso a decir que los intentos de explicación psicológica del proceso judicial eran puras quimeras. Luego, sin responder de manera especifica a la replica de Llewellyn⁵⁰⁰, Pound continuo con su cruzada anti-realista, acusando a sus adversarios de ser, en definitiva, unos nihilistas...⁵⁰¹

Otras criticas si hicieron escuchar, pero de manera mas moderada. En 1931, Morris Cohen, quien sin embargo se había declarado enemigo de la "*mechanical jurisprudence*", advertía a los realistas del peligro que implicaba creer que las aun jóvenes ciencias sociales, eran capaces de dar respuestas sólidas a todas sus preguntas⁵⁰². Y en 1934, el propio Hutchins, que había dejado Yale para convertirse en el presidente de la Universidad de Chicago, criticaba el uso de las ciencias sociales que el consideraba como un fenómeno del pasado: un ciencia del derecho pluridisciplinaria le parecía una futilidad puesto que estimaba, hablando desde la experiencia, que las otras disciplinas no tenían mucho que aportar al derecho⁵⁰³. Esta nueva actitud, si bien no puso fin a las investigaciones empíricas realizadas por los realistas, al menos les dio un fuerte golpe.

A partir de 1940, las criticas se multiplicaron al punto que después de a guerra, se produce un verdadero retroceso del realismo. Hecho simbólico: autor de un estudio dedicado a los comportamientos de los automovilistas ante los cambios de la legislación vehicular, un muy escrupuloso Underhill Moore fue doblemente criticado por los profesores de derecho y por los especialistas de las ciencias sociales que no se lo tomaban realmente en serio. Ante esto, Moore dejo de publicar después de este último trabajo...⁵⁰⁴

⁴⁹⁶ Para su presentación general, por ejemplo Horwitz M.J., *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford UP, 1992, p.172 sq.-Adde, Hull N.E.H., *Roscoe Pound and Karl Llewellyn-Searching for an American Jurisprudence*, The University of Chicago Press, 1997.

⁴⁹⁷ En particular, Llewellyn K.-N., "A Realistic Jurisprudence-The Next Step" (1930). 30 *Columbia Law Review*, 431; Frank J., *Law and the Modern Mind*, Brentano's, 1930.

⁴⁹⁸ Pound R., "The Call for a Realist Jurisprudence" (1931), 44 *Harvard Law Review*, 697.

⁴⁹⁹ *Ibid*, 706-07.

⁵⁰⁰ Llewellyn K.N., "Some realism about Realism-Responding to Dean Pound" (1931), 44 *Harvard Law Review*, 1222.

⁵⁰¹ Por ej. Pound R., "The Future of Law" (1937), 47 *Yale Law Journal*, 1.

⁵⁰² Cohen M.R., "Justice Holmes and the Nature of the Law" (1931), 31 *Columbia Law Review*, 364-65.

⁵⁰³ Hutchins R.M., "The Autobiography of an Ex-Law Student" (1934), 1 *University of Chicago Law Review*, 512-13.

⁵⁰⁴ Schlegel J.H., "American Legal Realism and Empirical Legal Science: The Singular Case of Underhill Moore" (1980), 29 *Buffalo Law Review* 195.- De manera general, Schlegel J.H., *American Legal Realism and Empirical Social Science*, University of Carolina Press, 1995, espec.p.257, que rinde un muy documentado homenaje a Underhill Moore por su integridad intelectual y la seriedad de sus intenciones.

Conclusiones del realismo

¿Fue el realismo un fracaso como lo propone Laura Kalman en su ensayo sobre Yale?⁵⁰⁵ Sin entrar en un debate que no nos corresponde, parece ser que este movimiento tuvo a lo menos tres efectos que contribuyeron de manera importante en la formación del anti-modelo americano.

Primo: aun cuando las facultades de derecho estén en deuda con el modelo de Langdell⁵⁰⁶, el realismo termino con la pretensión de este autor de definir por un criterio monolítico lo que debía ser *el* buen trabajo doctrinario (“*the critery of good scholarship*”), reduciendo en mayor o menor medida el derecho a una serie de principios fundamentales a la espera de sistematización⁵⁰⁷. De esta forma, los realistas aprendían de los juristas dogmáticos un cierta humildad intelectual...

Secundo: aunque algunas investigaciones pluridisciplinarias realizadas por los realistas fueron un fracaso, sobre todo en el terreno empírico, nadie cuestionó su utilidad *a priori*, ni siquiera los detractores más virulentos del realismo⁵⁰⁸. El mayor interés de estas investigaciones era, tal vez, enseñarles a los juristas a interrogarse menos sobre las nociones jurídicas y más sobre las consecuencias concretas de las decisiones hechas o a hacer.

Tercio: con el desarrollo del realismo, la cultura jurídica americana perdió definitivamente su “inocencia”, en el sentido que el derecho ya no podía ser percibido “como un simple cuerpo autónomo de los principios y de las teorías”⁵⁰⁹. Los realistas vulgarizaron la “*policy analysis*”, es decir un análisis fundado en la idea que las reglas del derecho tienden a la realización de determinados objetivos. Asimismo, demostraron que los principios supuestamente fundados en la razón pueden aparecer como la simple expresión de estos objetivos que en sociedades más o menos divididas, son a la vez múltiples, contradictorios y contestables. De este modo, destruyeron las bases del trabajo doctrinario clásico, que daba a los litigantes la solución correcta a partir de principios racionales⁵¹⁰ y abrieron las puertas a un verdadero pluralismo jurídico.

⁵⁰⁵ Kalman L. *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, University of North Carolina Press, 1986.- Comp, con los propósitos mucho mas reservados del autor del informe de la obra: Singer J.W., “Legal Realism Now”(1988), 76 *California Law Review* 65.- Adde, en el sentido de este último, J.H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, ya citado.

⁵⁰⁶ Por ej. Woodard C., “The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective” (1968), 54 *Virginia Law Review*, 722 y 727-28, que centra el interés en el triple legado de la concepción científica del derecho del Langdell: la noción de cátedras “fundamentales” dictadas en primer año, de las que dependerían todas las otras; el uso de *casebooks* que constituían el cuerpo de lo que debían saber los estudiantes; la elección de una enseñanza de acuerdo a un método mas o menos socrático con el objeto de permitirles extraer los principios a partir del estudio de fallos de jurisdicciones superiores.

⁵⁰⁷ En este sentido, Duxbury N., *op. cit.*, p.79.

⁵⁰⁸ *Ibid*, p.92 y 93 y 146 y 147.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.92.

⁵¹⁰ En este sentido, muy claramente Tushnet M., “Post-Realist Legal Scholarship” (1980), 15 *Journal of the Society of Public Law Teachers*, 23.

Bajo estas condiciones, el realismo solo podía provocar el retroceso de lo que los juristas americanos precisamente llaman el “método doctrinario” (“*doctrinal analysis*”) y que, en el fondo, no es otra cosa que dogmática.

SECCIÓN 2 EL RETROCESO DE LA DOGMÁTICA

La historia del pensamiento jurídico americano no se detuvo con los realistas. Por el contrario, oponiéndose al realismo por un regreso más o menos declarado al formalismo, los juristas norte-americanos le permitieron a la historia continuar su curso. Después de un periodo de retroceso de un tipo de realismo, el más radical, parece ser que los adeptos al realismo moderado lograron una victoria póstuma (1) y que en virtud de ésta, el pensamiento jurídico americano terminó de constituirse como un anti-modelo de la doctrina francesa (2).

□ 1 LA VICTORIA PÓSTUMA DE LOS REALISTAS

Esta victoria, que marca el retroceso de la dogmática, tardo un tiempo en definirse. En efecto, la post-guerra se caracteriza por lo que llamaremos el *regreso a la razón* (A). Pero las cosas cambian con una *nueva corriente* (la expresión es nuestra) que apareció en los años 1960 y 1970 (B) y sobre todo, a partir de 1980, con el fenómeno, llamado así por los propios Americanos, de la “nueva Facultad” (C).

A. EL REGRESO A LA RAZÓN EN LOS AÑOS 1950

El retroceso del realismo después de la segunda guerra mundial, se debe a múltiples factores: el carácter demasiado heteróclito de lo que era difícil de calificar como movimiento, la falta de un real programa con el objeto de reemplazar un método doctrinario que, en el fondo, había podido abandonar los excesos del Langdell, o aun el escepticismo abiertamente expresado por algunos realistas respecto a las reglas del derecho (*rules of law*) consideradas contradictorias, arbitrarias o inciertas. De este modo, las ideas realistas solo se perciben bajo slogans caricaturescos- el derecho se reduce a lo que deciden los jueces, estos no son mas que seres humanos, *stimuli* e intuiciones son los únicos fundamentos de su decisiones, etc.- y muchos de los que se declararon realistas, hayan o no expresado ideas radicales, son tachados de *nihilistas* en un momento en que la sociedad aun se encontraba atormentada por el espectro del nazismo⁵¹¹.

Bajo la sospecha de no apoyar con firmeza los valores democráticos, el realismo es progresivamente descalificado en provecho de las teorías marcadas por el regreso de la razón⁵¹². Y los mismos iconoclastas que habían estado vigentes hace

⁵¹¹ Recientemente respecto a Holmes, Alschuler A.W., *Law without Values-The Life , Work and Legacy of Justice Holmes*, The University of Chicago Press, 2000.

⁵¹² De manera general, Duxbury N., *op.cit.*, p.205 s.s.

veinte años se convierten en inconcebibles: fue el caso del juez Jérôme Frank quien señaló en 1931, en el estruendoso *Law and the Modern Mind*, que el juez era para el adulto el sustituto de un padre, por lo que el niño era un juez infalible.

Por el lado de la teoría del derecho, la corriente dominante parece presentada por la escuela de la "*processus jurisprudence*", que ciertamente encontró su expresión mas acabada en la celebre obra de Henry Hart, Jr. y Albert Sacks, ambos profesores de Harvard⁵¹³. Sin embargo, este libro no era mas que un *Cases and Materials* y estaba pensado para la enseñanza, pero tenia esta particularidad bastante útil- en un Estado que se había convertido tangencialmente en *regulador* de una multitud de autoridades independientes (*agencias*)- de fundarse en mayor medida en la legislación y en el derecho administrativo mas que en el *common law*.

A decir verdad, esta nueva corriente que se impuso en muchas universidades hasta el punto de tener adeptos aun en nuestros días, no es realmente una novedad. Se ajusta cómodamente a la continuidad del pensamiento jurídico americano, a lo menos desde que este acepto que el estudio del caso, mas que ser un medio para encontrar la solución correcta (lo que pensaba Langdell), es un proceso para comprender la manera de razonar de los juristas (idea popularizada por Ames y Keener). De hecho, los adherentes al *process jurisprudence* se cuidaron de decir que el proceso de toma de decisiones jurídicas esta fundado en una lógica deductiva abstracta (según la tradición langdelliana). Pero en el otro extremo, rechazaron también la idea que las decisiones se fundan en factores irracionales o puramente subjetivos (como lo pretendían algunos realistas). Simplemente consideraron que las soluciones de las cuestiones jurídicas podían tener métodos racionales y objetivos *a lo menos en lo concerniente a su elaboración*. Centrando la atención sobre esta elaboración, es decir en el respeto escrupuloso de los *procesos* mas que en la sustancia misma de las soluciones, e insistiendo sobre la "moralidad de los procesos" independientemente de los resultados⁵¹⁴ los adeptos de la *process jurisprudence* aceptaban el pensamiento dominante de la época que quería que el valor de la democracia- en el centro de las preocupaciones post-guerra- dependiera menos de soluciones concretas que de un conjunto de reglas y de procedimientos cuyo fin era organizar la competencia por el poder: lo que era sostenido en particular por Joseph Schumpeter, profesor de economía de Harvard después de 1942, o Robert Dahl, cuyo *A Preface to Democratic Theory*, publicada en 1956, tuvo un éxito considerable⁵¹⁵. Llevando esta problemática a su disciplina, los juristas que adherían a la *process jurisprudence* reintroducían algo de razón en el derecho- una razón procesal-, esperando evitar los enfrentamientos ideológicos sobre su contenido, afrontamientos que parecían pasados de moda cuando Daniel Bell iba a publicar su celebre ensayo sobre "el fin de las ideologías" (1960)⁵¹⁶.

Alejándose del juez Holmes, que había sostenido que la vida del derecho dependía de la experiencia, Henry Hart, Jr. podía entonces declarar en 1958, que la

⁵¹³ Hart H.M., Jr y Sachs A.M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, 1994, con un voluminoso e importante prefacio de Griswold E.N.

⁵¹⁴ Horvitz M.J., *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford UP, 1992, p.253.

⁵¹⁵ Sobre este tema, Horvitz M.J., *op.cit.*, espec. p.255 s.s.

⁵¹⁶ Bell D., *The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, Harvard UP, 1960.

Corte suprema estaba “predestinada... a ser la voz de la razón [porque] la razón es la vida del derecho”. De este modo, los partidarios de la *process jurisprudence* no creían volver a la razón doctrinaria clásica que consideraban, junto con los realistas, incapaz de extraer principios pertinentes. Pero se reconciliaban con celebres precursores como John Gray (en su obra de 1909 *The Nature and the Sources of Law*) o incluso Benjamín Cardozo, un ferviente admirador de Geny que había intentado entender más de cerca la elaboración de una decisión de justicia en su celebre *The Nature of the Judicial Process*, publicada en 1921.

Este regreso a la razón regirá el conjunto del trabajo de los universitarios americanos, cuya mayoría adhiere a una cierta tradición langdelliana, al mismo tiempo que sacan provecho de los logros menos extremistas del realismo. De este modo, los años 1950 no se caracterizan aun por un retroceso del análisis doctrinario, que permanece como la pieza central del trabajo a pesar de las críticas que le fueron hechas: preocupados de preparar a los estudiantes para su futura práctica profesional, los profesores escriben *Cases and Materials* o *Treatises*, donde intentan discernir los principios que supuestamente rigen las reglas del derecho, luego ordenarlos y analizarlos no solo desde el punto de vista de la lógica, sino que también a la luz de las ciencias humanas y sociales consideradas como ciencias anexas. Siguiendo un poco la manera de los mejores juristas franceses actuales... Desde este punto de vista, la crítica realista parece haber fracasado, a lo menos fuera de los círculos más comprometidos con ella, ya que “hasta la mitad de los años 1970, los tratados como aquellos de Loss sobre la reglamentación de los seguros, Aareda sobre el derecho a la competencia (*antitrust*), Wright y Millar sobre el procedimiento federal y Wigmore sobre el derecho de la prueba (*evidence*) fueron ampliamente considerados como la forma superior de trabajo universitario sobre el derecho. Sus autores eran superestrellas del mundo académico”⁵¹⁷.

El regreso a la razón afectó tanto a los profesores teóricos del derecho como a aquellos más dedicados a la formación profesional. Pero a partir de los años 1960, la razón poco a poco cedió su lugar ante la presión de lo que llamaremos, sin mucha originalidad por cierto, la nueva corriente.

B. LA NUEVA CORRIENTE (1960-1980)

Examinemos primero las razones que generaron esta corriente (1) antes de estudiar los dos movimientos principales que surgieron de ella: *Law and Economics* (2) y los *Critical Legal Studies* (3).

1) Los factores de cambio

Factores intelectuales y humanos de una extraña complejidad, pero fuertemente unidos a la historia contemporánea de los Estados-Unidos, se combinaron de manera muy estrecha para provocar el surgimiento de esta nueva corriente.

⁵¹⁷ Glendon M.A., *A Nation under Lawyer*, Harvard UP, 1994,p.204.

En el plano intelectual, el famoso fallo *Brown v. Board of Education* de 1954 dictado por la Corte suprema⁵¹⁸ que declaro inconstitucional la segregación racial en las escuelas publicas, seria el punto de partida de un debate intelectual de una extraña intensidad⁵¹⁹ que terminaría por cuestionar el *process jurisprudence*.

Como era de esperarse, los que se oponían a este método criticaron no necesariamente el fallo mismo, sino su insuficiente motivación en el terreno procesal. "La dificultad no radica en el resultado, sino en la falta de explicación sobre lo que fue decidido", escribió Albert Sachs en 1954⁵²⁰. Este es un reproche que la mayoría de los autores adherentes al *process jurisprudence* harán a la Corte suprema, cuyo activismo a favor de los derechos civiles se acentuará aun más bajo la autoridad del juez en jefe Earl Warren. Pero este reproche tiene el inconveniente de ubicar a los partidarios del *process jurisprudence* del lado de los conservadores, siendo que la sociedad americana de la época de ninguna forma era conservadora (estamos en los años 1960). Asimismo, las facultades de derecho atravesaban por profundos cambios que hacían inaudible un discurso articulado sobre "dispositivos institucionales" ("*institucional arrangements*") o sobre la "neutralidad de principios"⁵²¹ puestos en practica por los jueces.

En la base, los cambios son de orden demográfico. Estos años se caracterizan por un aumento del número de estudiantes en las facultades de derecho al doble. Su composición sociológica se modifica, mientras que las aspiraciones de los estudiantes no siempre son idénticas a las de sus predecesores que esencialmente buscaban adquirir un saber *profesional* que les permitiera ejercer como *lawyer*⁵²². La entrada en masa de las mujeres (que pasaron de ser menos del 5% del numero de estudiantes al 40% aproximadamente) y de miembros de diversas comunidades étnicas no favoreció en nada las bien controladas discusiones sobre la racionalidad del derecho, puesto que las nuevas categorías eran mas bien favorables al activismo de la Corte suprema en lo concerniente a derechos civiles. Los numerosos debates sobre la necesidad de reformar la sociedad americana, que marcan el término de un cierto consenso político, hacen resurgir los temas de fondo y favorecen el regreso a la "*policy analysis*", en detrimento de una concepción mas técnica del derecho que lo veía como un instrumento de la ingeniería social – el famoso *social engineering*.

El incremento masivo del número de estudiantes requirió también de un crecimiento del cuerpo académico. En un sistema americano al extremo descentralizado cada facultad debe contratar su personal según procedimientos y criterios propios. Además, cada universidad quiere conservar su propia identidad: Harvard jamás será Yale y Columbia se diferencia muy claramente de Chicago, de

⁵¹⁸ 347 US 483 (1954).

⁵¹⁹ Para un informe en lengua francesa, Michaut F. "L'inscription de la decision judiciaire dans un système juridique- Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine", *RDJ* 1989, p.1009 s.s., esp.I.

⁵²⁰ Sachs A.M. "The Supreme Court, 1953 Term-Foreword" (1954), 68 *Harvard Law Review*, 103.

⁵²¹ Según el título de un artículo del professor Herbert Wechsler, que generó una considerable literature: "Toward Neutral Principles of Constitutional Law" (1959), 73 *Harvard Law Review* 1.- De manera general, Peller G., "Neutral Principles in the 1950's" (1988), 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 561.

⁵²² Como ejemplo característico de la evolución de las mentalidades, Kahlenberg R.D., *Broken Contract, A Memoir of Harvard Law School*, University of Massachusetts Press, 1999.

Berkeley o de la Universidad de Michigan...Pero a pesar o a causa de esta diversidad, un gran número de juristas *diplomados también en ciencias humanas y sociales* llegaron a las más prestigiosas facultades de derecho entre 1960 y 1980⁵²³. Por la simple razón que las facultades de ciencias humanas no estaban en condiciones de absorber un número tan importante y creciente de diplomados (por lo general titulares de doctorados), mientras que las facultades de derecho tenían puestos libres...Para estos candidatos desafortunados en su disciplina de origen, la enseñanza en una facultad de derecho se presentaba como una facilidad: después de la obtención de una licencia (el famoso J.D.), una estaba obligada en el comité de redacción de alguna revista jurídica⁵²⁴ y un trabajo de auxiliar jurídico de un juez, era totalmente posible acceder- después de cinco años solamente-a un puesto de profesor y a un salario muy superior al que se habría ganado en un departamento de antropología o lingüística⁵²⁵.

Con el paso de los años, las facultades de derecho acogen a un número importante de profesores, usualmente muy diplomados y que no tienen necesariamente un gusto muy pronunciado por la enseñanza del derecho según el tradicional método del caso...En cuanto a la manera de teorizar el derecho que tenían los juristas, súbitamente ésta parece envejecida al ser considerada ingenua por estos nuevos profesores, acostumbrados al uso de conceptos mucho más abstractos y sofisticados...

A partir de 1970, están dadas las condiciones intelectuales e institucionales necesarias para modificar el pensamiento jurídico americano en profundidad: por un lado, el debate sobre los derechos civiles hizo renacer el interés por una "*policy analysis*", por el otro, la llegada en masa de profesores diplomados en otras materias solo pudo provocar un nuevo llamado a la teorización y al actuar interdisciplinario.

Los realistas tenían su revancha. De hecho, los dos movimientos más importantes que nacieron en aquella época reivindicaron su legado. Del lado *científico* del realismo y a la derecha en el tablero del ajedrez político, se encuentra el movimiento de la economía y del derecho- el famoso *Law and Economics*-que pretende evaluar el derecho solo según su eficacia (*efficiency*). A la izquierda y como respuesta al realismo más extremo (aquel que fue tildado de nihilista), encontramos el movimiento de los *Critical Legal Studies*.

2) El movimiento Law and Economics

En realidad, este movimiento no nació de golpe en los años 1970. De hecho, tiene sus orígenes cuarenta años antes en la Facultad de derecho de la Universidad de

⁵²³ Fenómenos aun más paradójico por cuanto eran muy solicitados por otros medios profesionales. En efecto, muchos diplomados en ciencias sociales y en derecho se unieron a diferentes instancias gubernamentales y a oficinas de abogados a partir de los años 1960. En efecto, como consecuencia de la influencia del realismo, los nuevos órganos de regulación utilizan de buena gana el lenguaje de las ciencias económicas o de la sociología y era necesario encontrar interlocutores hablando este mismo lenguaje del lado de los abogados que representan los intereses de las empresas...

⁵²⁴ Sobre el muy particular estatus de las revistas jurídicas que son, la mayoría, dirigidas por estudiantes, en particular Cramton R.C., "The Most Remarkable Institution": *The American Law Review* (1986), 35 *Journal of Legal Education* 1.

⁵²⁵ En este sentido, Kalman, L., *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale UP, 1996, espec.p.60 y 61.

Chicago, que- esto amerita ser mencionado- fue la primera en incluir a un economista en su cuerpo académico, un cierto Henry Simons. El mayor merito de Simons tal vez fue el permitir la posterior contratación de Aaron Director, quien verdaderamente estuvo en los orígenes de un análisis económico del derecho en Chicago. Director enseñó economía y el derecho de la competencia a muchas generaciones de estudiantes a los cuales marcaría profundamente, entre ellos Henry Manne, Robert Bork (cuya candidatura a la Corte suprema fue rechazada por el Senado en 1987) y sobre todo, Richard Posner. En 1958, Director crearía el *Journal and Economics*, donde el futuro premio Nobel Ronald Coase (titular de una cátedra de economía en la Facultad de derecho de la Universidad de Chicago) publicaría dos años después su artículo fundamental sobre “el problema del costo social”⁵²⁶.

Pero es en 1972 que aparece, de mano de Posner, el libro de síntesis, *Economic Analysis of Law*, que permite introducir las principales ideas del movimiento en las diferentes ramas del derecho (y no solamente en el derecho de la competencia). Posner, infatigable propagandista del análisis económico del derecho, se convierte entonces en uno de los cuatro fundadores oficiales⁵²⁷ junto con Coase, Guido Calabresi (autor, en 1970 de una obra importante sobre “el costo de los accidentes”) y Henry Manne (quien fue el primero en organizar en la Universidad de Miami, un programa intensivo de formación en el análisis económico del derecho dirigido a los jueces federales). Bajo su influencia, se crean muchas revistas importantes, destacándose entre ellas *Research in Law and Economics* y el *Journal of Legal Studies* fundada por Posner. Estas revistas se transformarían en el soporte de una considerable literatura (cerca de un miliar de artículos en diez años), que prontamente haría pasar a la totalidad del derecho bajo el ojo de la racionalidad económica. Y este proceder tendrá un éxito creciente dentro de los juristas⁵²⁸, lo que no dejara de sorprender al lector francés acostumbrado a la autonomía, constantemente reivindicada del campo jurídico.

3) El movimiento de los Critical Legal Studies

Contrariamente al análisis económico del derecho (a lo menos aquel que proviene de Chicago), el movimiento de los *Critical Legal Studies* deliberadamente se ubica a la izquierda del ajedrez político y reivindica las ideas más radicales de los realistas sobre las contradicciones internas y las incoherencias del sistema jurídico. Los *crits*, según una abreviatura de uso corriente, fueron también una red importante cuyos centros nerviosos se encontraban en Harvard (lo que casi provoco un sismo institucional) y en Stanford. Apoyándose en parte en la filosofía crítica europea (Derrida, Foucault, etc.) comienzan a elaborar, en los finales de los años 1970, una crítica interna a la razón jurídica intentando descubrir de manera sistemática y a

⁵²⁶ En su versión francesa, más especialmente, Coase R., *Le coût du droit*, trad. y prefacio Morisette Y.-M., PUF, 2000, p.23 s.s.

⁵²⁷ Título concedido con ocasión de una sesión plenaria del *American Law and Economics Association* en 1991: Mercurio N. y Medema S.G., *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton UP, 1997, p.193, nota 1.

⁵²⁸ Entre una literatura considerable respecto al movimiento de análisis económico del derecho, más especialmente, Duxbury N., *op.cit.*, p.301 s.s.- *Adde.* en francés Mackaay E., “La règle juridique observée par le prisme de l'économiste- Une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit”, *Revue internationale de droit économique*, 1986, p.43 s.s.

propósito de los temas mas triviales, el contenido político del discurso de los juristas, negando su pretensión de transparencia y neutralidad. Para los *crits* el derecho es política (“*law is politics*”). Denunciando con fuerza un sistema jurídico que legitima el *statu quo*, se ensañan también con una enseñanza del derecho calificada de reaccionaria y que favorece la conservación de las jerarquías sociales⁵²⁹. La virulencia de la denuncia provocara efervescentes reacciones de parte de la “vieja facultad”, incluso algunos profesores llegaron al nivel de exigir el abandono de las facultades de derecho por los *crits*...⁵³⁰

Law and Economics y *Critical Legal Studies* marcan la pauta de los nuevos debates intelectuales en los Estados Unidos: estos contribuirán ampliamente al retroceso del análisis doctrinario tradicional, escribiendo Posner en 1987 que para los numerosos jóvenes estudiantes, esta parece “pasada de moda, arcaica y agotada”...⁵³¹ Sin embargo, todas las turbulencias de esta nueva corriente no son nada aun comparado con aquellas que, desde 1980, justificaran el apelativo de “nueva Facultad”.

C. LA “NUEVA FACULTAD” (DESDE 1980)⁵³²

Esta expresión americana se refiere al ambiente intelectual completamente desbocado de las facultades de derecho y que es la consecuencia indirecta de la crisis de crecimiento acontecida veinte años antes. A diferencia de Francia, donde esta misma crisis no genero ninguna modificación en los modos doctrinarios de los juristas, una extraordinaria efervescencia intelectual se produjo del otro lado del Atlántico y en las más variadas direcciones, al punto que ninguna teoría, por extravagante que fuese, jamás es desechada *a priori*. Los años 1980 fueron testigos de la “feria de las ideas” (otra expresión americana⁵³³), que creció sin parar favoreciendo el trabajo pluridisciplinario (1). Este fenómeno desplaza al segundo lugar el trabajo tal y como los juristas franceses lo conocen (2). Pero el trabajo pluridisciplinario provoca también extensas interrogantes (3).

⁵²⁹ La presentación que hace uno de sus más activos representantes: Kennedy D., “Critique 2-Critical Legal Studies” en Arnaud A.-J. (bajo la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2º ed., 1993, p.133 sq.-Sobre la historia del movimiento, por ej. Kelman M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard UP, .1993.

⁵³⁰ En particular, Carrington P.D. (Decano de la Facultad de derecho de la Universidad de Duke) “Of Law and the River” (1984) ,34 *Journal of Legal Education* 222.- Comp. Martin P.W. y alii “Of Law and the River” and the Nihilism and Academic Freedom” (1985), 35 *Journal of Legal Education* 1.

⁵³¹ Posner R.A. “The decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987” (1987), 100 *Harvard Law Review* 773.- Comp. Posner R.A., “The Present Situation in Legal Scholarship” (1981), 90 *Yale Law Journal* 1113, que muestra que “el análisis doctrinario” es el modo tradicional y aun dominante de trabajo de los juristas eruditos (“*legal scholarship*”).

⁵³² Glendon M.A., *op.cit.*, p.203.

⁵³³ Ackerman B.A., “The Marketplace of Ideas” (1981), 90 *Yale Law Journal* 1131.

1) La “feria de las ideas”

Los Americanos, que en este punto utilizan el termino mas neutro de “mercado” (*a market place of ideas*, según una expresión tomada de James Stuart Mill), se refieren con él a cierta abundancia, una diversidad y una competencia de ideas provocadas por una verdadera explosión intelectual, situación que la palabra “feria” define mucho mejor aún, independientemente a la intención peyorativa...Sea lo que sea, esta explosión es una innegable realidad. De este modo, el análisis económico del derecho, tal como se desarrollo originalmente en Chicago, hoy es una escuela de economía entre muchas otras: la escuela del “*Chicago Law and Economics*”⁵³⁴. Los campos de investigación del análisis económico del derecho se diversificaron de manera considerable. Así, el análisis económico del derecho afecta el conjunto del sistema jurídico (incluido los sectores como el derecho de familia o de procedimiento civil) y se relaciona con todas las corrientes del pensamiento económico (neo-clásica, institucionalista; neo-institucionalista, etc. y sus múltiples divisiones) que fijaron domicilio en ciertas facultades de derecho como Chicago, Berkeley o Michigan. Corrientes que se pelean con rudeza el mercado (dicho correctamente: el de las universidades y editores), con métodos, temas de investigación y preocupaciones específicas, ya sean descriptivas o de tintes normativos.

Un fenómeno similar ocurrió con las *Critical Legal Studies* cuyas diversas corrientes se dispersaron por las mas diversas direcciones. Por ejemplo, la corriente feminista le reprocho a los *crits*, a comienzos de los años 1980, el mantener las jerarquías sexuales dentro del movimiento. Posteriormente, esta corriente se independizo y desarrollo teorías feministas del derecho cuyos análisis son tan diversos y sofisticados⁵³⁵ como radicales⁵³⁶. Actualmente, incontables teorías- teorías literarias americanas post-modernas, post-modernismo y post-estructuralismo europeo, feminismo, anti-racismo (*Critical Race Theory*), etc.-estructuran o de-estructuran las reflexiones de los *crits*⁵³⁷, aun cuando estos van perdiendo terreno ante la hiper-fuerza de los partidarios del análisis económico.

Todo esto sin mencionar las muy numerosas manifestaciones informales, individuales o marginales. En el fondo, los 8800 profesores de derecho americanos (eran 2800 en 1960) que abastecen cada trimestre aproximadamente a 600 revistas, han formulado una cantidad considerable de proposiciones en la continuidad histórica del realismo, convertido a estas alturas en “post-realismo”⁵³⁸. Asimismo, han exploraron todos los campos del saber,-al mismo tiempo que las masas de mano de obra los

⁵³⁴ Mercurio N., y Medema S.G., *op. cit.*, p.51.

⁵³⁵ Para una topología de las principales corrientes feministas en derecho (sistemáticas, radicales y de identidad), en particular, Belleau M.-C., “Les théories feministes: droit et différence sexuelle”, *RTD civ.*2001, p.1 s.s.

⁵³⁶ Recientemente, Gaudreault-DesBiens J.-F., *Le sexe et le droit-Sur le féminisme radical de Catherine MacKinnon*, Liber & Yvon Blais, 2001.

⁵³⁷ Sobre esto, Minda G., *Postmodern Legal Movements-Law and Jurisprudence at Century's End*, New York UP, 1995, p.167 s.s.

⁵³⁸ Tushnet M., “Post-Realist Legal Scholarship” (1980), 15 *Journal of the Society of Public Law Teachers*, 20.

incitaban a desarrollar las mas audaces teorías, incluso las mas extravagantes, en un intento de salir del anonimato...⁵³⁹

Después de la arremetida del realismo en los años 1930 aproximadamente, es posible reducir el pensamiento americano en la rubrica "*Law and...*": derecho y sociedad (*Law and Society*), derecho y antropología, derecho e historia, derecho y literatura, derecho y psicoanálisis, derecho y economía...El todo se une a los clásicos debates, por ejemplo, sobre el positivismo (que enfrente particularmente a H.L.A. Hart con León Fuller en los años 1960), sobre el regreso del formalismo (debate iniciado por el muy sutil Ernest Weinrib⁵⁴⁰) o aun sobre el *process jurisprudence*: puesto que esta corriente de pensamiento no ha desaparecido como tal y aun tiene herederos como Dennis Patterson o en rigor Ronald Dworkin. En breve, de mano de los autores americanos, todo o casi todo ha sido explorado, usualmente por corrientes sucesivas⁵⁴¹. Una exploración que hoy día nos permite constatar que el pensamiento jurídico americano se ha transformado, por un lado, en una formidable maquina para *racionalizar* el derecho y por el otro, en un formidable maquina para *reconstruirlo*...

La generación de profesores de los años 1960 parece haber tenido éxito en la apertura de las facultades de derecho que antaño eran unas islas de particularismo al interior de las universidades⁵⁴². La considerable sofisticación de la reflexión jurídica y su extrema permeabilidad a otras disciplinas permitieron la creación de puentes entre estas facultades y los demás departamentos universitarios especializados en ciencias humanas y sociales – de donde provenía la mayor parte de la generación de los 60- mientras que el método clásico doctrinario tenia como únicos interlocutores de los profesores a los litigantes... No tiene entonces nada de raro que este método haya sido desplazado a un segundo lugar.

2) La relegación del método doctrinario

Considerando un siempre posible, aunque improbable, cambio de tendencia, esta relegación es hoy un hecho consumado. Las revistas jurídicas publican cada vez menos artículos con una orientación práctica. Mientras que la proporción era de 4,5 por 1 articulo teórico en 1960, solo era de 1 por 1 en 1985...En cuanto a los tratados, estos ya no son escritos por los universitarios de primer orden, puesto que estos prefieren dedicarse a la teoría del derecho y por una razón que el profesor Georges Priest manifestó de manera bastante abrupta en 1983: "el tratado no debe ni considerarse en el crédito de aquellos que concurren para estar en la cima del pensamiento jurídico"...⁵⁴³

⁵³⁹ Collier C.W., "The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary of Legal Scholarship" (1991), 41 *Duke Law Journal* 271.

⁵⁴⁰ Sobre este, por ejemplo Patterson D., *Law & Truth*, Oxford UP, p.22 s.s.

⁵⁴¹ Tushnet M., "Legal Scholarship in the United States: An Overview" (1987), 50 *The Modern Law Review*, 815-16 que insiste en particular en el retroceso del "*Law and Society*" en beneficio del "*Law and Economics*".

⁵⁴² V.la constatación del célebre economista Paul Samuelson : "The Convergence of the Law School and the University" (1974), 44 *American Scholar* 256.

⁵⁴³ Priest G.L. "Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University" (1983), 33 *Journal of Legal Education* 437.

En el momento en que escribimos, los autores de los grandes tratados – como Areeda (sobre el derecho de la competencia), Davis (sobre el derecho administrativo), LaFave (sobre la cuarta enmienda), Prosser (sobre el derecho de la responsabilidad civil), Tribe (sobre el derecho constitucional), White y Summers (sobre el código de comercio unificado), Wright y Miller (sobre el procedimiento federal) o incluso Farnsworth (sobre el derecho de los contratos), este último muy apreciado por sus colegas franceses- ya no figuran en el Panteón de los académicos americanos. Es que estos análisis, considerados como laboriosos y muchas veces indigestos, de los adeptos al método doctrinario son desde hace una treintena de años despreciados por los académicos decididos a revolucionar el pensamiento jurídico y que por lo tanto no se dedican a este tipo de trabajo, demasiado modesto y desprovisto de una real ambición intelectual...⁵⁴⁴. De este modo, los autores clásicos se encuentran atrapados en un fuego cruzado: si se evaden de su trabajo de clarificación del derecho positivo para aventurarse por el lado de la filosofía moral o de la economía, los adherentes a los métodos pluridisciplinarios les reprochan, en el mejor de los casos, ser unos amateurs y en el peor, de equivocarse⁵⁴⁵. Pero se atrincheran en la dogmática, y a este tipo de trabajo se le critica que al ser el derecho, para algunos, intrínsecamente incoherente y contradictorio, su labor desde un principio esta destinada al fracaso. Considerando lo anterior, fue casi excusándose que Louis Loss publica en 1993, el onceavo volumen de la tercera edición de su tratado sobre el derecho de los valores mobiliarios y de las operaciones bancarias (*Securities Regulation*), lamentando que sus detractores no comprendan que este tipo de libros habían estructurado (“shaped”) el derecho...⁵⁴⁶

Cincuenta años más tarde, se repitió la escena en los Estados Unidos. Reencontramos en las críticas hechas al método doctrinario, un tono similar al utilizado por los realistas respecto al modelo de Langdell. Sin embargo, también hay unas voces discordantes que toman la defensa de la dogmática.

Es en este ánimo que un antiguo profesor de las universidades de Harvard y de Michigan convertido en juez de la corte de apelaciones, Harry Edwards publicó un estruendoso artículo en 1992⁵⁴⁷. Sin cuestionar la nueva orientación de las facultades de derecho, y en especial de la más prestigiosas, este autor estima que este cambio no debería hacerse en detrimento de un análisis doctrinario más clásico, pretendiendo demostrar su utilidad para los litigantes y los jueces: estos, escribe el, “requieren de consejos jurídicos minuciosos, reflexivos y concretos”⁵⁴⁸. Convertido en juez también, un muy celebre Richard Posner, antaño gran adversario del método doctrinario, deja de ser tan abiertamente crítico. En 1987 escribe que “en tanto juez, es a la vez consumidor y productor de análisis doctrinario” y le aconseja a muchos autores sintetizar el derecho de los seguros bajándose de la nube del estructuralismo y la

⁵⁴⁴ Sobre este tema, Collier C.W., “The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary of Legal Scholarship” (1981), 90 *Yale Law Journal* 1114-15.

⁵⁴⁵ Muy netamente en este sentido, Posner R.A. “The Present Situation in Legal Scholarship” (1981), 90 *Yale Law Journal* 1114 -15.

⁵⁴⁶ Citado por Glendon M.A., *op.cit.*, p.205 y 206.

⁵⁴⁷ Edwards H.-T., “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession” (1992), 91 *Michigan Law Review* 34.

⁵⁴⁸ *Ibid.* 57.

filosofía moral⁵⁴⁹. Quince años más tarde admite que, aunque aburrido y de un limitado interés, el análisis doctrinario es útil puesto que es realizado en condiciones que aseguran un mínimo de calidad al debate...⁵⁵⁰

Este elogio a medias tintas demuestra que el análisis doctrinario no vuelve a ocupar la delantera: después de ser violentamente criticado, a lo más se lo considera como un método de análisis dentro de muchos otros. Pero justamente, respecto a las otras formas de estudiar el derecho hay también numerosas interrogantes.

3) Una multitud de interrogantes

El cambio radical de perspectiva partir de los años 1980 genera un cierta perplejidad que se ve reflejada en los soliloquios y revistas. De hecho, son muchos los autores que tienen una verdadera “esquizofrenia”. Por un lado tienen el deber de formar a estudiantes que aspiran transformarse en litigantes por lo que deben enseñar de un manera bastante clásica para ajustarse a las exigencias profesionales del colegio. Y por otra lado, creen que deben legitimar el lugar de los juristas en la universidad, lo que los lleva a publicar artículos de una gran sofisticación intelectual. Otros autores expresan este dilema señalando que dudan permanentemente entre un discurso clásico cuyo objeto sería orientar el trabajo de los litigantes y una aspiración mucho mas intelectual que los llevaría a profundizar cada vez mas sus investigaciones con el anhelo de mejorar el conocimiento del fenómeno jurídico. Existe de este modo “un malestar en la academia”⁵⁵¹ realmente padecido por algunos que tienen el sentimiento que la nueva orientación los aleja de su público tradicional: los litigantes. En su novela *The Emperor of Ocean Park*, publicado en 2002 y traducido en francés bajo el título *Echec et mat*, Stephen Carter, que se dedica a enseñar derecho en Yale, le concede a su narrador, también profesor de derecho, esta reflexión característica: “Paso un grupo de estudiantes [...]. Fragmentos de su conversación me alcanzan: *intersictas dialécticas; punto de vista del subalterno; reconstrucción de otro*. Extraño aquel tiempo en que los estudiantes debatían las reglas del procedimiento civil o del estatus de prescripción, en el tiempo en que las facultades de derecho del país tenían por misión enseñar el derecho”⁵⁵². Por otro lado, la confianza en el valor operacional de las ciencias sociales no es tan extensa como en años anteriores. Ciertamente, Richard Posner, al mismo tiempo que se reconcilia con la dogmática, sigue pensando que “con el desarrollo de las ciencias sociales-que ilustran maravillosamente los progresos logrados en los últimos años por las ciencias económicas- el estudio científico del sistema jurídico que durante mucho tiempo solo fue una vana aspiración, es hoy día posible”⁵⁵³. Pero su propio hijo, el profesor Eric Posner, señala en 2002 que a pesar de

⁵⁴⁹ Posner R.A., “The decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987” (1987), 100 *Harvard Law Review* 777.

⁵⁵⁰ Posner R.A., “Legal Scholarship Today” (2002), 115 *Harvard Law Review* 1324.

⁵⁵¹ Según la expresión de Stephen B. Burbank: “Introduction: “Plus Ça Change...?” (1988), 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 509.

⁵⁵² Carter S., *Echec et mat*, trad. Hovnanian M.G., Laffont Robert, 2003, p.244. La obra contiene una multitud de nociones, muchas veces criticas y siempre interesantes, sobre los juristas americanos, sean profesores, jueces o abogados.

⁵⁵³ Posner R.A., “The decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987” (1987), 100 *Harvard Law Review* 1121.- En el mismo sentido, el artículo programático del *Journal of Legal Studies*: Posner, R.A., “Volume One of the Journal of Legal Studies-An Afterword” (1972), 1 *The Journal of Legal Studies* 437.

su gran sofisticación, los diferentes análisis económicos del derecho de los contratos no tuvieron resultados contundentes, aun cuando se lograron progresos considerables en el plano metodológico en comparación a lo que se escribía sobre el tema antes de 1970...⁵⁵⁴

En realidad, incluso los asuntos metodológicos provocan fuertes controversias. después de un importante coloquio realizado en la Universidad de Chicago en el 2002 respecto a las investigaciones empíricas, ampliamente utilizadas por los académicos americanos, dos connotados autores criticaron extensamente (antes de ser criticados a su vez) la seriedad de los métodos adoptados⁵⁵⁵, lo que no deja de recordar los desengaños de Underhill Moore en los años 1940...⁵⁵⁶ Mas extensamente, algunos autores –que no son pocos- critican en la actualidad al utilización a veces abusiva que los juristas hacen de las ciencias humanas y sociales, denunciando los peligros de los métodos interdisciplinarios⁵⁵⁷.

En conclusión, surge la idea, sin ser mayoritaria, que la utilización de métodos interdisciplinarios tiene solo mitigados resultados. Pero no son criticados en si mismos y es por esto que los Estados Unidos siguen siendo un antimodelo de tipo pluralista, contrariamente a Francia donde el método doctrinario es el único en vigor.

□ 2 LA EDIFICACION DE UN ANTI-MODELO

Nuestra narración histórica, muy estilizada, del pensamiento jurídico de los Estados Unidos nos permitió a los menos conocer la construcción de un sistema de pensamiento que puede calificarse de anti-modelo, puesto que los juristas americanos tomaron decisiones radicalmente diferentes a las de sus homólogos franceses. Incluso, las tomaron a partir de una historia intelectual común que pudo haberlos llevado por el mismo camino.

El asunto se definió en los primeros decenios del siglo XX, dando lugar a lecturas cruzadas pero caracterizadas por una buena dosis de incompreensión mutua (A). Hoy día, intentaremos superar dicho inconveniente desarrollando una comparación útil (B).

⁵⁵⁴ Posner E.A., "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failures?", *John M.Olin Law & Economics Chicago Working Paper n° 146 (2d series)*, consultable en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

⁵⁵⁵ Epstein L. y King G., "The Rules of Inferences" (2002), 69 *University of Chicago Law Review* 1.

⁵⁵⁶ V. *supra*, p.283.

⁵⁵⁷ A propósito de la filosofía, en particular Nussbaum M.C., "The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education" (1993), 45 *Stanford Law Review* 1627.

A. UNA INCOMPRESION MUTUA

En un principio, algunos juristas americanos critican el formalismo de Langdell en unos términos que parecen confundirse con la forma en que Geny criticaba el método exegético de los civilistas franceses del siglo XIX. Sin necesidad siquiera de evaluar la influencia que el decano Nancy pudo haber tenido sobre a lo menos una parte de los realistas, sin lugar a dudas estos podían utilizar su pensamiento para legitimar sus propias actitudes. Como lo señalan Duncan Kennedy y Marie-Claire Belleau, “citar la obra de Geny les permitía los Americanos presentar ideas, que parecían heterodoxas y minoritarias en el contexto americano, como si fueran normales, es decir respetables, en Europa”⁵⁵⁸. Además, los realistas tenían la posibilidad de hacer una lectura original de la parte constructiva de Gény. En efecto, cuando Gény intentaba construir un método libre de investigación científica, tenía muchas dificultades para liberar a los juristas franceses del monopolio legislativo que se imponía vigorosamente después de 1804 y del principio de separación de poderes que impedía considerar a la jurisprudencia como fuente de derecho⁵⁵⁹. Pero los autores americanos podían desarrollar la libre investigación con mucha más facilidad, puesto que su sistema de derecho es radicalmente diferente, no tiene código civil y permite el control judicial de la legislación. Fuera de las fronteras intelectuales francesas, la libre investigación daba al juez una formidable libertad, pudiendo convertirse en el soberano del sistema jurídico americano⁵⁶⁰. Dicho de otro modo, aplicado al sistema de los Estados Unidos, el pensamiento de Geny le daba a los realistas las herramientas necesarias para liberar a los jueces, y a todos los juristas americanos, del modelo de Langdell, e introducirlos a una nueva era libre del conceptualismo impuesto por Harvard.

En semejante contexto, los realistas no podían entender la hostilidad de Geny para con las ideas de Demogue⁵⁶¹. En efecto, la denuncia de este y las incoherencias de las contradicciones internas del derecho, además de su desencantada crítica al idealismo jurídico, eran para los realistas otra herramienta de emancipación de los jueces, que fue hábilmente utilizada por Jérôme Frank en el sulfuroso *Law and the Modern Mind*. El autor utiliza a Demogue para oponerse a los planteamientos de Roscoe Pound sobre la posibilidad de darle al derecho la certeza exigida por el orden económico. Por cierto, entre los autores americanos solo Pound compartió la inquietud de Geny respecto a estas nuevas ideas, que ambos denunciaron como susceptibles de caer en el nihilismo aun cuando fueron los primeros en intentar renovar el pensamiento jurídico...

Por su lado y más o menos en la misma época, los juristas franceses leían, también fuera de contexto, las obras de Langdell. Lo que es una nueva paradoja, puesto que al comienzo del siglo XX una amplia fracción de la joven generación de académicos franceses se lanzo en un crítica al formalismo representado por el método

⁵⁵⁸ Kennedy D. y Belleau M.-C., “François Gény aux Etats-Unis”, in Thomasset Cl., Vanderlinden J., y Jestaz Ph., (bajo la dir.), *François Gény, mythes et réalités*, Yvon Blais, Dalloz y Bruylant, 2000, p.305.

⁵⁵⁹ En particular, Jestaz Ph., “François Gény: une image française de la loi et du juge”, en Thomasset Cl., Vanderlinden J. y Jestaz Ph (bajo la dir.), *op.cit.*, p.310 y 311.

⁵⁶⁰ Kennedy D. y Belleau M.-C., art. ya citado, p.310 y 311.

⁵⁶¹ Cf. *supra* p.149 sq.

exegético: preocupados por introducir los temas sociales en el derecho (del mismo tipo que los Estados Unidos, pero en un contexto mucho menos liberal), esta generación apoya a una jurisprudencia directamente relacionada con la realidad de los hechos, lo que debería *a priori* alejarlos de Langdell. Pero al mismo tiempo, no desea que estas ideas terminen en la anarquía: como lo dice Geny, es necesario que los juristas le den “armaduras firmes” a una sociedad que necesita certezas. Parece entonces necesario canalizar la jurisprudencia⁵⁶² y es en este punto que el método del Langdell puede ser de mucha utilidad.

Del lado francés, le permite a la jurisprudencia penetrar en el derecho sin destruir la armonía, fervorosamente deseada, del sistema jurídico. El “método de los casos” se convierte entonces en un interesante objeto de estudio...⁵⁶³Y aunque Lambert guarde cierta reserva respecto de las ideas de Langdell, que a su juicio son demasiado formalistas y cerradas a las ciencias sociales⁵⁶⁴, se inspira sin embargo en él cuando en 1924, publica con Henri Capitant, un compilación de *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*. La estructura del libro es significativa: en la primera parte tiene casos prácticos que son resueltos en la segunda por la reproducción de fallos de la Corte de casación que se refieren a los casos en cuestión. Dicho de otro modo, los estudiantes franceses son incitados a encontrar por si mismos *la* solución correcta enunciada en los fallos. Sabiendo que estos últimos fueron “publicados por un grupo de profesores de facultades de derecho”, según el título completo del libro, se sugiere la idea de una selección. De hecho, Capitant la reivindica en su prefacio. Aun mas, explica el método de Langdell, habiendo encontrado todo su interés, aun cuando considera junto con Lambert, que debe ser enmendado dentro de un sistema de derecho civil, donde es tradicional el exponer la ley y los principios antes de discutir los fallos⁵⁶⁵.

El libro es entonces un germen de *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, que serán publicados diez años mas tarde bajo la autoridad de Capitant y tendrán un éxito considerable siendo constantemente reeditado y actualizado expandiéndose a la mayoría de las ramas del derecho. Al igual que Langdell, con quien comparte la concepción evolucionista del derecho jurisprudencial, Capitant cree que es posible seleccionar un determinado número de fallos – los *grandes* fallos- que afirman la existencia de principios fundamentales y estructuran un sistema jurídico eliminando sus desechos...

Durante los años 1920 y 1930 hay una lectura cruzada y paradójica de los autores franceses y americanos. Los Americanos, que quieren imponer el realismo, se apoyan en Geny justo cuando éste, quiere refutar los planteamientos de Demogue, destruye los fermentos del realismo a la francesa. Paralelamente, los Franceses que criticaban las abstracciones lógicas en nombre de la realidad social, proceder *a priori*

⁵⁶² Sobre estos puntos, *supra*, p.140 y 141.

⁵⁶³ En particular, Lepaulle P., “Le système du “case” y la méthode socratique dans les écoles de droit américaines”, *RIE* t.47, 1920, p.161 s.s.

⁵⁶⁴ Lambert E. y Wasserman M.J., “The Case Method in Canada and the Possibilities of his Adaptation to the Civil Law” (1929), 39 *Yale Law Journal* 15-16.

⁵⁶⁵ *Espèces choisies empruntées a la jurisprudence publiées par un groupe de professeurs de droit*, prefacio de Henri Capitant y Ed. Lambert, Dalloz, 1924, p.IV y V.

realista, se apoyan en Langdell cuando en el otro lado del Atlántico todos critican su formalismo.

Pero la elección de Langdell puede hacernos comprender porque los Franceses se separaron de los Americanos para construir un modelo diferente. Según la tesis ya comentada de Gilmore⁵⁶⁶, conceptualismo langdelliano y realismo fueron dos maneras de reaccionar a la sistemática publicación de fallos: Langdell sostuvo que era posible controlar el flujo mientras que sus adversarios pensaban lo contrario y cada uno se esforzaba por desarrollar las consecuencias pertinentes de cada posición. Ahora, el asunto se planteo más o menos en los mismos términos en Francia: el mejoramiento de la edición jurídica en el siglo XIX⁵⁶⁷ puso a los juristas, sean privatistas o publicistas, ante una alternativa similar. Pero después de un momento de duda- lo que podríamos llamar *el momento realista del pensamiento jurídico francés*-, de forma masiva se decidieron por una solución próxima a la de Langdell y no leyeron mas a los realistas. Se prefirió entonces el método doctrinario en vez de abandonarlo y saltar a lo desconocido.

En cuanto a los juristas americanos, tomaron la opción contraria estimando imposible dedicarse a la dogmática, lo que los hizo recurrir a las ciencias humanas y sociales en su búsqueda de una explicación racional del modo en que se desarrolla el derecho. Pero para los juristas franceses era completamente posible dedicarse a la dogmática puesto que ante un derecho mucho menos diverso, dividido y abundante que el americano, ésta parecía conservar todo su valor explicativo. Y si las ciencias humanas y sociales tienen para los juristas franceses cierto interés, es solo para evitar que el trabajo doctrinario se desfase en relación al desarrollo de la sociedad (lo que termino por ocurrir en el siglo XIX), pero sobretodo no deben invadir el discurso jurídico, cuestionando su autonomía. En este sentido, puede decirse que la doctrina jurídica francesa se construyo *en contra* de ellas, contrariamente al pensamiento jurídico americano que se apoyo en este campo dejando más o menos de lado a la dogmática.

Y entonces puede entenderse que habiéndose decidido por las ciencias humanas y sociales, los académicos americanos hayan terminado por acercarse a los otros departamentos donde se estudiaban estas ciencias, en detrimento de su tradicional relación con los profesionales del derecho. Aun cuando sea difícil determinar la fecha exacta de este acercamiento⁵⁶⁸, éste es propio del realismo, mientras que no era de mucho interés en Francia donde la mayoría de los juristas es de la opinión que los litigantes son los únicos interlocutores validos que cuentan. En nuestro caso, los profesores pasan de lo que piensan los sociólogos, economistas o antropólogos... A lo mas, a veces buscaran entre sus trabajos algún argumento de

⁵⁶⁶ Cf. *supra*, p.264.

⁵⁶⁷ Cf. *supra* p.103 ss.

⁵⁶⁸ Por ej., Allen F.A. "The Dolphin and the Passant: III-Tempered, but Brief, Comments on Legal Scholarship", en Hay P. y Hoelfich M.H. (ed.), *Property Law and Legal Education-Essays in Honor of John E.Cribbet*, University of Illinois Press, 1988, p.184, que lo hace remontarse a los años 1940.

autoridad, un poco como lo hacia Gény incitando a los juristas a escrutar la “ciencia”, pero este proceder no tiene nada que ver con un verdadero trabajo pluridisciplinario⁵⁶⁹.

Resta entonces estudiar en paralelo las dos formas de ejercer el oficio de jurista.

B. UNA COMPARACION UTIL

Negativa a controlar el flujo jurisprudencial, utilización generalizada de las ciencias sociales y humanas e inserción en al Universidad: tenemos estas tres características esenciales de lo que hemos llamado el antimodelo americano, puesto que hemos podido ver lo que los autores franceses no quisieron ser.

Actualmente, en Francia ya no es apropiado preferir un modelo inspirado en el realismo a la dogmática, ni admitir la pluralidad de modelos intelectuales existentes que caracterizan al post-realismo. Cada vez que el tema es abordado, siempre hay un autor que hace la apología de los hacedores de sistema o sostiene que hay que defender el conceptualismo contra un empirismo con fama de destructor⁵⁷⁰. El método doctrinario se impuso hasta tal punto que en el momento decisivo de su triunfo, se transformó en un sustantivo (la doctrina) o más exactamente se identificó con este sustantivo que hasta el momento tenía un significado vago. Sin embargo, “la doctrina” en el sentido monolítico en que nosotros lo entendemos, no tiene ningún equivalente en el lenguaje de los juristas americanos. Éstos utilizan dos expresiones para dos realidades a su juicio muy diferentes entre si: la de “*doctrinal analysis*” (o aun “*doctrinalism*”) que en sustancia equivale a nuestra noción de dogmática⁵⁷¹, y la de “*Legal Scholarship*”, que se refiere al trabajo académico que tiene por objeto el derecho. Sin embargo en Francia estas dos realidades son solo una, puesto que la dogmática es el único método de trabajo en el derecho que se considera legítimo.

Obviamente, ninguna de las dos expresiones se refiere a nada que pudiera evocar la existencia de alguna entidad, por difusa que sea. La primera de ellas, la *doctrinal analysis* solo nos recuerda, a lo lejos, nuestra doctrina: ciertamente se refiere a un modelo comparable al nuestro pero, contrariamente a nuestro caso, es solo un

⁵⁶⁹ Respecto al uso criticable que hacen hoy día algunos juristas franceses de las supuestas “categorías antropológicas fundadoras”, Bechillon D., “Porter atiente aux catégories anthropologiques fondamentales?”, *RTD civ.*2002, esp. p.50 a 52.

⁵⁷⁰ Sobre este debate, por ej. Waline M., “Empirisme y conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?”, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, 1963, t.1, p.359 s.s.

⁵⁷¹ Pero no es similar... puesto que incontestablemente se trata de una dogmática cuyo carácter plural es, desde el principio, mas marcado que en Francia. Lo que se asemejaría más a la dogmática francesa seria por ejemplo, una doctrina de los contratos, de la responsabilidad, etc. que es definitivamente californiana o tejana. Existe, pero no se exporta. Por su parte, los grandes tratados de *doctrinal analysis*, que superan las particularidades de cada estado, deben referirse a una multitud de fuentes que muchas veces no pueden ser reducidas a una solución única. Esta constatación necesariamente transforma el tono del discurso, puesto que las contradicciones no son sinónimo absoluto de falta de racionalidad y hay que buscar fuera del derecho (en la historia, la sociología, las diferentes condiciones económicas, etc.) la explicación a estas legítimas divergencias.

modelo entre otros y no un modelo exclusivo. En el fondo, el pluralismo de los juristas americanos va de la mano con una separación del cuerpo de profesores en múltiples corrientes, sin hablar de las divisiones entre las facultades, lo que excluye cualquier designación colectiva. A mas grandes trazos, el federalismo, la diversidad de las leyes de cada estado, la dimensión del país, la multitud y el carácter privado de las universidades, la singularidad de cada una de ellas, la osmosis entre el derecho y las demás disciplinas, los lazos entre los juristas y sus colegas de otros departamentos, en fin, la falta de toda una tradición centralizadora se opone, palmo por palmo, a la situación francesa. Por otra parte, hay que señalar que los Americanos tampoco tienen una expresión global equivalente a nuestra "jurisprudencia" para hablar de la obra, en verdad particularmente frondosa, de sus jurisdicciones. Simplemente hablan del derecho proveniente de los fallos judiciales (*case-law*)... En su discurso común no se refieren entonces ni a la jurisprudencia ni a la doctrina.

En Francia, donde solo existe una escuela de juristas, las divergencias de opinión son solo individuales. Estas se desarrollan en el interior de un mismo modo de razonamiento cuya fuerte interiorización permite una relativa personalización: "la doctrina" aunque "divida" sobre tal o cual punto puede, sin embargo, seguir siendo definida como un todo. Sobre este punto, es comprensible que esta manera de pensar, tan natural para nosotros, parezca incongruente y carente de sentido en los Estados Unidos. Aun cuando por la fuerza de las cosas y la lógica específica del derecho, nuestros homólogos americanos practiquen, sin exclusividad por cierto, una forma dogmática similar a la nuestra...

CONCLUSIÓN

De aparición reciente y de cepa romanista, la noción francesa de doctrina comienza su ascensión con la masificación de las opiniones eruditas sobre el derecho. En los albores del siglo XX, se consagra con un endurecimiento de la dogmática, a la vez contra la expansión de las ciencias sociales y contra la explosión –ya- del derecho positivo.

Obviamente, la doctrina existe en todas partes, es decir en todos los lugares donde el derecho y la ciencia del derecho tiene un notable desarrollo. Pero la doctrina como tal solo tomo su forma definitiva, en Francia y fuera de ella, ahí donde la dogmática era exclusiva y tenía un alto grado de abstracción.

De este modo, existen países *doctrinarios*, como el nuestro, donde el trabajo dogmatico ocupa casi la totalidad del espacio reservado al derecho docto. Pero existen otros, como los Estados Unidos, donde coexisten formas muy diversas de dedicarse a las ciencias jurídicas de manera que la doctrina, de la manera en que nosotros la entendemos, no tiene un equivalente.

Por otra parte, la dogmática puede ser muy abstracta, como el caso de los pandectistas alemanes, o mucho mas concreta siguiendo el estilo de los Americanos. La primera variante suele comenzar a partir de la regla, la segunda a partir del caso. Francia se encuentra entre estos dos modelos, pero con una dosis de abstracción y de sistematización suficiente para que aparezca una manera doctrinaria o, más exactamente una *manera francesa*, la cual, como lo hemos visto, tiene el privilegio de gozar de una dogmática *bastante moderada*.

Esta manera, si bien se remonta muy atrás en el tiempo, realmente se constituyo hace solo un siglo, cuando lo que solo era un método (el método doctrinario) se convirtió en un sustantivo: la doctrina. En los finales del siglo XIX, al crédito e influencia que los profesores de derecho habían logrado adquirir se oponen los jueces que se emancipan de la ley. La creación de *la doctrina*, pensada para ser masiva, se convierte en la forma de preservar el prestigio académico pero a costo de un compromiso: la doctrina constituye solo una *autoridad* dentro de la nueva teoría de las fuentes, pero le corresponde conceder la calidad de *jurisprudencia* y canalizar el trabajo de los tribunales por medio de *teorías generales* que solo ella es capaz de elaborar y a las cuales el juez es invitado a someterse.

De este modo, los profesores de derecho se establecen como los principales poseedores de un saber jurídico específico capaz de contener los futuros desbordes del derecho resistiendo a los sociólogos pero con el inconveniente de excluir a las ciencias sociales de la esfera del derecho. La doctrina se vio a si misma encerrada en la construcción de teorías generales a mayor o menos escala, es decir aislada de las demás ramas del derecho al mismo tiempo que se enquistaba en una cara a cara con los litigantes. Asimismo, el estudio de la jurisprudencia ocupó el lugar de la sociología...

Habiendo adquirido sus características actuales en los años 1920, este modelo intelectual tuvo éxito. La *escuela francesa*, cuya fenomenología intentamos elaborar⁵⁷², ha generado obras maestras y actualmente sigue contribuyendo en la estructuración del derecho positivo. Sin embargo, podríamos preguntarnos si la explotación intensiva del modelo no termino por agotarlo, como en la agricultura cuando la explotación intensiva agota los suelos...

Los reproches de Geny y sus pares a sus predecesores no han perdido su pertinencia. Las construcciones doctrinarias son por naturaleza abstractas, pero hoy día muchas de ellas han adquirido un grado de sofisticación y de abstracción inversamente proporcional a su utilidad, lo que los lectores habituales de tesis suelen lamentar. En breve, una parte de la doctrina corre el riesgo de caer al vacío, mientras que otra busca nuevos caminos en dos direcciones, de hecho parecidas (y lo que les genera críticas análogas): o se acercan a la práctica pero debilitando el modelo profesoral o se *factualizan*. Nuevamente se plantea el problema del realismo, pero ya no en los mismos términos que en los primeros años del siglo XX⁵⁷³.

En esa época, los realistas americanos no quisieron seguir buscando modelos explicativos abstractos, sino estudiar el derecho a partir de las *consecuencias* concretas de las diferentes soluciones posibles: preguntarse sobre el costo y el provecho de una indemnización mas que en la noción de perjuicio...Sin embargo, al mismo tiempo y con excepción de algunos, los juristas franceses hicieron una elección inversamente diferente: la de dominar la evolución potencialmente anárquica del derecho jurisprudencial insertándolo en teorías generales capaces de darle una cierta coherencia. Hoy día esta apuesta, porque era una apuesta, puede que ya no sea sostenible. Imaginemos por un momento que mañana- o más bien, pasado mañana- adoptemos un código civil europeo que todas las jurisdicciones de la Unión europea deberían interpretar. ¿Verdaderamente creemos que el método doctrinario nos permitirá dar una racionalidad y un sentido al *magma* jurisprudencial que la Corte de justicia de las comunidades europeas dificultosamente unificara? Mejor apostemos a que estaríamos en la misma situación que los académicos americanos que con un dejo de desencanto, ven acumularse sobre los estantes de sus bibliotecas una inagotable cantidad de fallos...

En el mismo orden de ideas y como lo escribió lleno de humor negro M.Marguenaud sobre la Convención europea de derechos del Hombre y la jurisprudencia de Strasbourg, "son verdaderas fuentes de derecho civil francés aun cuando, en los hechos, solo mancillan la sublime ordenanza ante la cual el universo entero sigue atónito de admiración"...⁵⁷⁴Y solo Europa puede empujarnos a revisar nuestras concepciones. ¿Nuestro modelo intelectual esta realmente en condiciones de analizar la evolución de las nuevas ramas del derecho, como por ejemplo, el derecho de la competencia o el derecho financiero? ¿Acaso no estarán obligados los autores que estudian estos temas a interesarse mucho más de cerca – es decir, de otro modo además de las generalidades- en la racionalidad económica? ¿Y no deberán hacerlo

⁵⁷² V. *supra*, 2a parte.

⁵⁷³ Sobre este tema, Hesselink M.W., *The New European Legal Culture*, Kluwer, 2001, *passim*.

⁵⁷⁴ Marguénau: *RTD civ.* 2003, p.375.

así, aun cuando la racionalidad económica haya sido siempre relegada fuera de la reflexión jurídica con el fin de preservar la integridad del derecho? Pero lo que es evidente para unos casos particulares vale, en realidad, para todo nuestro sistema jurídico.

Muchos otros países, y no solo Estados Unidos, ya han extendido su visión del derecho. En este sentido, M. Vivant sacaba como enseñanza de su colaboración con juristas de nacionalidades muy diversas “que podían perfectamente entrar en el debate jurídico y que participaban efectivamente con argumentos que acá (en Francia) habrían sido tildados de extra-jurídicos y por lo tanto, rechazados”⁵⁷⁵. Esta necesidad de expandir el campo de argumentos aceptables y de hacer un llamado a modos de análisis diferentes a la dogmática excluye aun la extensión y el objeto particular de algunas decisiones de justicia, ya sea que provengan del Consejo constitucional, de la Corte europea de los derechos del Hombre o de la Corte de justicia de comunidades europeas. Ante una argumentación muy detallada y explicativa, el método doctrinario y notional alcanza rápidamente sus límites: mas bien hay que preguntarse sobre todas las consecuencias económicas, sociales, humanas, morales y políticas de la decisión. Lo anterior se hace aun más evidente por cuanto los asuntos debatidos y resueltos, que tienen un escaso interés técnico, son imposibles de aprehender desde un ángulo exclusivamente dogmático, aun si es complementado por reflexiones de una muy vaga filosofía moral... En semejantes casos, la dogmática ya no es una estructuración total que permitiría resolver cualquier problema, sino una especie de barrera de contención: cuando principios o lógicas diferentes se cruzan, ya no da ninguna solución.

A comienzos de siglo, teníamos muchas razones para interrogarnos respecto a la pertinencia del modelo doctrinario francés, que se formó en un momento en que la jurisprudencia no era tan diversa ni pletórica como hoy día y cuando el campo del derecho era mucho menos extenso. Hoy, muchos juristas tienen la confusa impresión que les falta mas hechos y mas ideas generales o transversales.

Pero de ahí a re-analizar costumbres de pensamiento y maneras de ser tan ancladas como las nuestras, hay paso bastante difícil de dar. Primero por razones institucionales: hace mas de un siglo ahora, que el modo de contratación de profesores privilegia la dogmática, ya sea por la elección de los temas de tesis y la manera de tratarlos o en lo que los jurados esperan de los candidatos en los concursos de agregación. Como lo escribe M. Troper respecto de los constitucionalistas pero se aplica también a los privatistas, “la lista de los temas abordados y el contenido de las doctrinas varían muy poco de una obra a otra, ya sea a causa de las exigencias del programa o por la existencia de un concurso nacional para la contratación de profesores que no incita la formación de escuelas doctrinarias capaces de rivalizar”⁵⁷⁶. La centralización de la enseñanza superior y la falta de una real singularidad entre las

⁵⁷⁵ Vivant M., “Le plan en deux parties, ou l’arpentage considéré comme un art.», *Le droit privé français à la fin du XX siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.981.

⁵⁷⁶ Troper M., “ La théorie dans l’enseignement du droit constitutionnel”, en Troper M., *Pour une théorie juridique de l’État*, PUF, 1994, p.247 y 248.

facultades de derecho, sin hablar de la persistente influencia de Paris⁵⁷⁷, no favorecen el pluralismo de los métodos.

Desde un punto de vista intelectual, las cosas no siguen sin dificultad. La dogmática asegura: su especificidad es tal que inmediatamente deja a los no juristas fuera (lo que permite escapar a sus eventuales críticas) para dirigirse solo a litigantes que ya conocen todo sobre el tema, puesto que están deseosos de un discurso que les simplifique y aclare el derecho. Cualquier proceder que no sea dogmático inquieta: muchos piensan que esta solo puede llevar al nihilismo, pero hay muchas otras figuras intermedias. Es lo que Geny le reprochaba ya a Demogue⁵⁷⁸ y es lo que algunos creen ver actualmente en ciertos teóricos franceses del derecho, que no hacen mas que destilar moderadamente lo que un autor pudo llamar un “escalofrío” de realismo...⁵⁷⁹

Sin embargo a la *escuela francesa*, guardiana de la solución jurídica correcta, pero también del método correcto para encontrarla – es “guardiana del templo” según la expresión de M.Catala⁵⁸⁰ - se construyó precisamente para evitar que los juristas hexagonales tuvieran escalofríos. Otros, del otro lado del Atlántico, lo hicieron y es posible hacer ahora el balance de su experiencia: la dogmática es ciertamente irremplazable puesto que, meticulosamente realista, permite clarificar los debates, como lo comprueban fácilmente varios siglos de exitosa dogmática. Ésta se encuentra en un punto de partida, no en un punto de llegada. Es este tal vez un argumento suficiente para conservar el método doctrinario, sin embargo habría que abandonar su sustantivo, de más reciente invención, puesto que tiene el defecto de aniquilar el pl

⁵⁷⁷ Comp. Legendre M., “La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français», *RIDC* 1971, p.30 y 31.

⁵⁷⁸ V. *suprak*, p.147 sq.

⁵⁷⁹ En francés en el texto: Duxbury N., *The Patterns of American Jurisprudence*, Oxford UP, 1995, p.79.

⁵⁸⁰ “Discours de M.Pierre Catala”, in *Remise des études offertes à Pierre Catala*, 13 juin 2001, La documentation française, p.47.