




Guillermo Lariguet
Comp.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA


PROPUESTAS CONTEMPORÁNEAS

**CJS**
Centro de
Investigaciones
Jurídicas y
Sociales
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

 Editorial Brujas

Guillermo Lariguet (Comp.)

METODOLOGÍA
DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA
Propuestas contemporáneas

 Editorial Brujas

Título: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*

Compilador y prologuista: Guillermo Lariguét

Colaboración general: Romina Frontalini Rekers, Tristán Reyna Martínez, Santiago Truccone y Ramiro Moyano

Autores: Andrés Crelier , Alejandro Vergara Blanco, Andrés Rossetti , Federico José Arena, Eduardo Arroyo, David Martínez Zorrilla, Milton C. Feuillade, José Daniel Cesano, María Alejandra Ciuffolini, Claudio Agüero, Rodrigo Coloma, Félix Morales Luna, Gustavo Alberto Arocena, Hernán Bouvier, Álvaro Núñez Vaquero, Germán Coloma, Carlos Alberto Lista, Silvana Begala, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, Daniel Gustavo Gorra , Silvina Álvarez , Giovanni Andrés Bernal Salamanca , Beatriz Bixio, Concepción Gimeno Presa, Guillermo Lariguét , Esteban F. Llamosas, Minor E. Salas, Julio Montero, Pablo Navarro, Roberth Uribe Alvarez , Luciana Samamé , Hugo Seleme, María Isolina Dabove, Manuel Dahlquist , Nelson Daniel Marcianni, Enrique Pedro Haba Müller, Lorena Ramírez Ludeña, Marta Susana Juliá, María del Carmen Cerutti, Pablo Bonorino Ramírez, Diego M. Papayannis, Nicolás Zavadvker, Natalia Zavadvker, René González de la Vega, Roberto Follari, Víctor Manuel Peralta Del Riego.

Metodología de la investigación jurídica : propuestas actuales / Andrés Crelier
... [et al.] ; compilado por Guillermo Lariguét ; prólogo de Guillermo Lariguét.
- 1a ed. - Córdoba : Brujas ; Córdoba : Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2016.
526 p. ; 25 x 17 cm.

ISBN 978-987-591-778-1

1. Metodología de la Investigación. I. Crelier, Andrés II. Lariguét, Guillermo,
comp. III. Lariguét, Guillermo, prolog.
CDD 001.42

© De todas las ediciones, los autores

© 2016 Editorial Brujas

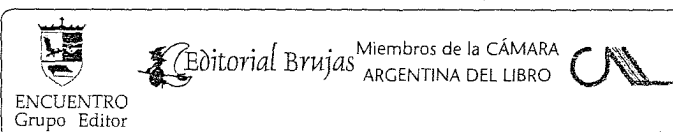
1° Edición.

Impreso en Argentina

ISBN: 978-987-591-778-1

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de tapa, puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o por fotocopia sin autorización previa.



www.editorialbrujas.com.ar publicaciones@editorialbrujas.com.ar

Tel/fax: (0351) 4606044 / 4691616- Pasaje España 1486 Córdoba-Argentina.

TAREAS ESENCIALES E IDENTIDAD DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

La literatura que los juristas producen y escriben constituye la doctrina (también llamada Ciencia del Derecho, Dogmática jurídica u «orden externo» = *science of law*, *doctrine juridique*, *dottrina*, *Rechtswissenschaft*, *Rechtsdogmatik*).

Se trata de una fuente preciosa de estudio y de crecimiento de la ciencia y cultura jurídicas en la medida que tal literatura formula disciplinas, teorías y principios; pues si un libro sólo ofrece una sencilla y básica sistematización normativa, a partir de una básica interpretación (más o menos *literalista*), usualmente no merece ser calificada de doctrina o dogmática, sino de un arte menor: como un mero texto de apoyo a los estudios legales o a la práctica forense. Si observamos su interior, la ciencia del derecho lleva adelante funciones relevantes: tres tareas y dos técnicas; las tareas son: primero, el diseño de las disciplinas jurídicas; segundo, la formulación de teorías jurídicas, las que sirven como modelos de solución de casos difíciles; y, tercero, la formulación de principios jurídicos, propuestos para llenar los vacíos de las reglas; estos constituyen uno de los productos más depurados de la dogmática. A lo anterior, cabe agregar dos técnicas que utilizan los juristas: la interpretación y la sistematización del derecho positivo; técnicas que son los insumos básicos de que se sirven para esas otras tres tareas esenciales; y dada la especialidad de cada jurista, tanto la interpretación como la sistematización la realiza en relación a las normas atinentes a la propia especialidad que cultiva (derecho civil, derecho penal, etc.).

El diseño espontáneo de cada disciplina jurídica singular es una de las tareas más trascendentales de los juristas eruditos, pues a través de ella se conforma la Doctrina jurídica, el saber jurídico por antonomasia¹: la *literatura jurídica*. Tal literatura es siempre especializada; no se ofrece nunca de modo genérico (no existen tratados de «Derecho», a secas, que intenten abarcar todas las especialidades del Derecho o el completo universo del Derecho), sino siempre es singularizada en ramas, disciplinas especiales: Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho constitucional, Derecho civil, etc. La Doctrina, entonces (ya no sólo como literatura, sino como dimensión y parte del Derecho), siempre es especializada.

I. La Doctrina es una de las cuatro dimensiones del Derecho

La Doctrina es una de las dimensiones de ese fenómeno que llamamos Derecho.

1. *Las cuatro dimensiones del Derecho*. El Derecho se reduce a estos cuatro fenómenos²:

a) *Las leyes*, provenientes de un acuerdo parlamentario, a través de las cuales los legisladores adoptan el llamado derecho legal («reglas»), que rigen la conducta humana; las relaciones jurídicas en sociedad;

¹ El aserto es de ATIENZA (2003) p. 238 y (2006) p. 9.

² En este caso observamos las dimensiones de realidad práctica del Derecho; no su *naturaleza*, como es lo usual de las tradiciones filosóficas, ya iusnaturalista, ya positivista, ya realista, u otras.

b) *El hecho jurídico*, que se manifiesta en el actuar cotidiano de los ciudadanos, en sus relaciones con relevancia jurídica; en medio del sentimiento popular de lo que es «justo» o «equitativo», así como en las costumbres: es el espíritu del pueblo; la conciencia jurídica popular; el derecho vivido;

c) *La jurisprudencia*, proveniente de las sentencias que dictan los jueces, en el ejercicio de su rol de componedores de conflictos. Los jueces tienen la delicada función de componer aquellas situaciones en las que las conductas de los ciudadanos entran en contradicción, en principio, con las reglas jurídicas; pero para resolver esos casos no sólo aplican las reglas, aquellas contenidas en las leyes, suelen ir más allá de las reglas, e incorporan principios; también las sentencias se fundamentan en la costumbre, interpretando y percibiendo el pulso social que hay detrás. Así, los jueces aportan soluciones, en principio, «conforme a la ley», pero cuando ésta no dispone nada («lagunas») o es incoherente o contradictoria («casos difíciles»), resuelven los casos por la vía de los principios jurídicos.

d) *La doctrina*, que se manifiesta a través de la labor de los juristas, quienes se avocan a la construcción de cada disciplina dogmática, y formulan teorías y principios que serán utilizados en la aplicación del Derecho (tema éste que es el objeto de este análisis).

Es en estas cuatro dimensiones en que el Derecho cobra vida, se manifiesta y desarrolla en nuestras sociedades, permitiendo el logro de ciertos objetivos primordiales para la vida en sociedad: la pacificación, la justicia, la equidad, la certeza, la seguridad, la racionalidad, la coherencia, entre otros.

2. *La Doctrina como fruto del trabajo de juristas*. La Doctrina jurídica dedica sus esfuerzos a explicar esos cuatro fenómenos: las leyes (\Rightarrow reglas), los hechos jurídicos (incluida la costumbre, la conciencia jurídica popular, el espíritu o sentimiento popular), la Jurisprudencia, especificándolo a una singular área o sector de la vida común, en que se generan las ramas, disciplinas o departamentos del Derecho.

El diseño de las disciplinas, ramas, departamentos o microsistemas (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo, etc.), es una de las tareas más relevantes de la Doctrina jurídica. Cabe observar previamente un esquema de las tareas que suelen realizar aquellos científicos que llamamos juristas eruditos, distinguiéndolas de otras tareas que se enmarcan en el fenómeno jurídico. Como digo más arriba, hay tres roles que distinguir en el fenómeno de lo propiamente jurídico: i) el rol de los legisladores, que adoptan el derecho legal; ii) el rol de los jueces, que dictan sentencias, y conforman ese conjunto de decisiones que denominamos jurisprudencia (en cuyo rededor, actúan los abogados de la praxis, defendiendo causas de parte³); y, iii) el rol de los juristas, que construyen la Doctrina o Dogmática jurídicas.

El rol de legisladores y jueces (y abogados) es práctico; el rol de la Doctrina es, por una parte, teórico (en el sentido que sus escritos no tienen el imperio de una Ley o cosa juzgada de una sentencia); y, por otra, no especulativo (esto es, dirigido a la práctica)⁴: de ahí que las teorías que ofrece la Doctrina jurídica son útiles y utilizables directamente por los prácticos del Derecho (abogados y jueces).

³ Los abogados también actúan previniendo o anticipando conflictos; pero ese es un rol que impide el conflicto, y evita que opere el proceso, del cual la sentencia de cada juez es el resultado.

⁴ En epistemología científica se distingue entre ciencias prácticas y especulativas; esta es otra perspectiva, en que a la Ciencia del Derecho (que es el resultado del trabajo del jurista) cabe calificarla de ciencia práctica, pues su objeto, método y respuestas son aplicables a la praxis de modo indirecto. Las ciencias especulativas (como la Filosofía del Derecho, por ejemplo) no ofrecen ese tipo de respuestas.

II. Tareas esenciales de la Doctrina jurídica

a) *Tareas específicas de la Doctrina.* Si se observa bien la realidad, y se revisan los escritos de los juristas eruditos⁵, la Doctrina realiza tres tareas esenciales: 1º diseñar cada disciplina jurídica, lo que es útil tanto para la enseñanza como para la aplicación del Derecho; 2º formular teorías e instituciones, que sirven como modelos de solución de casos difíciles, en base al derecho positivo; esto es, a las reglas y a sus sustitutos (principios, espíritu del pueblo o conciencia jurídica popular) en un ordenamiento jurídico dado; y, 3º formular principios jurídicos (que son también teorías), para llenar los vacíos de las reglas.

b) *La construcción de las disciplinas jurídicas.* Esta tarea es distinta de la construcción, ya sea: de un sistema legal, a través de la dictación de normas (encargada al legislador); o de un sistema jurisprudencial, a través de la dictación de sentencias (encargada al Juez). El estudio o análisis del diseño, estructura y contornos de toda disciplina jurídica resulta doblemente relevante: primero, por la utilidad que tiene en sí tal división disciplinaria para la mejor comprensión y enseñanza del derecho; y, segundo por su evidente utilidad en la aplicación que del Derecho realizan los jueces.

La construcción y función de las disciplinas, ramas o departamentos especializados ha sido un tema constante en el análisis del fenómeno jurídico: desde SAVIGNY (como «sistema») a DWORKIN (como «prioridad local»)⁶. Desde una perspectiva epistemológica, en otro trabajo⁷, describo los mecanismos a través de los cuales los juristas construyen cada rama, disciplina o departamento especializado del Derecho, y observo que para tal tarea los juristas abstraen una masa de conceptos básicos o esenciales, los cuales a su vez son los pilares medulares de lo que llamo «núcleo dogmático» de cada disciplina. A través del uso de esta herramienta, que proviene de la idea de sistema, los juristas obtienen dos resultados: 1º) la división del derecho en ramas, disciplinas o departamentos del Derecho, especializados y autónomos; y, 2º) una vez que cada disciplina jurídica autónoma es aceptada por la tradición o comunidad académica, es en medio de tales ramas, disciplinas o departamentos que los jueces aplican el derecho positivo, ya sea identificando por círculos concéntricos las reglas cada disciplina o, en su caso, formulando los principios jurídicos que en tales ramas se configuran.

c) *La formulación de teorías jurídicas.* Esta tarea es muy relevante y se encuentra a cada paso en todo libro de Doctrina o Dogmática jurídicas. Sobre ello, sólo cabe recordar aquí algunos ejemplos de aportaciones relevantes para el pensamiento jurídico, que han marcado senderos para la comprensión de estas tareas de la Doctrina; como es el caso de HAURIOU, sobre la teoría de la institución⁸; de ROMANO, sobre el ordenamiento jurídico; de KAUFMANN, sobre la “naturaleza de la cosa”; de BETTI, sobre interpretación jurídica; los aportes teóricos del primer BOBBIO; y de IRTI sobre descodificación⁹; en fin, la obra póstuma de KELSEN sobre la teoría de las normas¹⁰. Destaco, dado nuestro tema, dos

⁵ Los tratados, manuales o cursos; o sus monografías.

⁶ Toda investigación en este sentido debe partir por revisar las primeras pistas en Savigny (a principios y mediados del siglo XIX) y finalizar analizando las últimas propuestas en DWORKIN (a fines del siglo XX); vid. SAVIGNY (1841), I, § 4, 9 y 52 y ss.; y DWORKIN (1986) p. 251.

⁷ Describo la técnica de los «núcleos dogmáticos» y el sistema y autonomía de cada disciplina jurídica en: VERGARA, 2014; y la distinción de otras disciplinas fronterizas en VERGARA 2015.

⁸ HAURIOU (1925 [1933] [1986]).

⁹ Vid. BETTI (1949), (1955), (1991) y (2009); BOBBIO (1950) y (1966), como una muestra de su enorme aporte; e IRTI (1979 [1992]).

¹⁰ Vid. ROMANO (1945 [2013]) [sobre Santi Romano véase el reciente trabajo de MARTÍN-RETORTILLO

trabajos fundamentales para la comprensión teórico-práctica de lo que sea la Doctrina: el aporte invaluable de VIEHWEG sobre la Doctrina jurídica como ciencia de problemas; y el de CANARIS, sobre la función y falsación de las teorías jurídicas¹¹.

d) *La sistematización de normas.* Para cumplir sus tres tareas la Doctrina debe, previamente, sistematizar el derecho positivo vigente. La sistematización del derecho legal se suele señalar como la tarea paradigmática de la Doctrina¹². La literatura, en general, destaca correctamente la sistematización como una tarea de la Doctrina; pero no suele describir ni diseccionar tal tarea¹³.

En general, para los autores que al hilo de análisis más generales se refieren de pasada a las tareas de la Doctrina (hay muy pocos escritos dirigidos directa y únicamente a analizar sus estructuras), señalan casi única y unánimemente que la técnica de la sistematización sería el objeto principal de la Doctrina; no es usual el análisis de las tres tareas señaladas más arriba, las que constituyen sus tareas realmente paradigmáticas. De ahí seguramente que muchas veces se menosprecie a la Doctrina y no se la reconozca como ciencia, pues sin considerar tales tareas es natural pensar que sería una mera técnica de sistematización normativa. Pero, si bien la sistematización es efectivamente realizada por la Doctrina, más que un fin, es una herramienta; es un arte instrumental; una *techné*; o al menos una tarea intermedia, que por sí misma no sirve sino que para producir o hacer posibles aquellas otras tres tareas (arriba descritas) que son las esenciales. La sistematización (que es mera técnica) es efectivamente una de sus tareas; pero no es toda su tarea.

Los juristas eruditos, a través de la Doctrina, entonces, ofrecen a los prácticos (jueces y abogados) esos tres productos culturales: *i*) diseño de disciplinas; *ii*) modelos teóricos de solución para casos difíciles, y *iii*) formulación de principios jurídicos. Las respuestas que jueces (y abogados) - esto es, los prácticos del mundo jurídico- dan a

(2013)]; KAUFMANN (1965 [1976]) y KELSEN (1979 [1994]).

¹¹ Vid. VIEHWEG (1963) y CANARIS (1983 [1998]) y (1993 [1995]).

¹² La literatura, en algunos casos, la considera casi la única tarea del jurista; en otros se amplía la tarea del jurista al aporte de teorías y principios. No es el fin de este escrito un análisis de las distintas posiciones, en una literatura casi inabarcable; cito sólo algunos autores.

¹³ En literatura española e Hispanoamérica: Vid. ATIENZA (1985 [2005]) p. 255. Para este autor la dogmática jurídica, no es una ciencia, sino una técnica social específica, una de cuyas labores es la sistematización del derecho positivo. CALSAMIGLIA (1986) pp. 12-13 y (2000), para quien la labor de la ciencia del derecho es un saber que, simplemente, "trata de describir las normas jurídico-positivas". COURTIS, (2006b) pp. 113 y 118-121, destaca en primer lugar la labor sistematizadora. GÓMEZ (2011) pp. 38 y 130, la señala como el objetivo único. El texto de RUBIO (2006) bordea el fenómeno de la doctrina y sus conexiones filosóficas y sociológicas, pero no penetra el rol metodológico.

¹⁴ En literatura francesa: El difundido texto de BERGEL (1998) no presta atención a las tareas de la doctrina. ATIAS (1993) p. 47: en primer lugar, la sistematización, luego, el esfuerzo de explicación y justificación de las normas. BEAUSSONNIE (2006) pp. 27 ss., pone el énfasis en la sistematización lógica de las normas, y la influencia de la doctrina; como en el caso en HAKIM (2002) y en HAKIM y MELLERAY (2009). Según JESTAZ y JAMIN (2004) p. 218, la doctrina primero identifica las materias y luego las pone en orden, aciertan sin ofrecer desarrollos epistemológicos. En todo caso, hay en la literatura francesa de la actualidad un desarrollo crítico del rol social de los juristas, sin un estricto análisis teórico; vid.: ATIAS (2002) y FONTAINE (2012). Por su parte, VAN DE KERCHOVE y OST (1988) [traducc. (1997)] pp. 108-123, califican la tarea del jurista como mera sistematización "interna".

¹⁵ En literatura italiana: Según BOBBIO (1950 [1994]) pp. 349-365, la tarea de la ciencia del derecho y del jurista es un análisis del lenguaje legal: purificándolo, complementándolo y ordenándolo; esto es, sistematizándolo. La tarea de la dogmática es, como sigue GUASTINI (1994) p. 125: la exposición sistemática del derecho vigente. MENGONI (1996) p. 47, destaca el aporte de la doctrina a la sistemática, en función interpretativa.

¹⁶ En literatura alemana: Vid. En LUHMANN (1983 [1974]) pp. 31 y 45, *passim*, un intento superador.

¹⁷ Una excepción a esta despreocupación son los trabajos de LARIGUET (2007) y (2008) quien [como aclara el autor: "desde la perspectiva de la filosofía de la tradición analítica"], ofrece una conexión entre sistematización (de las reglas), la construcción de las disciplinas autónomas y la integridad del Derecho (en el sentido de Dworkin). Sobre la relevancia del tema véase el prólogo de ATRIA (2007) p. 17.

los casos difíciles suelen apoyarse en los análisis que a partir de las normas y principios ofrecen los juristas, es decir, aquellos aportes de teorías jurídicas o doctrinas que se encuentran en libros y publicaciones científicas. Todo jurista erudito o especialista en alguna disciplina suele ofrecer teorías o modelos teóricos de solución de problemas jurídicos difíciles; y, junto a (para) ello, sistematiza las fuentes, describe instituciones y disecciona principios jurídicos.

III. Identidad de la Doctrina jurídica.

a) *La Ciencia del Derecho no es una sola.* En este trabajo analizo esa manifestación cultural que denominamos Doctrina o Ciencia del Derecho (esa que construyen a través de sus escritos los juristas eruditos), observando para ello lo más minuciosamente posible su médula, su corazón, su «núcleo»; apercibiremos que la ciencia del Derecho se manifiesta a través de una constelación de disciplinas especializadas (Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho laboral, etc.).

Si se observa bien la manera en que se manifiesta ese fenómeno cultural que llamamos Doctrina jurídica, es cada disciplina especializada la que debe ser considerada como una ciencia singular del Derecho; y todas ellas reunidas conforman ese microcosmos. Solemos llamar (en modo singular) “Ciencia del derecho” o “Ciencia jurídica” o “Dogmática jurídica”; lo que es, en verdad, sólo una manera de verbalizar (de hablar) de un modo sintético para referirnos al fenómeno global, al microcosmos: a la reunión de todas y cada una de aquellas disciplinas especiales (Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho Penal, etc.). Todas conforman a la vez ese fenómeno cultural global: «la» Ciencia del Derecho¹⁴.

Lo mismo ocurre con la expresiones Doctrina o Dogmática jurídicas, que utilizamos profusamente en este escrito de modo singular («la»), pero «las» doctrinas o dogmáticas especializadas se manifiestan pluralmente. Al revisar desde la perspectiva del método la posición de la Doctrina en medio de las demás fuentes del Derecho (Ley, jurisprudencia, costumbre) no podemos olvidar que cada disciplina o rama especializada del Derecho es, por sí misma, una Doctrina; una Dogmática; un microsistema. Ante los ojos del jurista o del juez, la Doctrina nunca se manifiesta globalmente, como todo un inmenso microcosmos; siempre se manifiesta de modo singular o especializado, a través de «una» disciplina específica: el Derecho civil, el Derecho administrativo, etc., en medio de la cual el jurista o el juez aplica reglas y principios.

Así, ante el análisis teórico, se describe una realidad plural y múltiple (el microcosmos de todas las disciplinas jurídicas) en singular: «la» Doctrina o «la» Dogmática o «la» Ciencia del Derecho.

b) *Carácter científico de la Doctrina jurídica.* Uno de los campos favoritos de los filósofos del derecho es el análisis del estatuto científico de la Doctrina o dogmática jurídica (más bien de las dogmáticas especializadas: de cada disciplina: Derecho civil, Derecho penal, etc.). Esta discusión es bien curiosa, y es usualmente promovida por

¹⁴ Esa formulación, dicha así, en modo singular (la Ciencia del Derecho) sirve para distinguirlas de otras ciencias (ya sean ciencias exactas, humanas o sociales); pero cabe transformar en una formulación en modo plural al momento de describir todo el microcosmos de disciplinas jurídicas: en este último caso, si nos referimos a todas las especialidades, serán «las» ciencias jurídicas.

Filósofos del Derecho¹⁵. No obstante, dado que este escrito se introduce en el método de las disciplinas dogmáticas, podrá ser un aporte a esa discusión; ello es evidente, pues para el reconocimiento de una actividad como ciencia, es un canon la existencia de un método adecuado¹⁶.

c) *Tratados, manuales o cursos y su necesidad científica*. Observar el diseño de las disciplinas jurídicas es relevante teóricamente, pues las disciplinas, por sí mismas, constituyen una herramienta insustituible para esa natural forma de aplicación del Derecho que realizan los jueces, dado que antes de aplicar reglas o principios, ellos identifican el área, parte, rama o departamento del Derecho atinente¹⁷. Los juristas deben tomar conciencia que la tarea de diseño de las distintas disciplinas especializadas del Derecho es también parte del sistema de aplicación del derecho. De ahí la necesidad adicional de delimitar tales disciplinas, para su autonomía; pues si las disciplinas no fuesen autónomas, ellas no tendrían entidad para ser realmente partes o departamentos. Esta manera «integral» de aplicar el derecho por los jueces, implica que la interpretación opera *sedes materiae*: y para ello la conformación de cada rama o disciplina (esto es, cada materia, área o sector de vida regulado) del Derecho, es imprescindible.

Observar cómo los juristas diseñan tales ramas o disciplinas jurídicas, permite comprender su rol en la aplicación del derecho positivo (tanto de las reglas como de los principios jurídicos, como verdaderos sustitutos de la ausencia de norma, de rellenos de lagunas normativas).

La coherencia de las propuestas que realizan los juristas en la elaboración de sus teorías proviene de las ideas más nucleares contenidas en la masa básica que configura cada disciplina. La conciencia del rol del diseño de las disciplinas jurídicas pudiera, en fin, alterar algunas políticas educacionales y de fomento a la investigación: pudiese ser tanto o más relevante para una sociedad científica la elaboración de investigaciones monográficas, como el diseño de las disciplinas jurídicas, mediante tratados, manuales o cursos, con una sustancia y métodos adecuados.

d) *La Doctrina analiza el material jurídico en su estado más puro*. La Doctrina jurídica está conformada por las distintas disciplinas, ramas, departamentos o microsistemas jurídicos: el Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho penal, etc. En cada una de estas diversas disciplinas dogmáticas, que conforman el microcosmos de lo jurídico, el jurista erudito analiza el material jurídico en su estado más puro (“en bruto”); revisa directamente, tal como se ofrece en la praxis, en sus aspectos más precisos y delicados, todos aquellos datos que conforman las «fuentes del Derecho»: es el caso de una ley, con todos los detalles y entresijos de su texto; de una sentencia judicial; de una costumbre; de un principio. Estas disciplinas dogmáticas se manifiestan culturalmente a través de escritos de análisis de las fuentes (Monografías [libros y artículos de revistas especializadas en Derecho], comentarios jurisprudenciales; tratados, manuales y cursos de alguna área o materia de Derecho), y sus resultados, también, en ciertas condiciones (que reviso en este trabajo) se transforman en una nueva «fuente del Derecho»: la Doctrina. De ahí la natural interconexión de estas tres realidades y fuentes del Derecho que se suele describir, de un modo muy resumido, en tres secos pero expresivos significantes: Ley (reglas), costumbre (derecho viviente: sentimiento popular, conciencia jurídica popular); Jurisprudencia (sentencias judiciales) y Doctrina (tratados, manuales y escritos científi-

¹⁵ Es el caso, entre otros, de ATIENZA (1980), (1985 [2005]) pp. 252 y 255; y (2003) p. 246; VEGA (2000) y (2009); RUIZ (2002); Igualmente, BERNASCONI (2007) pp. 9-37.

¹⁶ En todo caso, LARENZ (1980) p. 26, sin ambages, califica a la Ciencia del Derecho como ciencia, dado que “*ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente*”.

¹⁷ DWORKIN (1986) p. 250.

cos); detrás de cada una de las cuales existen sendos actores sociales: legislador, pueblo, jueces y juristas eruditos.

La Doctrina es obra de juristas cuyo hábito es escudriñar directamente esas fuentes en su carácter, índole, condición, naturaleza o cualidades esenciales (como quiera que se pueda describir el enfrentamiento directo con tales fuentes y no desde alguna nube de filósofo).

IV. La doctrina de los juristas como apoyo a la tarea jurisprudencial

En este contexto, resulta de especial relevancia observar el apoyo y orientación especializada que la doctrina de los juristas presta a la tarea de los jueces.

a) *Relevancia que le dan los jueces a las ramas o disciplinas especializadas del Derecho.* La doctrina jurídica dedica sus esfuerzos a explicar las leyes, los hechos jurídicos, la costumbre, así como la jurisprudencia; construyendo las disciplinas jurídicas; y a estudiar y analizar el diseño de la estructura y contornos de cada disciplina jurídica. Ello es doblemente relevante para los jueces: 1º) por la utilidad que tiene la división disciplinaria para la mejor comprensión y aplicación del Derecho; y, 2º) la necesidad científica, judicial y social de contar con tratados, manuales o cursos, como soporte conceptual de las sentencias de los jueces.

Así, la doctrina que crea el jurista suele ofrecer un poderoso soporte metodológico y conceptual para que los jueces puedan interpretar el contenido de las normas, verificar el reconocimiento de una costumbre, mediante la constatación de un principio jurídico, por ejemplo.

Sin embargo, a pesar de esta importancia, la literatura jurídica y, en especial, la teoría del derecho, le ha dedicado muy poca atención al análisis de este tema crucial para la praxis y para la democracia.

Uno de los productos más relevantes de los juristas, como intelectuales eruditos, es el diseño de las disciplinas especializadas del Derecho, de las que ellos definen sus contornos. ¿Es útil para los jueces este producto cultural?

b) *Doctrina, «prioridad local», especialidad y principios.* Al respecto, en un actual, famoso y coherente planteamiento de teoría del derecho, formulado por Ronald Dworkin en una parte de su obra que no ha llamado toda la atención que merece¹⁸, se constata con acierto y realismo que los jueces, al aplicar el derecho, otorgan una preferencia y relevancia esencial (una «prioridad local», señala tal autor) a las disciplinas especializadas en que se divide el derecho («departamentos» o «provincias» del derecho, en la terminología de dicho autor); y es desde ahí, desde tales disciplinas, de donde obtiene el juez las primeras respuestas, en el intento de todo juez de que la aplicación de la Ley sea “coherente”.

Precisa y preciosa constatación ésta pues, sin necesidad de un análisis etnográfico, podemos observar que el juez, para dictar una sentencia pareciera que en primer orden no acude sólo a las reglas contenidas en las leyes o al análisis de los hechos del caso; el juez opera de un modo más complejo y busca primero identificar y delimitar ante qué disciplina jurídica se encuentra tal *factum* y tales reglas (dice: «este es un caso civil», «laboral», etc.); a partir de ahí (como se dice más arriba), el juez identifica con mayor precisión: 1º) las reglas existentes (que, en caso de existir, no puede dejar de aplicar,

¹⁸ Véase DWORKIN, 1986, cap. 7 *in fine* (“prioridad local”), pp. 250-254.

salvo prevaricación); y, 2º) en caso de ausencia de regla (por simplificar así, el «caso difícil»), dirigirá la mirada a los principios jurídicos.

En ambos casos, reglas y principios, el juez los percibe como atinentes y singulares a una rama singular del derecho: si fuesen las reglas y principios tan generales, el juez no tendría una herramienta para especificar tales reglas y principios a los casos, que son siempre específicos, singulares; ¡y la herramienta es cada disciplina especializada! El juez percibe que siempre una norma o un principio tendrá la naturaleza jurídica especial: de una específica y singular rama, parte o departamento de derecho; esto es, siempre una regla o principio será, por ejemplo, de derecho administrativo, de derecho civil, de derecho penal, etc.

En fin, esta asociación entre juristas eruditos y jueces es *simbiosis*, pues no sólo beneficia el trabajo de estos últimos; la doctrina no podría desarrollarse sin la jurisprudencia, en especial creativa, que vaya más allá de la mera Ley, y busque principios¹⁹.

Bibliografía

- Atias, Christian (1993): *Science des légistes. Savoir des juristes* (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 148 pp.
- ____ (2002): *Épistémologie juridique* (Paris, Dalloz) 230 pp.
- Atienza, Manuel (1980): "El futuro de la dogmática jurídica", *El Basilisco*, pp. 63-69.
- ____ (1985 [2005]): *Introducción al Derecho* (México, Fontamara) 352pp.
- ____ (2003): *El sentido del Derecho* (Barcelona, Ariel) 336 pp.
- ____ (2006): "Prólogo", en COURTIS (ed.) 2006, pp. 9-12.
- ____ (2014): "La dogmática jurídica como tecno-praxis", en: <https://docs.google.com/file/d/0B1pCqyIFIwn6VINndnJDam9QMzQ/edit> [última visita: 3 de julio 2014]
- Atria, Fernando (2007): "prólogo" a Lariguet (2007) pp. 7-18.
- Beaussonie, Guillaume (2006): *Le rôle de la doctrine en droit pénal* (Paris, L'Harmattan) 173 pp.
- Bergel, Jean-Louis (1998): *Théorie générale du droit* (Paris, Dalloz) 346 pp.
- Bernasconi, Andrés (2007): "El carácter científico de la dogmática jurídica", *Revista de Derecho* (U.Austral, Valdivia) vol. XX Nº1, pp. 9-37.
- Betti, Emilio (1949 [1971]): *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)* (Milán, Giuffrè) 501 pp.
- ____ (1955 [1990]): *Teoria generale della interpretazione* (Milán, Giuffrè) Tomo I 634 pp., Tomo II, 1113 pp.
- ____ (1991): *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti* (Milán, Giuffrè) 352 pp.
- ____ (2009 [1955]): *La interpretación jurídica* (Traducc., Santiago, 1ª. ed.: LexisNexis, 2006; 2da.ed.: Legal Publishing, 2009), 217 pp.
- Bobbio, Norberto (1950): "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, pp.342-367 [y en: BOBBIO, Norberto (1994): *Contributi ad un dizionario giuridico* (Turín, Giappichelli editore) 365 pp.
- ____ (1966): "Principi generali di diritto", en *Novísimo digesto italiano* (Torino, UTET) vol. XIII, pp. 887-896 [ahora en: BOBBIO, Norberto (2011): *Saggi sulla scienza giuridica* (Torino, Giappichelli editore) 142 pp [trabajo citado en pp. 93-115]
- Calsamiglia, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica* (Barcelona, Ariel) 155 pp.

¹⁹ Tema este que analizo en todos sus contornos en VERGARA 2014.

- ____ (2000 [1996]): "Ciencia jurídica", en: *El Derecho y la justicia* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 17-27.
- Courtis, Christian (ed.) (2006a): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 413.
- ____ (2006b): "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en: Courtis (ed.) 2006, pp. 105- 156.
- Canaris, Claus-Wilhem (1983[1998]): *El sistema en la jurisprudencia* [ciencia del derecho] (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998) 186 pp.
- ____ (1993 [1995]): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (traducc., Madrid, Civitas) 123 pp.
- Dworkin, Ronald (1967): "The Model of Rules", en: *Taking Rights Seriously* (Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977) y traduc.: *Los derechos en serio* (Madrid, Ariel, 1984) 508 pp.
- ____ (1986): *Law's Empire* (Cambridge, Harvard University Press) pp. 470. [traduc.: *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1988) 328 pp.
- Fontaine, Lauréline (2012): *Qu'est-ce qu'un «grand» juriste? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne* (París, Lextenso éditions). 194 pp.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2011): *La dogmática jurídica como ciencia del derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 282.
- Guastini, Riccardo (1994): "Dogmatica giuridica", en: Belvedere – Guastini – Zatti – Zeno: *Glossario* (Milán, Giuffrè) 414 pp. [el texto en: pp. 121-126]
- Hakim, Nader (2002): *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX siècle* (Paris, LGDJ) 481 pp.
- Hakim, Nader y Melleray, Fabrice (2009): *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe. siècle* (París, Dalloz) 330 pp.
- Hauriou, Maurice (1925 [1933] [1986]): "La théorie de l'institution. Essai de vitalisme social", en : *Aux Sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (París, Librairie Bloud & Gay, 1933) [reimpresión : Caen, Université de Caen, 1986] 191 pp.
- Irti, Natalino (1979[1992]): *L'età della decodificazione* (1ra. ed. de 1979, Milán, Giuffrè) [edición castellana de la 1ra. edición italiana: *La edad de la descodificación* (traducc. Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992) 214 pp. [4ta. edición, Milán, Giuffrè, 1999, 220 pp.]
- Jestaz, Philippe (1996): *El Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 132 pp.
- Jestaz, Phillipe y Jamin, Christophe (2004): *La doctrine* (Paris, Dalloz) 314 pp.
- Kaufmann, Arthur (1965 [1976]): *Analogía y "naturaleza de la cosa". Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (traducc., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976) 109 pp.
- Kelsen, Hans (1960 [1995]): *Teoría pura del Derecho* (México, Editorial Porrúa) 364 pp.
- ____ (1979 [1994]): *Teoría general de las normas* (traducción castellana, México, Editorial Trillas) 391 pp.
- Larenz, Karl (1980 [1994]): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traduc., Madrid, Ariel, 1994) 536 pp.]
- Lariguet, Guillermo (2007) : *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del Derecho* (México, Fontamara) 259pp.
- ____ (2008): *Problemas del conocimiento jurídico* (Buenos Aires, Ediar) 332 pp.
- Luhmann, Niklas (1983 [1974]): *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid, Centro de

- Estudios Constitucionales, 1983) 153 pp.
- Martín-Retortillo, Sebastián (2013): “La doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo, en: ROMANO (1945 [2013]) pp. LIII-XCVII.
- Mengoni, Luigi (1996): *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi* (Milán, Giuffrè editore) 167 pp.
- Romano, Santi (1945 [2013]): *El ordenamiento jurídico* [traduc., 2ª. ed. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013) 169 +viii pp.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2002): “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Civitas) Vol. 4, Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias, pp. 5649-5680.
- Savigny, Friedrich Karl von (1841): *Sistema del derecho romano actual* (Traducc. Mesía y Poley, Madrid, Góngora y Compañía, 1878) vol. I, 450 pp. [reimpresión: (Granada, Comares, 2005), 1882 pp.
- Van de Kerchove, Michael y Ost, François (1988): *Le système juridique entre ordre et désordre* (Paris, Presse Universitaires de France) [traducción: *El sistema jurídico entre orden y desorden* (Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad complutense, 1997) 216 pp.
- Vega, Jesús (2000): *La idea de ciencia en el Derecho: una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de «ciencia normativa»* (Oviedo, Pentalfa Ediciones) 865 pp.
- ____ (2009): “Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del Derecho”, en: *Doxa*, N°32, pp. 375-414.
- Vergara Blanco, Alejandro (2014): “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los «núcleos dogmáticos»”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 957-991. [de donde tomo algunos textos para este trabajo]
- Vergara Blanco, Alejandro (2015): “Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica”, en: *Revista de Derecho no. 44 Valparaíso jul. 2015* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), pp. 623-660. [de donde tomo algunos textos para este trabajo]
- Viehweg, Theodor (1963): *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, Taurus ediciones) 157 pp. [prólogo de Eduardo García de Enterría, pp. 11-33]