Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 205
AÑO LXVII
ENERO-JUNIO 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

# REVISTA DE DERECHO

27 SET. 2007

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# *LA ENTIDAD DOCTRINAL FRANCESA*[1]

CHRISTOPHE JAMIN
Profesor en la Universidad de Lille II
Miembro del Instituto Universitario de Francia
PHILIPPE JESTAZ
Profesor en la Universidad de París XII
Miembro del Instituto Universitario de Francia

La doctrina, en el sentido jurídico del término, es definida a menudo, al menos en Francia, como una colección de obras. Por ejemplo, el *Petit Robert*[2] ve en ella "el conjunto de trabajos jurídicos destinados a exponer o a interpretar el derecho (opuesto a legislación y jurisprudencia). Esta definición no es falsa, pero no da cuenta sino de una parte de la realidad. Si la doctrina no fuese sino un conjunto de obras, no sería nada más que una biblioteca de facultad o de palacio de los tribunales. Y va de suyo que es mucho más que eso, como va de suyo que la poesía no se reduce a una colección bien provista en la que se encontrasen las obras de todos los poetas franceses. Más allá de la producción doctrinal (o poética), existe la actividad doctrinal (o poética), es decir, los hombres que se dedican a ella. Y es aquí que se encuentran otros sentidos de la palabra.

En verdad existen dos, uno de los cuales es universal o casi universal, y otro que no vale sino para ciertos países, entre ellos Francia. El universal es el sentido corriente de la palabra, el que recoge Littré[3]: "conjunto de dogmas o teoría particular". La doctrina es aquí sinónimo de opinión, pudiendo cada cual tener una opinión o doctrina que desee sobre no importa qué tema. En la mayor parte de las lenguas,

[1]Traducción de Ramón Domínguez Aguila, profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción. Artículo publicado con autorización del Recueil Dalloz y de sus autores. Las notas al pie de página han sido especialmente redactadas por el profesor Christophe Jamin para esta traducción en vista a su publicación en la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción y por lo mismo no son idénticas a las del original del Recueil Dalloz 1997, págs. 167 y sgts.

[2]El diccionario de la lengua francesa, el *Robert*, tiene siete volúmenes. Pero tiene también una edición reducida a un solo volumen, llamado el *Petit Robert*.

[3]Aunque data del siglo XIX, el diccionario *Littré* sigue siendo una obra inigualada. En Francia, las discusiones semánticas comienzan habitualmente por una cita del *Littré* o del *Robert*.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



según parece, y en todo caso en la mayor parte de los países que tienen un desarrollo semejante al nuestro, existe una palabra que corresponde en francés al de doctrina o de opinión. Y esta palabra se emplea tanto en derecho como en las materias más diversas. Los norteamericanos hablan de la doctrina Monroe, todo el mundo habla de la doctrina marxista y los juristas franceses de la doctrina Matter[4]. Tratándose de la doctrina jurídica, el primer presidente Bellet, por ejemplo, la define como una "opinión escrita y científica que hace autoridad"[5], por tanto (y dejando de lado por ahora la cuestión delicada de la autoridad), como una opinión.

En un segundo sentido, que parece propio a Francia y a ciertos países de Europa continental, la doctrina es presentada como una entidad, puesto que los juristas dicen corrientemente que la doctrina aprueba o critica tal solución, propone tal reforma, etc. Se exageraría, apenas, enunciando que la doctrina es invocada como algo igual a una persona jurídica. Esta formulación nos es tan habitual, que la creemos universal y que por poco no hablaríamos de la doctrina norteamericana o inglesa, olvidando que la noción de entidad doctrinal no tiene su equivalente en esos dos sistemas de derecho[6]. Los juristas norteamericanos, por ejemplo, emplean el término doctrina para caracterizar un método de análisis del derecho que se aproxima por lo demás al que usa la doctrina francesa (*legal doctrine* o *doctrinal analysis*)[7], pero carecen de un término equivalente al nuestro para calificar a la doctrina. Cuando más hablan de la erudición jurídica (traducción aproximada de la intraducible *legal scholarship*) o de opiniones sabias (*opinions of legal experts*) emanadas de juristas notorios (*learned jurists*)[8]. Vanamente se buscaría bajo sus plumas el equivalente de esta sobria definición propuesta por Guinchard y Montagnier: "Pensamiento de los autores. Por extensión, del conjunto de los autores"[9]. ¡Definición muy francesa! Aun si la fórmula citada no se refiere explícitamente a una entidad, va al corazón del tema: cada cual medirá el paso realizado en relación al *Robert* y toda la diferencia que puede existir entre un conjunto de obras, por tanto de cosas (aunque sean soportes de opinión) y un

[4]En sus conclusiones respecto a la sentencia de Cass. civ. de 22 de diciembre de 1931 (D.P. 1932, 1, p. 113), el procurador general Matter preconizaba interpretar la ley francesa como habiendo hecho reserva respecto de la aplicación de los tratados anteriores. Generalmente seguida por los autores, esta sugerencia no había recibido consagración clara en la jurisprudencia, razón por la cual seguía siendo una "doctrina". Por el contrario, se habla de la jurisprudencia Matter para designar un caso en que las ideas de este magistrado habían incontestablemente entrado en vigor (Cass. civ., 17 mayo 1927, D.P. 1928, 1, p. 25, concl. Matter) a propósito de la noción de pago internacional.

[5]P. Bellet, *Rapport de synthese*, Traveaux de l'Association Henri Capitant, Litec, t. XXXI, 1980, pág. 11.

[6]Ejemplo característico: la doctrina, en el sentido en que la entendemos, tiene su equivalente en Quebec, y por consiguiente, tal autor de Quebec la invoca en un artículo redactado en francés. Pero en el resumen en inglés de dicho artículo, el término no es traducido: permanece en francés y, por lo mismo, entre comillas (R.A. MacDonald, "La nature, le role et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois", *Cab. Dr.* 1985, vol. 26, pág. 1.071). Comp., anunciando un párrafo consagrado a la doctrina, J. E. Brierley y R.A. MacDonald (dir.), *Quebec civil law*, Emond Montgomery Publications, 1.193, N° 102: "Expert or 'doctrinal' opinion (la doctrine)".

[7]V. por ej., R.A. Posner, "The present Situation in Legal Scholarship", *The Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp. 1.113 y s., esp. pp. 1.113-1.119.

[8]V. por ej., E.W. Patterson, *Jurisprudence*, The Foundation Press, 1953, pp. 217 y sgts.

[9]*Termes juridiques*, Dalloz, 10ª edic., 1995, v. *Doctrine*.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



conjunto de autores, es decir de personas[10]. En verdad, el conjunto de obras y el conjunto de los que las escriben no resumen por sí solos a la doctrina, pero constituyen la base fáctica, la realidad observable a partir de las cuales ha sido construida la entidad doctrinal.

Pero primero que nada, ¿qué es una entidad? Muy esquemáticamente, podríamos descubrir la presencia de una entidad cada vez que se personaliza un fenómeno haciendo creer que él dispone de un poder de acción propio. Ciertamente, algunas entidades no son sino un modo de hablar. Cuando se pretende que la Naturaleza tiene horror del vacío o que la Historia se repite, lo que se hace es limitarse a presentar bajo forma de una imagen una simple relación de causalidad. Se trata entonces de falsas entidades. Pero hay entidades verdaderas (pues toda entidad es, por definición, una representación mental), porque corresponden a una agrupación humana, en cuanto tal observable, y que dispone de un poder de acción más o menos extenso. En tal caso, conviene dar una mirada general comenzando por las entidades más borrosas. Cuando se dice que el Gobierno ha obedecido *a la calle* o que su política no se hace en la *canasta*[11], se hace referencia a agrupaciones, ciertamente poderosas, pero vagas y heterogéneas: los que han manifestado en un lugar y momentos dados, los operadores que compran y venden títulos en la Bolsa. Del mismo modo, cuando los gobernantes hablan de la *opinión*, designan con ello una realidad muy cambiante y con facetas múltiples: si por ejemplo alguien señala que esta *opinión* es hostil a una reforma de la universidad, ¿se trata de la opinión de los universitarios, o de los estudiantes, o de algunos de sus sindicatos, o del conjunto de los franceses, o tal vez de la de los periodistas? Desde ya todos presienten que la doctrina jurídica (que es una subdivisión de la opinión, en este caso, la de los demás) se presentará bajo una forma mucho más precisa y tendrá entonces el carácter de entidad mucho más firme. Pero continuemos nuestra investigación partiendo de entidades, si se nos permite decir, más carnosas. Frente a aproximaciones como la canasta o la opinión, parecerá más justificado el personalizar al *salariado* o al *mundo rural*, pues un hecho social, en el sentido de Durkheim, se perfila tras esas representaciones, hecho social que, a pesar de su heterogeneidad, presenta un carácter de mayor continuidad que los citados precedentemente. Con mayor precisión aún: la *profesión médica* constituye, sin duda, un grupo homogéneo a pesar de las diferentes especialidades, y ello es tan cierto que se emplea a su respecto, significativamente, la expresión *cuerpo* médico. Los médicos son un cuerpo que no está "constituido" como tal, pero que está fuertemente estructurado, como lo prueba la institución de la Orden[12]. Un

[10] Todos esos sentidos diferentes están por lo demás recapitulados por el *Vocabulaire Capitant*: "1. Opinión comúnmente profesada por los que [...] escriben sobre el derecho...2. Conjunto de obras jurídicas...3. Conjunto de los autores de obras jurídicas...4. En sentidos restringidos: opinión expresada sobre una particular cuestión de derecho..."

[11] *La canasta*: expresión usual para designar la Bolsa de París (a causa de una balaustrada circular con forma de canasta en torno a la que se sitúan los operadores).

[12] Los médicos (y por lo demás otras profesiones liberales: arquitectos, expertos contadores, abogados, etc.) están autoritariamente agrupados en una Orden. Esta ejerce prerrogativas de poder público, puesto que el Consejo (elegido) de la Orden tiene el poder de reglamentar la profesión y de tomar sanciones disciplinarias contra sus miembros.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



paso más y se encuentran los cuerpos constituidos propiamente dichos, como la Asamblea Nacional o la Corte de Casación que, ciertamente, no tienen personalidad jurídica, pero que tienen el poder de actuar por sí mismas, según la ley de la mayoría. Por último, la entidad alcanza su pleno desarrollo con la noción de personalidad jurídica, la que implica una estructuración completa y a menudo fuerte (siendo el caso extremo la entidad Estado, dotado de su sobre poderosa máquina administrativa).

En resumen, si todas las entidades (verdaderas) se caracterizan por un fenómeno de poder, todas no están igualmente estructuradas, de suerte que una investigación más avanzada haría aparecer, sin duda, un espectro muy matizado. Pero conviene observar de inmediato que el poder y la estructuración no van necesariamente aparejados: la calle, entidad vaga, es a veces más poderosa que el Gobierno ... Dicho de otro modo, dos cuestiones diferentes se plantean a propósito de cada entidad: por una parte, la de su existencia (dicho de otro modo, de su verosimilitud intelectual) y se ha visto que una entidad existe a condición de personificar el poder social de un grupo; por otra parte, y suponiendo admitida esta existencia, la de su mayor o menor estructuración, la que no hace sino traducir la mayor o menor cohesión del grupo.

Tratándose de *la doctrina* (en Francia) vamos a preguntarnos primero si ella es una simple licencia del lenguaje o si, ejerciendo un poder, ella constituye una entidad plausible. Reflexión hecha, es esta última hipótesis la que nos parece exacta. Ciertamente, todos saben que la doctrina no es una fuente formal del derecho y que, por lo mismo, su poder no es comparable en nada al del legislador, ni siquiera a aquel, más controvertido en su principio, del que ejercen nuestras tres más altas jurisdicciones[13]. Pero desde que los autores elaboran una dogmática en el sentido propio del término, es decir una explicación global del derecho con vocación normativa y en forma de sistema, participan en esta obra de conjunto que llamamos *in fine* el derecho francés, y por ello ejercen, se quiera o no, un poder colectivo. ¡Pero que no se crea que se trata allí de un fenómeno universal! En otros países, y particularmente en los de *common law*, los trabajos sobre el derecho no toman la forma de una construcción sistemática, sino que se orientan, por lo demás con un gran refinamiento de análisis, hacia la previsión de soluciones particulares, de suerte que las opiniones emitidas, a falta de una obra colectiva apta a cimentar la solidaridad de los conceptos y de los autores, permanecen como manifestaciones puramente individuales[14]. En tal contexto, la noción de entidad doctrinal tiene pocas chances de ver alguna vez el día.

Habiéndose admitido que, por el contrario, esta entidad existe en Francia de manera plausible, es necesario interrogarse a continuación sobre su grado de

[13]Las tres más altas jurisdicciones francesas son la Corte Casación (jurisdicción judicial), el Consejo de Estado (jurisdicción administrativa) y bien entendido, el Consejo Constitucional.

[14]Bien entendido se trata todavía de dogmática, puesto que esta noción engloba por definición todo análisis estructural de la norma jurídica (V. Infra, I-B-1°). Por el contrario, se abandona el ámbito de la dogmática cuando un autor, de cualquier país que sea, escribe sobre el derecho en una perspectiva exterior a éste, por ejemplo sociológica, económica o antropológica (*ibid.*).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



cohesión. Y, en el espectro que hemos esbozado, la doctrina está sin duda más próxima al color franco que al color deslavado. Ciertamente la doctrina no tiene nada de persona jurídica, ni de cuerpo constituido. Pero nosotros nos proponemos mostrar que ella es, de todos modos, un cuerpo homogéneo y compacto. Como prueba: si los miembros de la doctrina se constituyesen en asociación para defender e ilustrar sus intereses comunes, su acción parecería cuando más inútil (razón probable por la cual ella no ha sido jamás imaginada), pero ciertamente no ridícula y en todo caso mucho más pertinente que las coordinaciones primitivas que se expresan en nombre de la *calle*...[15]. Por lo demás, la doctrina tiene al menos un punto común con las personas jurídicas, el de autoproclamarse, radicando la diferencia en que no reclama la personalidad jurídica, ni la organización respectiva. Ella se autoproclama, en el sentido que todos los juristas (franceses) hablan de "la" doctrina, que algunos de entre ellos la invocan con la conciencia muy firme de formar parte de ella, y que, por el contrario, los no juristas no comprenden el sentido de esta expresión, que no parece tener un equivalente tan fuerte en las otras disciplinas del saber. Y, a falta de estatutos como cualquier sociedad sabia, la doctrina se autoproclama de modo continuo, para justificar a la vez su existencia y cohesión y tal vez también para recordar su utilidad, que por lo demás nadie piensa negarle.

Esta situación dirige nuestra tarea epistemológica. Nuestro propósito no consistirá, en modo alguno, en determinar lo que es la doctrina en sí (pues esta noción probablemente no exista), sino sobre todo, en señalar *objetivamente* qué autores o qué obras hacen o no parte de ella. En efecto, si llegamos a demostrar que la doctrina es una especie de sociedad sabia, es a ésta a la que corresponde decidir a quién ella acoge en su seno. El razonamiento aquí es el mismo que en materia de nacionalidad: a falta de una definición objetiva del francés o del alemán, y puesto que cada Estado determina soberanamente quiénes son sus nacionales, se debe considerar que francés (o alemán) es sencillamente aquel a quien la ley francesa (o alemana) designa como tal. En suma, lo que trataremos de observar es el discurso de los autores autoproclamados como partes de la doctrina, con el objeto de comprender mejor esta entidad que ellos han construido *subjetivamente*. ¡Pero esta observación contiene en sí misma una parte de subjetividad, en la medida en que los dos autores suscritos forman parte del objeto observado![16]. Por consiguiente, nuestra construcción de la entidad doctrinal francesa será doblemente subjetiva puesto que trataremos de ver cómo otros (comprendidos entre ellos nosotros mismos) la ven. Hecha esta reserva, nos parece que la doctrina es realmente un poder (I), lo que hace de ella una entidad; y que ella ejerce su poder en tanto cuerpo (II), lo que permite clasificarla entre las entidades más bien sólidas que entre las más gaseosas.

[15] Se denomina "coordinación primitiva" al grupo efímero de aquellos que tratan de organizar con posterioridad una manifestación ampliamente espontánea y de coordinar sus componentes.
[16] ¡O al menos *creen* formar parte de ella!

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



## I LA DOCTRINA FRANCESA COMO PODER

Como ya lo hemos dicho y volveremos a decir, amplificando la demostración, la Doctrina Francesa ejerce un poder colectivo en la ciudad. Por razones evidentes, este poder no existe sino porque se distingue *del* poder propiamente dicho (A), al que la doctrina tiene pues los medios de oponerse. Pero veremos que elaborando el *sistema*, la doctrina se condena por sí misma a permanecer muy próxima del poder (B).

### A. *Un poder distinto del poder*

Si Francia trata a la doctrina jurídica como una entidad, ello se debe a que sus dogmáticos no tienen el *jus decidendi* (1°) y gozan de una independencia real en relación a quienes deciden (2°), no obstante que haya lugar para interrogarse sobre ciertos casos limítrofes (3°).

#### 1°. La ausencia de *jus decidendi*

En las sociedades estatizadas, la creación del derecho pertenece a la función estatal, pues la costumbre, si existe aún, no tiene, de todos modos, sino un lugar restringido. Así, el derecho, cualesquiera sean sus fuentes de inspiración (doctrinales, prácticas, etc.) se decide en la cima y por ello emana de lo que se denomina brevemente el poder. En Francia, éste tiene concretamente tres encarnaciones (¡Dos *poderes* y una *autoridad*¡)[17] que gozan del *jus decidendi*. Y es así que las leyes, los actos de la administración en el sentido amplio y las decisiones judiciales forman en sustancia nuestro derecho positivo.

¡Y lo propio de la doctrina es no pertenecer a ellos, es no pertenecer a ninguno de los tres que deciden![18] Los profesores de derecho y los otros autores forman parte de la doctrina en cuanto escriben sobre el derecho sin tener, a ningún título, la responsabilidad de dictarlo.

¿Debe entonces arrojarse al profesor fuera de la doctrina si, por casualidad, es elegido diputado o senador? Una respuesta negativa parece imponerse: este nuevo parlamentario no es sino una voz entre muchas otras y no podría por sí solo encarnar al legislador. Sin embargo sería distinto si el interesado se convierte en presidente de la comisión de legislación o con mayor razón, en guarda sellos, como

[17]Hasta 1958, la tradición francesa hacía siempre referencia, en la línea de Montesquieu, a tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Pero en la Constitución de 4 de octubre de 1958, el poder judicial cede su lugar a una simple autoridad judicial, por detrás, en relación al legislativo y al ejecutivo.

[18]Es de señalar que en Francia los que deciden no tienen el tiempo de consagrarse a un trabajo de tipo doctrinario: nuestros diputados y senadores tienen muchas otras preocupaciones en sus cabezas que la técnica jurídica, nuestros jueces tienen demasiados asuntos que juzgar y por lo demás están obligados a consagrar la mayor parte de su tiempo al estudio de los hechos, etc. Sólo los autores tienen el agrado de fabricar incansablemente sus construcciones jurídicas.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



fue el caso de los señores Foyer y Badinter[19]. Las obras jurídicas de estos autores anteriores a sus entradas en la función pública (o posteriores a su cesación) continúan, evidentemente, perteneciendo a la doctrina, pero no sus opiniones emitidas durante la duración y con ocasión de sus funciones (discursos, intervenciones, e incluso artículos autojustificativos publicados en la gran prensa).

Mas generalmente, cuando un ministro, jurista o no, responde a un oficio de un parlamentario, emite una opinión y por tanto *una* doctrina, la suya, que tal vez compromete al ministerio, incluso al Gobierno, pero que no por ello forma parte de lo que corrientemente se entiende por *la* doctrina.

Todo estaría perfectamente claro si algunos no cultivasen conscientemente el equívoco insinuando que el poder doctrinal no existe o al menos no alcanza su plenitud sino cuando un autor se encuentra asociado de cerca a la elaboración de un texto de ley, o incluso redacta el proyecto. En este sentido, se califica al decano Carbonnier de *legislador* considerando su obra *legislativa*[20] como una conquista del poder doctrinal. Ello olvida: a) que aun elaborado por un autor notable, un proyecto de ley no es más obra doctrinal que cualquier otro proyecto de ley (¡simplemente está mejor redactado!); b) que nuestro eminente maestro no tenía ningún poder de decisión y por consiguiente ninguna responsabilidad en las decisiones políticas; c) que por esta razón, él conservaba una libertad de pluma que le permitió escribir a continuación un "ensayo", perfectamente doctrinal, sobre las leyes y cuya paternidad intelectual él asume[21]. En verdad, dichas leyes no probaban de ninguna manera la existencia de un poder doctrinal (el que, veremos, reside en otro lugar). Ellas probaban solamente o más bien confirmaban el talento de M. Carbonnier, a quien sin embargo no se faltará el respeto señalando que se benefició también de circunstancias favorables, pues va de suyo que si el mismo honor hubiese recaído en su tiempo en Demolombe o en Hauriou, ¡nadie habría tenido razón para protestar! En suma, esta satisfacción personal, que muy pocos habrán conocido, no agrega ni quita ningún elemento al debate sobre la doctrina. Del mismo modo, el hecho que la Corte de Casación tome a veces una idea o una fórmula de un autor, prueba, cuando más, la apertura de espíritu de la primera y la inteligencia pragmática del segundo, pero no proporciona, en ningún caso, la prueba o el criterio del poder doctrinal. Planiol, cuyas tesis fueron ignoradas por la Corte de Casación, no es menos grande, ni sobre todo menos doctrinal que nuestro recordado amigo Christian Mouly, inspirador del fallo Ernaut[22].

[19]Ambos profesores de derecho privado, los señores Jean Foyer y Robert Badinter, fueron respectivamente ministros de Justicia en los años 1960 (bajo la presidencia del general De Gaulle) y 1980 (bajo la de François Mitterrand).

[20]Es por iniciativa de Jean Foyer, entonces ministro de Justicia, que el decano Carbonnier había sido encargado de redactar diversos proyectos convertidos en grandes leyes en derecho de familia (entre las cuales la ley de 13 de julio de 1965, que reforma los regímenes matrimoniales, y la ley de 3 de enero de 1972 sobre filiación).

[21]En realidad, una colección de ensayos (J. Carbonnier. *Essais sur les lois*, Defrénois, París, 2ª ed., 1995).

[22]Dictado en materia de fianza, la sentencia Ernaut (Cass. Com. 29 de junio de 1982, D. S. 1983, p. 360, nota Ch. Mouly) se inspiraba, sin decirlo expresamente, en una distinción propuesta por Christian Mouly en su tesis (*Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, París, 1979, esp. N°352).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



A decir verdad, el equívoco viene de más lejos. Comienza tal vez en Roma, con los prudentes, de quienes se ha repetido hasta el cansancio, que a través de ellos la doctrina creaba el derecho. Pero el poder de decisión pertenecía sólo al pretor y el hecho que algunos pretores hayan sido más permeables que otros a la argumentación de los prudentes es solamente una anécdota. En general, el pretor ejerció primero sus funciones con una relativa timidez, luego con el curso de los años y de los siglos se envalentonó -un poco como nuestros civilistas franceses que tuvieron al inicio un respeto devoto al Código de Napoleón, respeto del que luego se liberaron. Pero todos, exégetas y prudentes, fueron hombres de doctrina que sugerían, sin participar en la toma de decisiones propiamente dichas, es decir y este punto es fundamental, en la responsabilidad de éstas.

El equívoco reaparece de nuevo con la idea, esta vez repetida, de que la doctrina es una autoridad. El término, en principio, no se refiere más que a la autoridad intelectual (como lo indica la precisión de que la doctrina es una *simple autoridad*)[23]. Pero conserva un reflejo de la otra autoridad, la del derecho, la que se tiene sobre otro (la del mandante sobre su mandatario) o mejor aún la que da su nombre a una subdivisión del poder (la autoridad judicial, las autoridades administrativas independientes[24]). En realidad, la doctrina no tiene autoridad sino en el sentido en que un tratado de derecho civil *hace autoridad* (es decir, constituye la obra de referencia), y ese sentido no tiene nada de específicamente jurídico, puesto que se le encuentra en la historia, en la astronomía o en la biología molecular. ¡La especificidad de la doctrina jurídica radica solamente en que el tratado de derecho civil, a diferencia del de astronomía, puede tal vez inspirar al Parlamento! Pero de allí a traducir esta influencia en términos de autoridad-poder, hay un paso que nadie se atrevería a dar sin caer en el absurdo. Y los pocos casos, brillantes pero excepcionales, en que un autor ha podido tener *de facto* la pluma del juez o del legislador no cambian nada en ello. Aun si pueden citarse varios ejemplos en estos últimos años, la proporción sigue siendo ínfima frente al número de sentencias dictadas y los textos adoptados.

Resignémonos o más bien alegrémonos: la doctrina no tiene autoridad sobre nadie y recíprocamente nadie la tiene sobre ella.

[23] En su obra *La jurisprudence* (Dalloz, 1991), M. Zenati distingue constantemente entre el derecho de autoridad y el derecho autoritario. El derecho de autoridad está desprovisto de carácter obligatorio, pero se aplica por su carácter de razón, especialmente cuando las demostraciones de los autores han sabido convencer al juez (de donde la idea que la doctrina es una autoridad). Por el contrario, el derecho autoritario es impuesto por el poder vigente. ¡Pero convengamos que esta oposición de sentidos a partir de un mismo radical no va de suyo a ojos de los no iniciados! Los que perderán derechamente su latín cuando se les explicará que el argumento de autoridad (que es todo lo contrario del argumento de razón) depende del más puro derecho autoritario.

[24] Aparecidas recientemente sobre la escena jurídica, las autoridades administrativas independientes (Comisión de cláusulas abusivas, Consejo de la libre competencia, etc.), que se presentan como subdivisiones de la Administración, pero que no están colocadas bajo la autoridad del gobierno, han suscitado una muy abundante literatura...

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



## 2°. La independencia con respecto a los que deciden

Esta independencia tiene casi valor constitucional si se quiere recordar que la mayor parte de los autores son profesores de universidades, a los que el Consejo Constitucional ha reconocido que gozan de una plena libertad de opinión en sus cursos como en sus escritos[25]. Los profesores son ciertamente funcionarios[26], pero que, a diferencia de la mayor parte de los otros funcionarios, no reciben órdenes. Por lo demás, no constituyen, propiamente hablando, una administración, como lo prueba, en los textos que rigen a la Universidad, la distinción entre personal docente y administrativo. En suma, conocen las ventajas de la función pública (¡la tranquilidad de espíritu, que por lo demás fortifica la independencia¡) sin soportar el inconveniente de la subordinación.

Como consecuencia, los profesores no comprometen sino a sí mismos en sus escritos y no a su universidad, ni todavía menos al Estado o a la administración encargada de la enseñanza superior (pero veremos que comprometen a la entidad doctrinal). Ello es tan evidente que ninguno de entre ellos siente el deber de precisarlo, ni aún más el de escribir bajo seudónimo, como lo hacen otros funcionarios cuando, por ejemplo, en las columnas de *Le Monde*, formulan respecto del poder críticas incompatibles con el deber general de reserva. En realidad, el único caso en que alguien precisa que sus ideas no comprometen a la universidad es aquel en que la precisión es más inútil, puesto que el autor no es ni siquiera un funcionario, sino un simple estudiante que postula al grado de doctor: sin embargo, esta mención tradicional en la página inicial de las tesis se explica probablemente por razones históricas[27].

Además de los profesores de derecho (en sentido amplio, comprendiéndose entre ellos a los profesores asistentes) y sus doctorandos, la doctrina puede comprender también a magistrados, a quienes se asimilará ciertos funcionarios más próximos de la magistratura que la función pública: en esta perífrasis, el lector habrá reconocido a los miembros de las jurisdicciones administrativas. Y, todos tienen en principio una independencia y los deberes de reserva no se aplican sino a los asuntos en que deben resolver. A los asuntos y no verdaderamente a la decisión misma que, una vez dada en audiencia pública y publicada en revistas jurídicas, será citada y comentada bajo *un ángulo puramente jurídico*, por todos los autores, comprendidos quienes habrían participado en ellas desde el interior. Por ello, la independencia de un consejero que escribe sobre el derecho no está seriamente amenazada por sus funciones, que cuando más le obligan a una cierta forma de

[25]Cf. La decisión Libertades universitarias del Consejo Constitucional del 20 de enero de 1984 (D.S. 1984, p. 593, nota F. Luchaire).

[26]Nota del traductor: en Francia, como las universidades son públicas, los profesores tienen el carácter de funcionarios y no de trabajadores sujetos al estatuto laboral privado.

[27]Transformada ya en rito, la fórmula es la siguiente: "La universidad no entiende prestar ninguna aprobación ni reprobación al contenido de las tesis. Las opiniones emitidas deben ser consideradas como propias a sus autores".

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



neutralidad y de distancia frente a sus propias sentencias[28]; pero, de hecho, esta actitud es ampliamente sabida por los que comentan las decisiones desde el exterior, de modo que la cuestión no plantea ninguna dificultad. Es por lo que el consejero Jean Mazeaud tenía el mismo estatuto doctrinal que sus dos hermanos profesores, sobre todo desde que los lectores habrían podido difícilmente distinguir la parte de cada uno en las *Lecciones de Derecho Civil*[29]. Más cerca de nosotros, nadie hará reproche a los presidentes Long y Braibant, cuyas altas funciones no les han impedido jamás de sentirse en plena libertad-pero también de serenidad-, coautores de los Grands arrets[30]. Más demostrativo aún: la entrada a la Corte de Casación de profesores que tienen una producción doctrinaria importante (A. Ponsard, Y. Chartier, J.L. Aubert) de ningún modo les ha acarreado una disminución de fuerza bajo sus plumas y que les hiciese ser considerados como servidores del poder. Y el hecho que, llegado el caso, observen a veces una relativa reserva sobre *sus* sentencias o sobre la jurisprudencia de *su* Cámara, no autorizaría a rectificar este juicio.

La doctrina francesa comprende todavía algunos representantes del sector privado: notarios, abogados, juristas de empresas. Pero si la independencia del notario no suscita ninguna duda, se grita con agrado ¡aro! respecto a los dos otros: el abogado expresa el punto de vista de sus clientes, el jurista de empresas defiende a la suya. Y poco a poco, el oprobio recae muy luego sobre el profesor de derecho que alega o tiene consultas. Sin embargo, aún suponiendo que todos esos juristas hayan perdido su libertad de pensamiento, lo que, por lo demás, queda ampliamente por demostrar, la influencia soportada por ellos no sería la de un poder con tendencia necesariamente totalizante, sino la de múltiples personas privadas con intereses diversos y contrastados. Y supongamos que haya sumisión, el autor sometido a los locatarios, a los consumidores o a los asalariados no tardaría en encontrar sobre su ruta otro autor, partidario él, de los propietarios, de los fabricantes o de los patrones, lo que rápidamente restablecería el equilibrio. En el hecho, la controversia jurídica no se desenvuelve realmente más que si todos los interesados en causa tienen sus voceros respectivos, que no se podrían asimilar, sin embargo, a sirvientes. Constatemos, en todo caso, que los autores catalogados como miembros de la

[28] Esta distancia se hace también por la firma. Según los casos, el magistrado firma con su nombre o sus solas iniciales, incluso iniciales que no corresponden a las de su nombre y que equivalen entonces a un seudónimo. Pero este último caso (extremo) no hace sino confirmar la ausencia de dificultad en el caso más común.

[29] A pesar de su título modesto, las célebres *Lecciones de Derecho Civil* son un verdadero tratado en cuatro tomos y nueve volúmenes, por Henri y León Mazeaud, profesores y Jean Mazeaud, consejero en la Corte de Casación (Montchrétien, París, primeras ediciones en torno a los años sesenta). Nota del traductor: la primera edición francesa fue objeto de la conocida traducción de Sentís Melendo, publicada en cuatro tomos con dieciséis volúmenes en total por las Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960. Los tres hermanos Mazeaud tienen también sus nombres unidos en la sexta edición del tercer tomo del clásico *Traité Pratique de la Responsabilité Civile Contractuelle et Extracontractuelle*, Montchrétien, París, 1978. Una última edición de las *Lecciones*, es obra de dos nietos Mazeaud, y las nuevas ediciones de otros tomos han estado a cargo del profesor F. Chabas).

[30] *Les grands arrets de la jurisprudence administrative*, célebre recopilación cuya 11ª. edición data de 1996, por M. Lang, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé y B. Genevoius, es decir tres consejeros de Estado y dos profesores (MM. Weil y Devolvé).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



doctrina tienen una independencia de principio frente al poder, y de hecho no se prohíben la crítica a los textos o a la jurisprudencia cuando lo juzgan adecuado. Pero al margen de la etiqueta doctrinal, hay también que tratar ciertos casos límite.

### 3°. De ciertos casos marginales

El primer caso al que todos habrán pensado es aquel de los informes o conclusiones que tienen como autores a consejeros informantes, abogados generales o comisarios del Gobierno[31]. La calidad de sus escritos les asimila a veces a la mejor doctrina, pero sabemos que no es ése el único criterio[32]. La dificultad proviene, esta vez, de que el autor no escribe sobre el derecho en general, con una mención ocasional más o menos notoria de la sentencia en la que ha participado, sino de la sentencia misma. Y no se trata ni siquiera de una nota, género exterior y doctrinal por excelencia, sino de intervenciones que son elementos del procedimiento seguido ante las jurisdicciones[33]. Este género presenta así una doble ambigüedad: por una parte, el texto reproduce, bajo una forma impresa, sea una intervención originalmente oral, sea una intervención escrita, no necesariamente idéntica a la precedente ("la pluma es servil; pero la palabra es libre"[34]), o sea tal vez una mezcla de ambos; por otra parte, la eventual libertad del tono y del pensamiento no hace olvidar que este discurso participa de cerca y del interior en la elaboración de la sentencia. ¿El interesado expresa entonces la doctrina de la Corte de Casación, o del Consejo de Estado o solamente una opinión de autor? Es difícil decirlo, al menos cuando su opinión ha sido seguida por la jurisdicción...

*A fortiori* la ambigüedad reina entre los jueces anglo-americanos. La tradición de *common law* les permite, en efecto, explicar las decisiones que adoptan. Ella autoriza incluso al juez, que sus colegas han puesto en minoría, expresar una opinión disidente. Así, esos jueces, sobre todo después de cien o ciento cincuenta páginas de sentencia (este formato no tiene nada de excepcional), ocupan el lugar reservado entre nosotros a los autores, con la enorme diferencia que ellos comentan desde el interior, pues incluso la opinión disidente emana de un juez que habla en tanto tal, y que participa entonces en la obra del poder. Por ello no puede tratarse de doctrina, en el sentido en que la entendemos, es decir, de poder independiente y ello, cualquiera sea la indiscutida cualidad del trabajo realizado.

[31] A pesar de su nombre, el comisario del gobierno no está sometido a la autoridad del poder ejecutivo y formula sus conclusiones con toda independencia (ante el Consejo de Estado). Por el contrario, los magistrados que redactan las conclusiones ante las jurisdicciones judiciales (procuradores, abogados generales) están colocados bajo la autoridad del ministro de Justicia.

[32] Más precisamente, este criterio no vale sino una vez franqueada la cuestión previa de saber si aquel que escribe tiene su independencia en relación al poder (condición necesaria; pero no suficiente).

[33] Publicadas a menudo bajo una misma sentencia, las conclusiones y la nota no deben ser confundidas. Las conclusiones (o incluso el informe) se refieren a una *función* ejercitada ante la jurisdicción, mientras que la nota emana de cualquier persona que desee redactar un comentario sabio.

[34] Este adagio se aplica a los procuradores y abogados generales que deben obedecer a las instrucciones del ministro de Justicia en sus conclusiones escritas, pero pueden expresar oralmente una opinión personal diferente en la audiencia.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



El segundo caso ambiguo es el de un funcionario que escribe una monografía sobre las cuestiones que su administración, o incluso él mismo, resuelven cotidianamente en la práctica. Pero si este autor no se limita a comentar las circulares, sino que se dedica, por el contrario, a una discusión sabia y matizada, hay lugar para temer que su obra -que se suponga entonces de calidad- no expresa en lo esencial el punto de vista de la administración. En esas condiciones, ¿se trata de una doctrina de la administración (como la famosa "doctrina" de la administración fiscal[35], que sin duda no forma parte de *la* doctrina) o bien de la doctrina sin apellido? La duda sigue siendo posible.

Pero esas dificultades para aplicar el criterio de independencia no lo ponen en discusión: por el contrario, ellas subrayan su justeza, pues si se plantea la cuestión es justamente porque la frontera pasa por ese lugar. Y dejando de lado los casos límite, se retendrá la independencia general y de principio, de la doctrina, aun si de esta independencia ella no hace uso inmoderado.

### *B. Un poder próximo al poder*

"¡La entrega de este sable es el día más bello de mi vida! Me servirá para defender las instituciones y *llegado el caso* para combatirlas"[36]. Subrayado por nosotros, *llegado el caso* indica una clara subsidiariedad. Y la doctrina se parece al sable de M. Prudhomme. Aun dotada de impertinencia, ella más bien sustenta al poder que lo que lo ataca, pues desde que edifica una dogmática en el sentido propio del término (1°), establece con él una connivencia (2°).

#### 1°. Una dogmática (en el sentido propio)

Como ya se ha dejado ver, el poder doctrinal no consiste de ninguna manera en obtener, de tiempo en tiempo, un cambio de jurisprudencia, pues si hubiese de hablarse de poder cada vez que alguien tiene éxito en convencer a un juez, todo abogado detentaría una dosis de él proporcional a su talento y propiamente fenomenal en el caso de los grandes tenores. Y el poder doctrinal está en otro lugar, a la vez menos espectacular y más fuerte. Definitivamente, el Parlamento hace la ley, la administración hace los reglamentos y nuestras tres grandes jurisdicciones hacen la jurisprudencia. Pero la doctrina hace al sistema (bajo condición de hacer tomar conciencia de él) y ello merece atención[37].

[35] Generalmente temida por los contribuyentes, la "doctrina" de la Administración fiscal es en realidad una interpretación oficial de la ley adoptada por esta Administración. Ella no se confunde, de ningún modo, con un comentario doctrinal independiente (¡A menudo más favorable para el contribuyente!).

[36] Inventado por el escritor y caricaturista Henri Mounier (1799-1877), M. Prudhomme es un personaje burgués y limitado. El sable que evoca en la célebre frase citada es, salvo error, el de la Guardia Nacional (servicio civil armado que ya no existe).

[37] V., en este sentido, E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, pref. J.L. Aubert, LGDJ, 1997. Este autor ha demostrado que la "teoría general del contrato", de la que los

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Para comprenderlo, hay que reducir el derecho francés a lo que sería sin la doctrina, es decir una simple yuxtaposición de artículos de leyes y de decisiones jurisprudenciales. Entre ese derecho (en términos gruesos, el Código Civil al día siguiente de su promulgación) y el que aparece a la lectura de un tratado de derecho civil hay la misma diferencia que entre el kilo de cerezas y un *clafoutis*[38] servido a los postres por la dueña de casa.

Esta, es decir la doctrina, procede a un doble trabajo. Por una parte ella lava y extrae los cuescos de las cerezas después de haberles sacado los tallos: dicho de otro modo, elimina las contradicciones o las insuficiencias del derecho en su estado bruto. Por otra parte, elabora la masa (la dogmática) destinada a cubrir las cerezas (clasificar las soluciones dogmáticas) y hacer con el todo su pastel (el sistema).

Después de lo cual el legislador, por muy legislador que sea, se encuentra ligado por la obra realizada. Ciertamente puede votar leyes renovadoras, que remecen o aun destruyen ciertos bloques del sistema. Pero en la práctica, no puede hacer tabla rasa del pasado, pues esta pretensión tendría un costo social exorbitante. Más vale entonces no innovar sino que al interior del sistema (global) y sin irritarlo en demasía.

Puesto que hemos comenzado con las metáforas, arriesguémonos a otra: la doctrina se asemeja a un hormiguero en que cada uno de los autores, aun los más célebres, no realiza, finalmente, sino un muy modesto trabajo. De tiempo en tiempo, el legislador da un puntapié en el hormiguero, pero éste se reconstituye. Y jamás lo destruye de pie a cabeza, porque el hecho realizado en doctrina se impone a él en una cierta medida.

Ahí está el verdadero poder de la doctrina, del que siempre se dice que se basa en el saber, pero que también se basa en un inmenso trabajo colectivo. Sin tregua ni reposo, la doctrina inventa o pule conceptos, afina el lenguaje y la argumentación, clasifica los materiales. Sin cesar construye y teoriza. Ella ejerce así lo esencial de su poder de un modo difuso, en tanto estructura el derecho. A veces ella lo ejerce de un modo preciso cuando preconiza y obtiene una solución, por ejemplo, el cambio de una jurisprudencia que había criticado unánimemente. Pero su victoria más grande reside en que los que hacen el derecho positivo utilizan un material de origen doctrinal, el que no aparece como banal sino porque se ha tomado costumbre de él, ¡hasta el punto de olvidar quién era su primer fabricante!

No dudemos: es el trabajo colectivo de dogmática jurídica en el sentido propio del término el que cimienta la unión de los autores y hace surgir una entidad que sobrepasa a cada uno de ellos. La contraprueba está proporcionada por el

civilistas hablan como si ella estuviera en el fondo del Código Civil, no constituye más que una pura construcción doctrinal, que más que traducir al derecho positivo, ella lo transfigura. El mismo camino podría ser emprendido en varios otros ámbitos. Es tal vez por haber tomado conciencia de este fenómeno antes que nosotros, que los autores norteamericanos se muestran tan reticentes frente a los sistemas y al método dogmático en el sentido más fuerte del término, lo que por lo demás lamentan, a veces, los prácticos (V. el artículo notorio de H.T. Edwards, "The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession", *Michigan Law Revies*, vol. 91, 1992, pp. 34 s.).

[38] *Clafoutis:* pastelería tradicional francesa a base de cerezas insertas en una masa ligera.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



hecho que la doctrina-entidad no existe en los países sin dogmática o que practican una dogmática más temperada, pudiendo esta situación tener causas diversas. En algunas sociedades ello se debe al débil número de autores (pues con ese número la actividad de hormiguero no puede desarrollarse) y en otros, a la adopción de una lógica diferente de la nuestra: los países de *common law* no sienten la necesidad de construcciones racionales y no tienen sino desconfianza por los constructores de sistemas que somos nosotros. Por ello los mejores juristas han cesado de escribir tratados[39] desde hace al menos treinta años. En la misma época en que los redactaban, sus construcciones eran mucho más modestas, más próximas a los hechos, en una palabra: más casuísticas –lo que no evidentemente no quiere decir menos buenas– que las de los juristas franceses. Hoy en día sus trabajos los conducen más bien a emitir un gran número de opiniones particulares, muy ricas y variadas; pero sin integrar éstas en un edificio aceptado de antemano por ellos, pues ya no creen –si es que alguna vez creyeron en ella– en la posibilidad de construirlo de un modo plausible[40]. ¡En el fondo, las diferencias entre nuestros trabajos y los de los juristas anglo-norteamericanos evoca la eterna oposición entre el jardín a la francesa y el jardín inglés![41]

El criterio de la dogmática permite además comprender por qué entre nosotros, los filósofos, sociólogos, historiadores o antropólogos del derecho no son ordinariamente incluidos en esta entidad-doctrina que aprueba, critica, sugiere, etc. Es que todos esos autores se ocupan en observar científicamente las sociedades y su derecho, para explicar uno por la otra y obtener correlaciones. Pero ninguno de entre ellos mantiene –o casi no– discurso con vocación normativa. Aún considerable (¡piénsese en Kant o en Kelsen), su influencia sobre el derecho sigue siendo indirecta, pues mantienen un discurso explicativo. En una palabra, esos sabios son investigadores en ciencias humanas (un buen número de ellos tienen ese título en el CNRS[42]) pero no dogmáticos. Y si, hace poco, el profesor de derecho convertido en ministro se encontraba demasiado cerca del poder para pertenecer aún a la doctrina, los antropólogos o los filósofos están demasiado lejos de él. Próxima al poder, pero no hasta el punto de fundirse con él, la doctrina propiamente dicha se encuentra a buena distancia para tener con él una relación de evidente connivencia.

[39] V. Por ej., A.W. B. Simpson, "The Rise and Fall of Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature", *The University of Chicago Law Review*, 1981, vol. 48, pp. 632 s., esp. pp. 676-679. M.J. Horwitz, "Special Sources of American Legal History", Part. III. Treatise Literature, *Law Library Journal*, 1976, vol. 69, pp. 460 s.

[40] Esta concepción de la literatura jurídica se debe probablemente a la escuela realista (encarnada notablemente por Roscoe Pound, Cardozo y Holmes) que, desde los años treinta, estima que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y que va hasta definir el derecho como la simple previsión de lo que decidirá el juez.

[41] Construido minuciosamente según un modo geométrico, el jardín francés (por ej. Versalles) difiere del jardín inglés (por ej. Blenheim), que por el contrario, respeta –o imita– la naturaleza.

[42] El Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS): establecimiento público que recluta numerosos investigadores dándoles el estatuto de funcionarios y por consiguiente la posibilidad de ejercer sin contrapartida la actividad de investigación.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



## 2°. Una connivencia

Hay que subrayarlo desde el inicio, la connivencia no es la incondicionalidad, sino por el contrario una forma de actitud, llegado el caso crítica. Esta actitud simplemente no es crítica radical, a diferencia de la ruptura a la que de ordinario se le opone, según una distinción que ya se ha hecho clásica.

En efecto, toda persona que entra en conflicto tiene la elección entre dos estrategias: sea permanecer en el terreno del otro, de suerte que los adversarios se ponen al menos de acuerdo en los términos del debate; sea negar los valores del otro, su ideología, su modo de razonamiento y para decirlo todo, su lenguaje, de modo a trabar el debate –o más bien el monólogo en forma de requisitoria– sobre bases muy distintas. La diferencia es más o menos la que existe entre dos ladrones, uno de los cuales trata de buscarse excusas mientras que el otro discute por principio el derecho de propiedad. Pero el primero, aunque reconoce el valor de ese derecho, puede sin embargo mostrarse crítico, por ejemplo frente a los que le hacen indirectamente responsable de su propia conducta.

Un lugar común quiere que la crítica tomada en tanto género (crítica literaria, cinematográfica, etc.) no importe necesariamente desaprobación, sino incluso elogio. Esta idea no vale en realidad sino para la crítica de connivencia, la más extendida a decir verdad. En todo caso, ella se aplica perfectamente a la obra crítica de la doctrina jurídica francesa, a menudo menos acerba que lisonjera, pues la connivencia de ésta con el poder reviste un carácter, en cierto modo, estructural.

El poder, en efecto, secreta día a día, por estratos o convulsiones sucesivas, un derecho positivo lleno de imperfecciones y desprovisto de coherencia. ¡ Y, al darse por misión edificar una dogmática, la doctrina reenvía al poder una imagen inexacta pero halagadora, la de un legista racional y omnipensante, al que no se puede reprochar sino muy excusables errores de detalle! Muy feliz del obsequio, el poder se apresura en hacer suya la paternidad del sistema y se obliga implícitamente a tratarlo en adelante como su hijo, es decir, a corregirlo a veces, pero sin dañarlo. Por su lado, la doctrina tendrá todas las rebeliones que quiera, pero siempre observando una reverencia de principio. Así se conjugan la democracia, que quiere que se pueda criticar la ley sin ser procesado, y el positivismo, que postula que se tenga a la ley como derecho incluso cuando se critica sus términos. O más bien, el positivismo da su apoyo a la democracia, como por lo demás lo daría a todo otro sistema político.

Por esas razones, la doctrina francesa se hace, por su propia voluntad, no la servidora del poder (no podría hacérsele este reproche injusto) sino su auxiliar, en el sentido en que un abogado es auxiliar de la justicia[43]. Pues se trata de un auxiliar que tiene su modo franco de hablar y con quien el poder deber contar (si cuenta también *en* él). La doctrina construye ella misma los términos en que se llevará a

[43]Esta expresión significa que el abogado ayuda a la solución de los litigios sin ser parte del personal de la justicia (a diferencia del magistrado). Pero sigue siendo independiente, contrariamente a lo que dejaría hacer creer el término modesto de auxiliar.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



cabo el debate de connivencia con el poder. En este debate ella se mostrará voluntariamente crítica, pero marginalmente. Y si es verdad que ella provoca a véces -o más bien facilita: ¡seamos modestos!- una reforma legislativa o un cambio de jurisprudencia, esta misión de contra-poder no es lo esencial de su actividad. En lo esencial, la doctrina francesa sigue siendo un poder aliado del poder, que da vida y forma a las creaciones de éste, y que sobre todo facilita la puesta en obra de los textos. En el mismo espíritu, el poder no desconoce sino como broma las teorías de los profesores: en general, se inspira en ellas y si por ventura va en su contra, es más bien en el sentido de una mejora o de una excepción, que en el de un total cuestionamiento.

¿Significa ello que los juristas no adoptan jamás la actitud consistente en rechazar al sistema en bloc? Ciertamente no, pero los que rompen absolutamente con el derecho son más bien quienes fueron juristas de formación; pero que han cesado de frecuentar su disciplina (siendo Karl Marx el ejemplo más célebre). En general no son juristas de oficio, pues el ejercicio de una profesión jurídica conduce insensiblemente a practicarla. Y con mayor razón el oficio de escribir sobre el derecho, puesto que por definición el dogmático del derecho hace obra de connivencia. La doctrina francesa llega a ello tanto más fácilmente que una connivencia del mismo orden se encuentra al interior mismo de su propio cuerpo.

## *II. LA DOCTRINA FRANCESA COMO CUERPO*

Puesto que ejerce un poder social, la doctrina francesa merece entonces su estatuto de entidad. ¿Pero se trata de una entidad fuerte, es decir un cuerpo compacto y estructurado (aun sin estatutos ni organización formales) que practica el espíritu de cuerpo? Nos proponemos mostrarlo, no sin haber previamente anotado que este cuerpo tiene ya en su favor el número. Aún si la comparación con el hormiguero procede aquí de una clara exageración, la doctrina presenta una población numerosa y una masa de trabajos tanto más grande que la cadena doctrinal comprende evidentemente los escritos del pasado como los de hoy. Pero sobre todo la cohesión del cuerpo se traduce por múltiples signos que pueden ser agrupados según dos ejes: por una parte la doctrina se atribuye el derecho de decir quién forma parte de ella y por otra, el autor recibido en el jirón de la doctrina, tiene, en adelante, el poder de comprometer a la doctrina con sus escritos.

En este sentido, estudiaremos la entrada en el cuerpo (A) y la firma en nombre del cuerpo (B).

### *A La entrada en el cuerpo*

Una cuestión previa: todos los miembros de la doctrina han pasado por el mismo crisol (1°). Pero esta condición necesaria no basta: hay que publicar (2°) para hacerse reconocer (3°).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



## 1°. El crisol

Tras la palabra doctrina hay en lo esencial un cuerpo de funcionarios (aunque no constituyen una administración). Se puede adelantar, sin grandes riesgos de error, que los profesores y maestros de conferencia representan al menos el 90% de la categoría. En cuanto al 10% que resta, todos (doctorandos, magistrados, funcionarios, etc.) han sido estudiantes de los primeramente nombrados.

Así, todos los miembros de la doctrina han pasado por el molde de las facultades de derecho francesas, dejando de lado algunos inmigrados célebres como Motulsky[44], pero que en general habían logrado plenamente responder a éste, lo que confirma la fuerza extraordinaria del modelo. ¡Entre los autores franceses, el 90% (si se quiere aceptar el porcentaje) han apreciado de tal modo la formación dispensada en nuestras facultades de derecho que han permanecido en ellas para formar a sus sucesores, entre los cuales el 10% de los mencionados entre "doctrinadores diversos". Y todavía más, ese 10% no ha roto todo lazo con la facultad: vuelven a menudo a ella como encargados de enseñanza o profesores asociados, y de todos modos frecuentan, por definición, los escritos de los profesores y, por lo demás, se acercan a éstos en los coloquios o en manifestaciones diversas. Y ellos también están a la misma altura, en cuanto a que lo que escribe lo hacen según el modelo académico. De suerte que, entre todos los escritos reconocidos como plenamente doctrinarios (ya veremos cuales), no existe diferencia significativa entre los de los profesores y los de los otros autores. El molde académico prevalece aquí por sobre la famosa deformación profesional que se esperaría encontrar en tal o cual abogado o magistrado, etc.

Cuando se habla de molde, hay que evocar inmediatamente los trabajos de agregación[45], que juegan el mismo rol en el derecho, que el alejandrino y las tres unidades en el teatro clásico[46]. Las reglas de los trabajos no han sido codificadas

[44]De origen alemán, Henri Motulsky llegó a ser profesor francés, célebre por su tesis (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, París 1948) y por la influencia intelectual que ejerció en la reforma del Código de Procedimiento Civil (realizada durante los años 1970).

[45]Instituido en 1855, el concurso nacional de agregación, que se lleva a cabo cada dos años en París, constituye el modo principal y más prestigioso de reclutamiento de los profesores de universidad en las disciplinas jurídicas. Nota del traductor: para presentarse a ese concurso es requisito tener ya el doctorado y, generalmente, algunos escritos doctrinarios. El concurso mismo se desenvuelve durante todo un año académico, ante un jurado nacional compuesto por eminentes profesores e implica un conjunto de exposiciones orales y escritas, trabajos, etc., cuya evaluación va implicando sucesivas eliminaciones de candidatos, hasta terminar en los que son recibidos al concurso y que optarán por los cargos docentes ofrecidos. El primero en el concurso escoge el cargo y así se sigue con los demás; pero no es posible entrar de ese modo en las más clásicas facultades de derecho de París, como París I y París II, a las que se llega una vez hecha una cierta carrera docente en otras facultades. Esos trabajos y lecciones del concurso se desenvuelven de acuerdo a un cierto modelo formal que es típico de la doctrina francesa y que requiere que el tema sea tratado conforme a un cierto plan lógico y que es a lo que aluden los autores aquí.

[46]Unidad de tiempo (la pieza teatral supone que ella se desenvuelve en 24 horas), de lugar y de acción: esta regla de las tres unidades reinó en la tragedia clásica (Corneille, Racine), antes de desaparecer tan misteriosamente como había aparecido. Del mismo modo, las reglas de los trabajos de agregación se imponen desde hace casi un siglo, tanto a los candidatos como a los jurados, sin que nadie pueda identificar a sus autores.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



por escrito, pero se han convertido en la segunda naturaleza de los profesores que las transmiten por tradición oral; y todo candidato a la agregación que desee conocerlas encontrará fácilmente entre sus antecesores a quien le forme en esta escuela. Además, la técnica de esos trabajos impregna a tal punto los cursos de derecho y los escritos profesorales, que aun los que escriben sin haber jamás preparado el concurso de agregación aprenden finalmente sus bemoles por simpatía, osmosis o mimetismo[47].

Y la forma, lejos de ser neutra, determina ampliamente el fondo. Es así que, por medio del trabajo de agregación, la doctrina jurídica francesa marca con su huella a todos los que tendrían la ambición de venir a unirse a sus filas. Los más marcados son, sin duda, los profesores que, siendo funcionarios, tienen forzadamente un espíritu de cuerpo y que cultivan el género literario como un signo de unión. Pero los otros miembros de la doctrina, aunque no formando parte del cuerpo, se someten con placer a sus ritos intelectuales, mientras que por su parte los profesores reaniman la llama cuando los encuentran en los coloquios sin cesar, cada vez más numerosos.

En suma, la doctrina comprende, en lo esencial, profesores dotados de un estatuto social gratificante, que constituyen cuando menos una burguesía de toga[48] (aún si ya no la llevan sino para las defensas de tesis) y, llegado el caso, una burguesía de dinero: a decir verdad, la inmensa mayoría de entre ellos pertenecía ya a la burguesía antes de acceder a la enseñanza y a la doctrina. La doctrina comprende, además, un cierto número de autores exteriores a la universidad, pero que, lejos de cultivar su diferencia, buscan por el contrario asimilarse al grueso de la tropa, o al menos buscan asimilarse a él en tanto escriben sobre el derecho. Por lo demás, tienen éxito en ello sin dificultad, al precio, llegado el caso, de un ligero desdoblamiento de personalidad en relación a lo que ellos son en el ejercicio de su propio oficio. El crisol social, así como el crisol académico, juegan aquí su rol.

La doctrina constituye pues un cuerpo muy homogéneo, aun si no se identifica completamente con el cuerpo profesoral. Son testigos de esta homogeneidad no solamente un modo común a todos de presentar la discusión, sino también una connivencia en el fondo. La diversidad de opiniones no impide, en efecto, la comunidad de lenguaje, fruto de un acuerdo fundamental sobre los conceptos de nuestro derecho: dichos conceptos, forjados por una larga cadena

[47]En numerosos países los profesores no son reclutados por la vía de un concurso con exámenes y por consiguiente la lección de agregación no tiene equivalente. Esto no impide necesariamente (por ej. Bélgica) el desarrollo de una entidad doctrinal, pues ésta permanece principalmente unida a la existencia de un dogmatismo en el sentido fuerte del término. Pero allí donde no existe ni agregación, ni dogmática fuerte, se observa que los autores tienen una visión del derecho menos uniforme y más diversificada (Estados Unidos) y ello no se debe, sin duda, al azar. Tal vez son incluso más creativos: en cuanto a nosotros, perdemos demasiado tiempo y energía en hacer entrar a las filas a las innovaciones.

[48]La referencia a una "burguesía de toga" es un simple juego de palabras que hace alusión a la toga de los profesores de universidad y también a la nobleza de la antigua Francia: en efecto, hasta el siglo XVIII se oponía la nobleza de toga (es decir los magistrados) a la nobleza de espada que ejercía el oficio de las armas.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



de autores, fortifican su solidaridad. Aun aquel que no acepta, por su parte, la teoría del patrimonio por inútil y peligrosa[49], continúa a razonar en términos de patrimonio en el curso de un debate sobre un punto particular, porque el patrimonio hace parte... del patrimonio común. Por lo demás, lo más frecuente es que los cuestionamientos se hagan en provecho de conceptos vecinos ya probados: los juristas redistribuyen ampliamente las mismas cartas para nuevos supuestos. Y los choques de ideologías contrarias no acarrean rupturas verdaderas: aun en derecho del trabajo, en que los partidarios de los asalariados y del patronato se oponen claramente, el debate, aunque sea fuerte, no tiene lugar sino sobre bases comunes a todos y no se transforma jamás en un diálogo de sordos[50].

¡Omnipotencia del crisol y de la dogmática! Para ser admitido en las filas de la doctrina hay que pasar por el primero y participar en la segunda. Y esta participación reviste obligatoriamente la forma de una publicación.

## 2°. La publicación

¡*Scripta manent*! Ciertamente existe una importante doctrina oral o más bien una producción oral cuya calidad, normalmente, no cede en nada a la de las obras escritas: cursos magistrales, alegatos, debates en coloquios, etc. Sobre todo, esta producción no debe ser despreciada: *primo*, prepara, influencia y prolonga la producción escrita; *secundo*, emite, cristaliza o propaga las ideas que están de moda; *tercio*, contribuye a la reputación de los autores. Pero en tanto no deje huellas escritas, ella sigue siendo difícil de medir o simplemente de conocer. En todo caso, no cuenta sino como argumento de apoyo en el otorgamiento del calificativo de doctrinal: y la palabra de doctrina, en tanto apunta a una producción, no engloba, clásicamente, sino las obras publicadas.

Para lograr su entrada en la doctrina, es necesario un cierto número de publicaciones, por lo demás, más bien densas que numerosas, según géneros literarios precisos, respetando todos los ritos de escritura y aun prestando atención al soporte. En sustancia: la impresión es de rigor aún si algunas tesis multicopiadas acceden rápidamente al prestigio doctrinal; publicar en una revista confidencial

[49]La teoría del patrimonio es de origen doctrinal (se la debe a dos autores del siglo XIX, Aubry y Rau) que explica muy bien una parte del derecho positivo y que, por esa razón, es considerada como un pilar del sistema jurídico francés. Pero es contradicha por otros elementos del derecho positivo (hábilmente presentados como excepciones a la teoría). Por ello algunos autores denuncian el carácter artificial de esta presentación y de la teoría misma.

[50]Según M. Bergel, "no existe una doctrina sino autores de derecho cuya libertad favorece la diversidad de sus pensamientos" (*Théorie générale du droit*, Dalloz, 2ª. edic. 1989, N° 59 ); y según M. Malaurie, "la doctrina no constituye un cuerpo de pensamiento organizado del que pudiera exponerse de modo coherente sus tendencias y sentimientos. Ella depende de los autores..." (Traveaux de l'Association Henri Capitant, *op. cit.* p. 83). Estamos en total desacuerdo con esas opiniones: ¡la condición de existencia de un cuerpo no es que todos sus miembros hablen con una sola voz, sin lo cual jamás existiría un cuerpo, en particular en nuestra Francia individualista. ¡Un cuerpo se caracteriza por la adhesión a valores comunes, a una tradición, a un espíritu, etc., y no por una conmovedora comunidad de opinión sobre todos los temas. Nadie sueña con discutir la calidad de cuerpo que tiene la Academia Francesa, aunque en ella todas las opiniones tengan cabida.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



no sirve de gran cosa; y hay además revistas o repertorios de mala fama, porque son considerados demasiado *prácticos* o de bajo nivel, etc. Pero estas reglas se aplican de modo mucho más relativo y admiten incluso excepciones, una vez que se ha sorteado con éxito el examen de aprobación. Es así que un artículo en la gran prensa podrá pasar como doctrinal, a condición que se haga en *Le Monde* y bajo la pluma de un autor reconocido; pero el mismo sería considerado como una imprudencia si emanara de un novato.

Dicho esto no hay que detenerse en estas reglas o estos ritos, que por lo demás son bien conocidos. Más irracional, porque implícito y aún impalpable, es el reconocimiento de los pares, que es el que consagra la entrada en la doctrina.

### 3°. El reconocimiento

Para hacerse admitir, el interesado debe haber publicado obras que sean consideradas -es una tautología- como *verdaderamente* doctrinales. Un tanto misteriosa, esta noción de verdadera doctrina se esclarece a *contrario*: es un hecho que ciertos escritos relativos al derecho positivo no son considerados como formando parte de la doctrina. El juicio de exclusión cae por ejemplo sobre un manual destinado al diploma de capacidad[51] (a pesar, se agrega, de los preciosos servicios que prestan a los estudiantes), sobre un breve comentario en caliente de la nueva ley, destinado al uso de los prácticos y más generalmente sobre las obras calificadas de puramente descriptivas, etc.

No sería éste el lugar para entregarnos a un estudio completo de los criterios retenidos, ni menos aún de hacer sobre ellos una apreciación: nuestro propósito de ningún modo consiste en determinar lo que objetivamente debería o no debería formar parte de la doctrina, pues esta tarea no tendría probablemente ningún sentido. Más simplemente, tomamos acta de que, sin duda con una parte de subjetivismo, el club de la doctrina francesa selecciona a quienes le place acoger en su seno. Y, para un mejor conocimiento de este cuerpo, lo importante es estudiar sobre todo el acto o el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo esa selección. Procedimiento evidentemente informal y decisión implícita puesto que el club mismo no tiene, cuando más, sino un estatuto costumbrista y no dicta, en todo caso, ninguna regla de organización: la doctrina y eso va de suyo, no tiene reuniones periódicas (sino las sectoriales: los congresos Capitant[52], por ejemplo, no reúnen a todos los autores, ni a todas las ramas del derecho). No tiene ni asamblea general, ni consejo de administración, de donde se sigue que cada miembro ejerce

[51] De inspiración democrática, la capacidad en derecho es un ciclo de estudios corto destinado a iniciar en el derecho a estudiantes que no han obtenido el bachillerato (que sanciona el éxito en los estudios secundarios). Los manuales que corresponden al programa de capacidad son así más pedagógicos; pero también menos sabios que los otros manuales.

[52] "La Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française", creada en los años 1030, es una asociación internacional que organiza congresos anuales y publica sus actas (los "Traveaux Capitant", citados en una nota precedente). La asociación edita también el "Vocabulaire Capitant" (citado igualmente en una nota precedente).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



directamente su parte de poder doctrinal, parte *a priori* proporcional a su notoriedad. Pero la ejerce tanto en nombre de la entidad, como a título individual: es con la plena conciencia de pertenecer a la doctrina que se emiten juicios sobre otros miembros o sobre otros postulantes.

En cuanto al postulante, éste es admitido en el club al cabo de un tiempo variable: casi de inmediato si ha defendido una tesis notable seguida muy luego de un éxito en el concurso de agregación y de nuevos escritos confirmatorios; o bien después de años de esfuerzos si ha salido de las filas a fuerza de insistir en un sector hasta aquí poco frecuentado. Entre esos dos extremos se encuentran las figuras más variadas. En todo caso, la admisión no se reconoce, a falta de formalismo, sino por signos, siendo el más tangible lo que podría denominarse la cita-incorporación. Los miembros confirmados de la doctrina citan en lo sucesivo al recién llegado, no solamente formalmente con el solo fin de presentar un conjunto de citas completas, sino haciendo pasar sus ideas en su propio discurso, sea que se adhiera o no a ellas. En la frontera misma está la incorporación sin haber sido citado y ella constituye la cima de la gloria: así, se hace referencia a las obligaciones de medio y de resultado, incluso sin decir nada al fin de la página que el mérito de la distinción es de Demogue... Pero tan probatoria como ella será la incorporación con rechazo explícito (Ginossar, a quien se admira sin seguirle) o implícito (Japiot, cuyas ideas en materia de nulidad siguen siendo tan atrevidamente renovadoras como a comienzo del siglo): la gloria no se mide con la vara de la influencia ejercida sobre la historia de las ideas o sobre el derecho positivo, sino por el efecto producido sobre los pares.

Del mismo modo, el postulante verá un signo de su admisión en el hecho que su opinión será atribuida a "una doctrina autorizada" (su nombre no aparecerá sino entre paréntesis o en una nota). ¡Expresión reveladora que incita a preguntarse de quién emana la autorización! Dejemos de lado la doctrina *particularmente* autorizada, pues esta perífrasis designa en realidad a quien ha participado en la redacción del texto o de la sentencia, y constatemos que la noción de doctrina autorizada (sin más) parece equivaler a la doctrina que hace autoridad. Según nosotros, ella es autorizada por la opinión común del club que, poco a poco, y sobre un lapso de tiempo variable, discierne sus balotas blancas[53]. Pero aquí no es seguro que la unanimidad sea siempre requerida: una sola bola negra o incluso algunas (dentro de un tan gran número de autores) no bastaría para impedir la admisión. Sin embargo exista allí tal vez un falso problema, pues la admisión es un fenómeno colectivo y tiene ampliamente lugar por un efecto de acarreo en el que el dato de boca en boca desempeña un rol decisivo, de suerte que se pasa muy rápidamente, una vez que el proceso se ha desencadenado, a una casi unanimidad.

[53] Se sabe que en los clubes ingleses, la votación para admitir un nuevo miembro se hace por medio de bolas blancas (sí) o negras (no), bastando un solo no para eliminar al candidato. Menos se sabe que en el siglo pasado los jurados de exámenes practicaban un sistema parecido en las facultades de derecho francesas... Nota del traductor: tal vez es de allí que provenga la práctica, aún en uso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, para señalar la calificación en el examen de licenciatura.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Además, puede ser que la doctrina francesa tenga su núcleo central de autores indiscutidos (los maestros) y su periferia (o su lista de espera) un poco más incierta, sin hablar de los aprendices (los candidatos al doctorado)[54].

La noción de doctrina autorizada sugiere todavía una pregunta: ¿Se está autorizado a qué? Pero la respuesta no produce ninguna duda: ¡A comprometer a la doctrina!

*b. La firma en nombre del cuerpo*

¡De un autor famoso, se dice a veces que "es una firma"! Esta sinécdoque[55] no traduce solamente un prestigio individual, sino también la idea, aún más fuerte, que el autor firma en nombre de la doctrina entera como si hubiese recibido de ella implícitamente una procuración (1°) para prevalerse de ésta frente a todos los destinatarios (2°).

1°. El mandato implícito

Supongamos una cuestión sobre la cual dos autores solamente -pero ambos notorios- han escrito. Si mantienen la misma opinión, se dirá que la doctrina es unánime. Y si se oponen, que ella está dividida.

Supongamos ahora un autor que, durante la redacción de una obra, encuentra una dificultad particular. Hecha la investigación, un solo autor (pero notorio) ha tratado antes que él este punto preciso. ¡Esto no tiene importancia! Nuestro hombre, exponiendo el problema, escribirá que "a propósito de ello, la doctrina se limita a un solo autor, el Sr. Mengano, el cual observa justamente que ..."

En suma, desde que soy admitido en las filas de la doctrina, la comprometo con mi forma y llegado el caso, la comprometo yo solo: ¡Mala suerte para quienes no compartan mi opinión, pues han cometido el gran error de permanecer mudos! Yo solo comprometo a todo el mundo. Y si por casualidad somos dos con opiniones contrarias, cada uno compromete al 50% de la doctrina, a menos que más sutilmente cada uno la comprometa indivisiblemente por el todo. No es pues sin justificación que se ha tomado la costumbre de hablar, por lo demás sin prestar atención en ello, de los *representantes* de la doctrina.

Dicho de otro modo, la doctrina es un grupo que no tiene dirigentes, pero que puede ser comprometida por cada uno de sus miembros. ¡Es un banco en el que no existen sino apoderados! Aquel que es admitido como miembro de la doctrina, después del examen de ingreso ante la *vox populi* de sus pares, se expresa, por definición en su propio nombre; pero sin embargo, será percibido (y por lo

[54] Este esbozo de distinción tripartita debe ser tomado por lo que es, es decir, una simple aproximación que no tiene sino valor científico relativo. Entre las tres categorías, las fronteras son inciertas y seguramente no herméticas.

[55] La sinécdoque es una figura de estilo que consiste en designar el todo por una de sus partes ( ejemplo: "diez fusiles" por "diez hombres armados de fusiles" o aún más, "la canasta", citada en una nota precedente, para el conjunto de la Bolsa).

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



demás él mismo se percibirá) como comprometiendo a la doctrina. O, al menos, hasta prueba contraria. Supongamos que, primero en escribir sobre una materia (y autor notorio), me pronuncio en cierto sentido: ¡La doctrina está por ese sentido! Pero supongamos que diez autores, tan notorios como yo, se me unen, pero que todos opinan en sentido contrario al mío: no soy ahora sino *una* opinión minoritaria, a pesar la cual se admite que, etc... Es que se me ha quitado el mandato sobre este punto preciso (después de todo no existe mandato irrevocable), pero lo conservo en otras materias, pues no por ser minoritario he desmerecido. Sin embargo, la revocación podría referirse a una obra entera, si la hubiese terminado aprisa y sin precaución en forma ultrajante: como signo de esta revocación, se produce un silencio molesto, que podría transformarse en conspiración del silencio si reincidiera. Y recordemos que en todo caso un autor no compromete a la doctrina sino por medio de sus escritos doctrinarios, no por un simple *memento*[56]. Queda por saber frente a quiénes este autor va a valerse de su mandato.

2°. Los destinatarios del mandato

Se ha visto que la doctrina se autoproclama. ¿Pero quién es su destinatario? Primero, ella misma, responderán las malas lenguas, y no están totalmente equivocadas. La doctrina se autocontempla también, según una lógica circular que evoca los grandes juegos de agua de Versalles o la sociedad de admiración mutua. Según una antífona bien conocida, nosotros escribimos para los otros autores (a menudo colegas), en la medida en que les dirigimos el homenaje de nuestras obras esperando de vuelta encomios, notas bibliográficas y citas. Y para mayor seguridad, ¡llegamos incluso a citarnos nosotros mismos! Pero tres razones explican este aparente narcisismo, cuya confesión desprovista de condescendencia no enseñará nada a nadie, ni menos resumirá por si sola el fenómeno doctrinal. *Primo*, el oficio de autor es a veces árido y los que lo ejercen tienen necesidad de sostenerse mutuamente. *Secundo*, los colegas constituyen un público con título, el único del que se conoce *a priori* sus exigencias, y por lo mismo es el primero cuyas reacciones se desea experimentar. *Tercio*, y en especial, su intercesión es necesaria para llegar hasta todo el público de las facultades de derecho, pues más allá de la broma mordaz y más allá de los colegas, la verdad es que los autores se dirigen a ese público. Además tienen como blanco las profesiones jurídicas y judiciales, la Alta administración y el poder.

En efecto, los autores apuntan a las facultades de derecho en su generalidad, es decir al conjunto de los estudiantes, investigadores y doctorandos, con la esperanza de proporcionarles un servicio y de obtener ahí satisfacciones más profundas que las del amor propio. Apuntan también a las profesiones jurídicas y judiciales o a la Alta administración con la esperanza, esta vez, que sean sus intercesores frente al poder (y también, para algunos frente a eventuales clientes:

[56]Memento: obra breve que, resumiendo toda la doctrina, ayuda a la memoria de los estudiantes, pero que no tiene, evidentemente, ninguna ambición intelectual.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



¡Sea!). Y apuntan por último al poder mismo, si por casualidad éste despreciara tener en cuenta sus sugerencias. Todos estos destinatarios, fuera de los colegas, constituyen un posible conjunto de lectores imposible de conocer (los editores mismos están reducidos a simples conjeturas), de suerte que frente a él se tiene a veces la impresión de lanzar botellas al mar esperando que, aquí y allá, los mensajes vuelvan, a veces de modo muy inesperado. La sola certeza reside en que esos lectores potenciales tienen casi todos una formación jurídica, por hipótesis misma puesto que el tecnicismo del propósito lo hace poco accesible a no juristas.

En otros términos, los autores no escriben sino para públicos capaces de tomar en consideración su estatuto doctrinal. ¡Nada más que los juristas, pero todos los juristas! La autocontemplación no funciona solamente de manera directa y un poco caricaturesca con los otros autores, sino también de manera indirecta con público más amplio de los que leen la doctrina, escuchan sus sugerencias y a veces responden a ellas a su manera.

Por el contrario, el poder doctrinal cesa frente a los no juristas. Es imposible tenerlo en cuenta frente a ellos, por la simple razón que no comprenden lo que nosotros entendemos por *la* doctrina. Esta expresión, que entre juristas ni siquiera hace sonreír (y que, cuando más, da lugar a bromas clásicas: "¡Usted es la doctrina, mi querido...!"), pierde todo significado no solamente para el hombre de la calle, sino incluso para los otros universitarios. Estos últimos podrían, sin embargo, aproximarla a lo que ellos llaman "la comunidad científica", comunidad que constituye, en cada disciplina del saber, una entidad dotada de poder, de la que la doctrina en el sentido de los juristas es de toda evidencia una aplicación particular. Sin embargo la doctrina es también algo más puesto que participa al ejercicio de Poder (con mayúscula). Esta eminencia gris no existe verdaderamente más que en derecho y de allí proviene el que ella se evapore como un fantasma frente a un interlocutor que no cree en ella.

## *CONCLUSION*

Formulemos, para concluir, algunas proposiciones de tesis:

a) Grupo informal pero homogéneo de autores y de obras, la entidad doctrinal francesa es un cuerpo que tiene a la vez algo de la corporación, de la sociedad sabia y el club de gentlemen;
b) Ella se ha dado estatutos no escritos, pero bien conocidos por sus miembros como por los que aspiran a llegar a serlo;
c) Ella tiene como signo de unión el trabajo de agregación, que revela y en cierta medida refuerza su espíritu de cuerpo;
d) Ella se ha dado como misión edificar una dogmática en su sentido propio, es decir un verdadero sistema de pensamiento, y de allí proviene, en profundidad, la solidaridad;
e) Ella participa colectivamente en el ejercicio del poder en la ciudad, en tanto cumple dicha misión.

Artículo: La entidad doctrinal francesa
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Christophe Jamin

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



f) A este propósito, se presenta como un poder independiente, pero próximo al poder:
g) Ella tiene sus maestros, en torno a quienes gravitan compañeros (autores en búsqueda de consagración) y aprendices (estudiantes que redactan sus tesis), aunque la distinción no sea nítida;
h) A falta de órgano dirigente el poder doctrinal francés es ejercido directamente por los maestros, que tienen *ut singuli* el derecho de expresar la *communis opinio doctorum*, de comprometer la doctrina con su firma y de pronunciarse sobre la admisión (informal) de los nuevos miembros;
i) La entidad doctrinal francesa es, en definitiva, una encarnación sabia, durable y sistemática de la diosa Opinión.

Formulamos a continuación una hipótesis científica, dos interrogaciones y una anotación final.

La hipótesis: si las mismas condiciones (independencia, actividad dogmática, etc.) se encuentran reunidas en otro país, la doctrina-entidad puede aparecer con características vecinas de aquellas que se han observado en Francia especialmente de Bélgica (dotada originalmente del mismo Código Civil que el nuestro), de Italia (muy doctrinal) y de Alemania (patria del *Professorenrecht*).

Primera pregunta: ¿desde cuándo la doctrina tiene el estatuto de entidad en Francia? Parece que esto comienza en la segunda mitad del siglo XIX, pero una investigación más precisa entregaría seguramente datos importantes sobre el momento decisivo en que se pasa de la "doctrina de los autores" a *la* doctrina sin más. Desde ya podemos arriesgar, en apoyo de esta fecha aproximada, que fueron necesarios unos cincuenta años para que la actividad de hormiguero llevada a cabo a partir del Código Civil desembocara en un resultado colectivo tangible.

Segunda pregunta: ¿la doctrina es una institución en el sentido de Hauriou o un orden jurídico en el sentido de Santi Romano?[57]. En relación al sentimiento ordinario de los que no ven en ella sino una colección de obras y/o de individuos, sería tal vez caer en el exceso contrario... No se puede sin embargo descartar la hipótesis, ni por lo demás evitar preguntarse si ella lleva más lejos que las proposiciones anteriores, desde ya nuevas y por definición discutibles.

Una nota para terminar: si es verdad que la jurisprudencia no es lo contencioso en bruto, sino una parte de lo contencioso seleccionado, afinado y para decirlo todo, dogmatizado por la obra doctrinal[58], entonces esta jurisprudencia realiza tal vez una superposición o una de entidades. Por hoy, sin embargo, nosotros confesamos nuestras dudas ante esta complicación suplementaria...

[57] La noción de orden (en Santi Romano, *Ordinamento giuridico*, Firenze, 2ª ed., 1946), como la de institución en el francés Hauriou, designa en substancia una organización social productora de derecho.

[58] ¿Será necesario recordar aquí los trabajos decisivos del CERCRID y de la Escuela "stéphanoise", encarnada en particular por M. Jeammaud y Mmes. Serverin et Béroujon?