

LA

DOCTRINA

Philippe Jestaz y Christophe Jamin

Traducción realizada por

Pascale Dufeu A. Daniela Ejsmentewicz C.

Bajo la dirección de los profesores

Ramón Domínguez A. Carlos Pizarro W. Mauricio Tapia R.

 rubicón
EDITORES



LA DOCTRINA

© PHILIPPE JESTAZ Y CHRISTOPHE JAMIN

© RAMÓN DOMÍNGUEZ A., PASCALE DUFEU C., DANIELA EJSMENTEWICZ C., CARLOS PIZARRO W., MAURICIO TAPIA R.
(DE LA TRADUCCIÓN)

2018 RUBICÓN EDITORES

www.rubiconeditores.cl

contacto@rubiconeditores.cl

ISBN: 978-956-9947-19-3

1ª edición octubre de 2018

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores, San Francisco 1434, Santiago

Impreso en Chile / Printed in Chile

ÍNDICE

Presentación.....	15
Introducción	19
LA DOCTRINA: LA PALABRA	19
LA DOCTRINA: LA COSA.....	22
PRIMERA REALIDAD: UN DERECHO DE LOS SABIOS	23
SEGUNDA REALIDAD: UNA FUENTE DEL DERECHO.....	24
TERCERA REALIDAD: UNA COLECTIVIDAD DE AUTORES.....	26
COMPARACIONES	30
TERMINOLOGÍA.....	32
EPISTEMOLOGÍA.....	33
PLAN	34
PRIMERA PARTE.	
Los orígenes históricos del concepto francés de la doctrina (de Roma al siglo XX incluido)	35
Prólogo: Los doctores, de la pluralidad a la unidad.....	35
CAPÍTULO 1. Los orígenes lejanos (Desde roma hasta el código civil)	38
SECCIÓN 1: LOS DOCTORES EN ROMA.....	39
§1 LA REPÚBLICA O LA CREACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO (de 509 a 27 a.C.)	39
Generalidades: un derecho de origen procesal	39

A. LOS PONTÍFICES Y EL AMPLIACIÓN DE LAS ACCIONES DE LA LEY (DEL SIGLO V AL SIGLO II a.C.)	41
1º) El poder original de los pontífices (hasta el año 300 a.C.)	41
2º) El nuevo poder de los pontífices (a partir del año 300 a.C.)	42
B. LOS JURISCONSULTOS Y LA CREACIÓN DE NUEVAS ACCIONES (A PARTIR DEL SIGLO II a.C.).....	44
1º) El jurisperito seguido por el pretor	44
2º) El jurisperito precedido por el pretor	46
§2 EL IMPERIO O LAS VICISITUDES DEL DERECHO DE LOS SABIOS (desde el año 27 a.C. al año 476 d.C.).....	47
Generalidades: las nuevas fuentes del derecho	47
A. LA APOTEOSIS TRAMPOSA BAJO EL ALTO IMPERIO (DEL AÑO 27 a.C. AL 284 d.C.)	49
1º) El Jurisperito oficializado por el poder imperial	49
2º) El jurisperito consagrado como autor	50
B. LA DECADENCIA EN EL BAJO IMPERIO (A PARTIR DEL AÑO 284 d.C.).....	52
1º) Muerte del derecho de los sabios	52
2º) Transfiguración del derecho de los sabios.....	54
Conclusión: la compilación de Justiniano (528-533).....	55
SECCIÓN 2. LOS DOCTORES DEL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS.....	56
Generalidades: un derecho pluralista	56
§1 LOS DOCTORES DE LA BAJA EDAD MEDIA (desde el siglo XII al siglo XV) 58	
Prólogo: el “primer renacimiento” del siglo XII.....	58
A. EL REGRESO AL DERECHO DE LOS SABIOS.....	61
1º) Los romanistas	61
a) Los glosadores (1100-1250).....	62
b) Los post-glosadores o comentadores (a partir de 1250).....	63
2º) Los canonistas	66
B. LA INFLUENCIA DE LOS DOCTORES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO	67
1º) Una influencia difusa	68

2º) Una influencia desigual.....	69
C. LOS SECTORES DEL DERECHO IGNORADOS POR LOS DOCTORES.....	71
1º) Las costumbres.....	72
2º) Las sentencias.....	74
Conclusión sobre la edad media:.....	75
§2 LOS DOCTORES DE LOS TIEMPOS MODERNOS (del siglo XVI al sigo XVIII) 76	
A. LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL PUNTO CÚLMINE DEL SIGLO XVI 76	
1º) La ciencia romanista separada de la práctica (de Budé a Cujas).....	77
2º) La edad de oro de los juristas consuetudinarios (Dumoulin, Guy Coquille, Loysel y D'Argentré).....	79
B. LOS DOCTORES BAJO LA MONARQUÍA ABSOLUTA.....	81
1º) Los nuevos elementos.....	81
a) El refuerzo del poder real.....	81
b) El ascenso del racionalismo.....	82
2º) Un periodo difícil para los doctores.....	84
a) Una imagen desastrosa.....	84
b) Una decadencia relativa.....	87
3º) Dos grandes precursores del código civil.....	90
a) Jean Domat (1625-1696).....	90
b) Robert-Joseph Pothier (1699-1772).....	94
Conclusiones: le herencia en la víspera del código civil.....	97
CAPÍTULO 2. Los orígenes próximos (después del código civil).....	98
Introducción: los doctores frente al nuevo derecho positivo.....	98
SECCION 1. LA EXPLORACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX (o la renovación de los doctores).....	100
Generalidades: dos continentes por explorar.....	100
§1 LA EXPLORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (primer a mitad del siglo XIX).....	101
Prólogo: la exégesis del código.....	101
A. LA DIVERSIDAD DE LOS AUTORES.....	103
1º) Los profesores.....	104

a) La primera generación	104
1. Dos maestros provincianos: Toullier y Proudhon	104
2. Delvincourt y la Escuela de derecho de París	106
b) La segunda generación	108
1. Los maestros parisinos: Duranton, Demante y Valette.....	108
2. Demolombe: el comentario exegético.....	110
3. Aubry y Rau: el comentario exegético	112
2º) Los profesionales	113
a) Merlin de Douai.....	114
b) Los Repetidores: Mourlon y Delsol.....	115
c) Los grandes comentaristas: Duvergier, Marcadé, Pont y Troplong	116
B. LA UNIDAD DE ESPÍRITU DE LOS AUTORES	120
1º) Rasgos comunes parte de la leyenda	120
2º) Referencias realmente comunes	123
a) La ausencia de espíritu especulativo	123
b) El gusto de la controversia	124
c) La relegación de la jurisprudencia	125
d) La búsqueda de principios	126
§2 LA EXPLORACIÓN DEL LA JURISPRUDENCIA (segunda mitad del siglo XIX)	130
Prólogo: los nuevos comentaristas de sentencias	130
A. EL ANÁLISIS EN DERECHO PRIVADO	131
1º) El desarrollo de una escuela histórica francesa	131
a) Los fundadores: alrededor de la Thémis	132
b) Los continuadores: Fœlix, Wolowski y Laboulaye.....	135
2º) El mejoramiento de los soportes	137
3º) “El examen doctrinal de las sentencias”	140
a) Los clásicos: el modelo de la Revista Crítica de Legislación y de Jurisprudencia	141
b) Los modernos: de la Recopilación Sirey a la Revista Trimestral de Derecho Civil	143

B. LA EXPLORACIÓN EN DERECHO PÚBLICO	147
1º) El poder tradicional del Consejo de Estado	148
a) Los descifradores	148
b) Édouard Laferrière.....	152
2º) La autoridad creciente de las facultades de derecho.....	154
a) Los precursores	154
b) Duguit y Hauriou.....	157
SECCIÓN 2. LA DOMESTICACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EN EL SIGLO XX (o el triunfo de la escuela francesa).....	161
Generalidades: una conquista discreta y colectiva.....	161
§1 LA TEORIZACIÓN EXPLÍCITA DE LAS FUENTES DEL DERECHO	162
A. RETORNO AL PERIODO ANTERIOR A LA TEORIZACIÓN DE LAS FUENTES	163
1º) El monopolio oficial de la ley.....	164
a) El monopolio en las obras de introducción al derecho.....	164
b) El monopolio en las introducciones incorporadas en otras obras	168
2º) La evolución extraoficial de las otras fuentes.....	169
a) Los factores de cambio	170
b) La entrada en escena de la jurisprudencia.....	171
c) La entrada en escena de la doctrina.....	172
B. LA ECLOSIÓN DE LA TEORÍA PLURALISTA DE LAS FUENTES.....	174
1º) El término de la omnipotencia de la ley.....	174
a) La crítica al exclusivismo de la ley.....	174
b) La crítica del método exegético	177
2º) La nueva presentación de las fuentes	178
a) Una presentación que renueva las introducciones al derecho....	179
b) Una presentación que le otorga estatus oficial a la doctrina.....	183
§2 LA CONSTRUCCIÓN IMPLÍCITA DE LA IDENTIDAD DOCTRINAL.....	185
Introducción: la doctrina frente a las ciencias sociales.....	185
A. UNA IDENTIDAD FUNDADA SOBRE LA PRIMACIA DE LA DOGMÁTICA	187

1º) La búsqueda de la objetividad científica	187
a) Una reflexión abundante	188
b) Una reflexión inacabada	191
2º) La vuelta a la ortodoxia jurídica	194
a) La respuesta teórica al desafío de Demogue	194
b) La respuesta implícita de los fundadores de “teorías generales”	198
c) La ausencia de respuesta en los desafíos ulteriores	204
B. UNA IDENTIDAD FUNDADA SOBRE EL MAGISTERIO DE LOS PROFESORES	207
Prólogo: magisterio científico y magisterio moral	207
1º) La detención de la ciencia	209
a) Una ciencia incomparable	209
b) Una ciencia encarnada en los manuales	212
2º) El prestigio universitario	214
Conclusión de la primera parte	217

SEGUNDA PARTE.

El estatus de la doctrina en Francia	221
Prólogo	221
CAPÍTULO 1. Los elementos de la doctrina	222
SECCIÓN 1. EL PENSAMIENTO DE LOS AUTORES	222
§1 ¿QUE AUTORES?	223
A. LOS JURISTAS DE PROFESIÓN	223
1º) El divorcio entre el Derecho y las ciencias humanas	223
2º) La homogeneidad de la doctrina jurídica	226
B. LOS JURISTAS INDEPENDIENTES	229
1º) La independencia respecto al poder	229
2º) La independencia respecto del dinero	232
a) La noción de la independencia de espíritu	232
b) La eventual influencia de las remuneraciones percibidas	234
§2 ¿QUE CIMIENTOS?	238
A. LA DOCTRINA PUBLICADA	238

1º) Los géneros doctrinarios.....	238
2º) La calidad doctrinaria.....	242
B. LA DOCTRINA NO PUBLICADA	245
1º) La doctrina oral	245
2º) Los documentos de difusión restringida.....	247
SECCION 2. EL CONJUNTO DE AUTORES	249
§1 UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE UNIVERSITARIA.....	249
A. LA POSICION DOMINANTE DE LOS UNIVERSITARIOS.....	249
1º) El rol de los modos de admisión.....	249
a) La tesis.....	250
b) El concurso.....	251
2º) El rol de las tradiciones.....	253
a) Los ritos de escritura.....	254
b) Los ritos institucionales	255
B. LA DEPENDENCIA DE LOS OTROS AUTORES.....	258
1º) La diversidad de los autores	258
2º) La imposición del modelo universitario	258
C. EL CASO PARTICULAR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	260
§2 UNA COMUNIDAD PRINCIPALMENTE NACIONAL	264
A. EL CARÁCTER TERRITORIAL DE LA DOCTRINA	264
1º) Una fuerte cohesión nacional.....	265
2º) Subdivisiones por temas	267
B. LAS INCURSIONES TRANSNACIONALES	268
1º) Los internacionalistas	269
2º) Los comparativistas	271
3º) Los teóricos del derecho	274
CAPÍTULO 2. Las funciones de la doctrina	276
SECCIÓN 1. LA FUNCIÓN DE OPINIÓN	276
§1 LA OPINIÓN DISCRETA: LA PRESENTACIÓN ERUDITA DEL DERECHO POSITIVO	277
A. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS MATERIAS	278
1º) La búsqueda de un objeto común.....	278

a) El objeto moldeado por el legislador	278
b) El objeto moldeado por la doctrina.....	280
2º) La división entre las materias	283
a) La necesidad de la división.....	283
b) Artificios de la división.....	285
B. LA PUESTA EN ORDEN DE LAS MATERIAS	286
1º) La técnica del plan.....	287
2º) La búsqueda de principios	289
3º) La confección de las teorías generales.....	291
§2 LA OPINIÓN REIVINDICADA: EL EXAMEN CRÍTICO DEL DERECHO POSITIVO.....	294
A. LOS MODOS DE EXPRESIÓN INDIVIDUAL	295
1º) La sugerencia del autor.....	295
2º) El trabajo de experto institucional	300
3º) Para la memoria: el informe en derecho	302
B. LOS MODOS DE EXPRESIÓN COLECTIVOS	303
1º) Los trabajos en los laboratorios de investigación.....	303
2º) Los manifiestos o las peticiones.....	305
a) En el 2000: el manifiesto Perruche.....	306
b) En el 2001: la petición Catala	308
c) En el 2002: la “respuesta” a la comisión europea.....	309
d) Ensayo de síntesis.....	310
SECCIÓN 2. LA FUNCIÓN DE LEGITIMACIÓN	311
§1 LA LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	311
A. LA LEGITIMACIÓN POR EL ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO	312
1º) Los casos ordinarios	312
2º) Un caso extremo	315
B. LA LEGITIMACIÓN POR LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS MATERIAS	318
1º) La modificación de los planes.....	319
2º) La renovación de las teorías	320
§2 LA LEGITIMACIÓN DEL PODER DOCTRINARIO	323

A. UN MAGISTERIO A LOS OJOS DE TERCEROS	323
B. UN PODER INTELECTUAL INTERNO	326
1º) El hecho social del poder	327
2º) Las manifestaciones del poder	331
TERCERA PARTE.	
El antimodelo americano	335
Introducción ¿Por qué los Estados Unidos?	335
a) Algunas anotaciones sobre Inglaterra	335
b) El interés del viaje americano.....	337
SECCIÓN 1. LA CRÍTICA DEL FORMALISMO	339
§1 EL MODELO DE LANGDELL.....	340
A. LA ELABORACIÓN DEL MODELO	340
B. LA RECEPCIÓN DEL MODELO POR LOS JURISTAS AMERICANOS	343
§2 LA CRITICA DE LOS REALISTAS	345
A. LOS ORÍGENES DEL REALISMO.....	346
1º) Olivier Wendell Holmes, jr. (1841-1935).....	346
2º) Roscoe Pound (1870-1964)	348
B. LA EVOLUCIÓN DEL REALISMO	350
1º) Columbia (al comienzo de los años 1920).....	351
2º) Yale (en los finales de los años 1920)	354
Conclusiones del realismo.....	357
SECCIÓN 2. EL RETROCESO DE LA DOGMÁTICA	359
§ 1 LA VICTORIA PÓSTUMA DE LOS REALISTAS.....	359
A. EL REGRESO A LA RAZÓN EN LOS AÑOS 1950.....	359
B. LA NUEVA CORRIENTE (1960-1980).....	362
1º) Los factores de cambio.....	362
2º) El movimiento Law and Economics	365
3º) El movimiento de los Critical Legal Studies.....	366
C. LA “NUEVA FACULTAD” (DESDE 1980)	367
1º) La “feria de las ideas”.....	368
2º) La relegación del método doctrinario	370

3º) Una multitud de interrogantes	372
§2 LA EDIFICACION DE UN ANTI-MODELO	374
A. UNA INCOMPRESION MUTUA	374
B. UNA COMPARACION ÚTIL	378
CONCLUSIÓN.....	380