



Facultad de Derecho.

CÓDIGOS INCONEXOS

Claudio Valdés Mujica

Memoria para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Barcia Lehman.

Santiago de Chile, Julio 2021.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
1.- LA CODIFICACIÓN	10
Concepto de Código.....	21
2.- LA FORMA DE UN CÓDIGO	22
Estructura Externa	24
Estructura Interna	34
3.- DE LA LÓGICA FORMAL A LA PLURALIDAD DE MÉTODOS JURÍDICOS	44
Críticas a la codificación	50
Pluralidad de Métodos	56
4.- CIBER CÓDIGOS	62
Aplicación Matemática de lo Jurídico	70
CONCLUSIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN:

Cuentan que Dionisio, primer Obispo de Lucitania, fue degollado por soldados romanos mientras fundaba la primera iglesia cristiana del lugar. En ese momento realizó un inaudito milagro, tomó con sus manos la cabeza que rodaba por el suelo y con ella al frente caminó trece kilómetros espantando a los soldados romanos y de aquel milagro se fundó su Iglesia. Actualmente ocurre el mismo milagro, como San Deniss, el ordenador toma la cabeza por las manos. Las manos cambiaron la fuerza para trepar, por la fuerza electrónica del procesamiento, siguen trepando por los árboles en búsqueda de los frutos, pero por otro tipo de frutos, los que automáticamente vienen a la boca, a través de la genealogía o la memoria, a través del cálculo y la programación.

Para procesar datos se requiere un lenguaje formal, un lenguaje etiquetado como el Derecho Moderno. Las formas desde un origen sirvieron para individualizar un material y así compararlo con otro, a estas reglas de comparación que determinan dicha transacción del entendimiento se le llama Lógica. La lógica creció como rama separada del Derecho, pasando muchas veces inadvertida por el conocimiento humano, hasta hoy que viene envuelta de dispositivos preciosos. Creció lentamente como una suma de olas, de la Lógica formal de Aristóteles a la simbólica de Leibniz o Frege o de la formal a la jurídica y ahora, de la jurídica a la simbólica que más de un milenio tardaría en asombrarnos con enormes circuitos lógicos computados. De aquella ola de aplicaciones se ha concluido apresuradamente, que el 80% de los Abogados quedará sin trabajo, que las máquinas contestan a más y mejores dudas jurídicas y sólo el Abogado que sepa programar, tendrá futuro.

Aunque ocurra la digitalización del Estado, faltaría que el 80% del ordenamiento jurídico sea traducido a lógica proposicional para que pudieran sobrar los Abogados, pero lo interesante del proceso surge de la siguiente pregunta ¿Qué tipo de cambio tendría el Estado de Derecho al volverse completamente Digital? ¿Sería un cambio cualitativo que el Estado reemplace a sus funcionarios por máquinas, o también sería un cambio cuantitativo debido a que tendrían que crearse múltiples conceptos y axiomas para que pueda operar una lógica formal y simbólica? El cambio del Derecho que mencionaré aquí, de la boca del Rey a la escritura, del papiro al libro y de la enciclopedia a códigos sistemáticos y digitales, no será un cambio sustancial o en su forma, el principal cambio que ha sufrido el Estado Derecho cada vez que pasa de un soporte a otro, es un cambio espacial.

El Derecho transformó la villa en ciudad, el bosque de Robin Hood, en zona rural y en todos esos sitios operaría. Pero suponiendo que el Derecho cambia sustancialmente al modificar el espacio, el movimiento codificador del Siglo XIX serviría de prueba, al regular la libre circulación de los bienes, la propiedad y crearon en definitiva la ciudad moderna. Como nunca se sustituyeron materias enteras, se inventaron Naciones y colonizaron otras a través del Código y de la imprenta. Los Códigos de ese siglo, en su mayoría sustitutivos (que derogaron las normas anteriores) tenían como primer fin, que el Derecho después de ellos

fuera más claro, común y soberano. Para ello coincidieron los Códigos respecto a sus fuentes materiales y concluyeron una jerarquía de figuras y funciones que estructuran al recto decir y confiaron en un nuevo congreso como agente soberano. Estas causas clasificadas por Aristoteles como final, material, formal y eficiente se repetían desde el acto jurídico hasta las bases de la institucionalidad, en un solo libro como en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Hacer comprensible al Derecho, no es otra cosa que llegar a comprender el desplazamiento, las razones y los límites de su continuo estar siendo y dejando de ser. Dado por cierto el Derecho, es igualmente real para todos que cuanto él contiene cambia, se desplaza. Empero para que el Derecho siga siendo tal cosa, sus cambios y sus relaciones deberán mantenerse dentro de ciertos límites internos, más allá de los cuales el Derecho dejará de pertenecer a la especie que le identifica. Por ejemplo, gracias a los límites entre Costumbre y Ley y de éstas como fuentes del Derecho, el Derecho es Derecho y no comportamiento y no leyes desconocidas o simples letras en papel. Estos límites dentro de los cuales una cosa se desenvuelve, fue lo que Aristoteles llamó forma.

El reconocimiento de la forma de una cosa, nos permite identificar sus elementos constitutivos, figuras, estructuras, funciones, pliegues, etc de la cosa estudiada. Gracias al reconocimiento de las formas, podemos comparar, suplir y complementar otras formas similares de otras zonas del pensamiento humano. Cuando dos formas de sistemas distintos coinciden se denomina Isomorfismo. De este modo se desarrollaron los circuitos eléctricos, la lógica y posteriormente la informática, porque la verificabilidad, es decir que algo sea verdadero o falso para la lógica, coincide perfectamente con un interruptor eléctrico abierto o cerrado. ¿Cuántos isomorfismos hay en el Derecho que nos llamen a encontrar una forma del mismo? De ahí la importancia de crear pliegues, figuras y otras estructuras para unir las formas estables de nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien ¿Es posible encontrar la forma de un ente u objeto en específico?

El Filósofo Humberto Giannini siguiendo la metafísica de Aristóteles añade “Forma por la que esa cosa posee tales propiedades específicas y no otras: estante y no mesa; hombre y no reptil; forma por la que además conocemos y reconocemos la cosa de un modo preciso y adecuado, diciendo: tal cosa es un hombre; tal un reptil... forma es aquel principio en sí invisible, por el que una cosa se hace visible y muestra lo que es. Pero, necesariamente la forma es forma de algo”¹. A ese algo, nuestra doctrina llamó Fuentes materiales del Derecho. Materiales, principios de los cambios, invisibles por sí solos, pero que junto a la forma crean el iluminado mundo del Derecho. Es de estos principios internos del ente, que debemos constatar, que la diversidad de materiales con que se ha erigido el Derecho, genera múltiples formas de Derecho, por lo cual, se le reconoce validez al argumento del Derecho comparado, al momento de la creación del Derecho de otro territorio.

¹ GIANNINI, HUMBERTO. Breve Historia de la Filosofía 5ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria año 1985, pág 70.

Si el Derecho no tiene forma y este solo cambia, entonces de tanto azar ya habría perecido por sus propias circunstancias, podría haberse convertido en mera costumbre o viejos expedientes, porque hay un mar de materiales que cambian entre los límites de una misma forma, o traspasa los límites para asumir otra forma. Pero la forma, por la que el Derecho es ciencia y no Ley, no cambia ni perece. En términos lógicos, decimos que tal ente pertenece a la especie Y; del género X. Así especie y género son los modos por lo que el individuo es lo que es. Y al mismo tiempo, es lo mismo que otros individuos en tal igualdad de relación. El Derecho en la ontología Aristotélica es una cosa creada por arte y no por la naturaleza y como tal, pertenece a una segunda categoría de cosas, las cosas de géneros y especies. ¿Ha cambiado la forma del Derecho por el paso del Derecho medieval al racionalismo del movimiento codificador, y de este, a las nuevas doctrinas que incluyen la lógica matemática?

En el siguiente ejemplo de La Política de Aristoteles podemos apreciar la estabilidad de ciertas figuras. “¿Hay una o muchas constituciones políticas? Si existen muchas, ¿cuáles son sus diferencias? La constitución se determina con relación al Estado, la organización regular de todas sus magistraturas. La magistratura suprema es el gobierno. El gobierno es materialmente, la constitución misma”². De este modo podemos comprender la naturaleza artificial del Derecho y cierto ser por el que reconocemos sus elementos, y para describir este tipo de cosas Humberto Giannini se preguntó: ¿Cuáles son las características que tienen todos los géneros y especies también llamadas sustancias creadas por arte?

- a) No están ni ocurren en el sujeto sintáctico: Al Derecho no le ocurre ser Derecho, sino que todo lo que le ocurre le ocurre justamente por ser Derecho. La cosa es su especie y a partir de ese ser le empiezan a ocurrir otras cosas, como ser extenso o claro. Por eso la pregunta por la especie, es por el ser sustantivo de la cosa.
- b) Son auténticos sujetos proposicionales: La ciencia del Derecho no se refiere directamente a los individuos; su campo es relacional, el de los géneros y especies, es decir, lo común a muchos, categorialmente hablando, lo universal.
- c) No son sólo sujetos: En contraposición de las sustancias primeras (cualidad, cantidad, relación, causas, modos, todos ellos que pudieran prescindir de objeto material, y por lo tanto, concebidas como axiomas metafísicos) estas sustancias segundas también se predicán de una multiplicidad de individuos, cada uno de los cuales es a su manera el género o la especie³.

Las formas puras, independientes de la materia son Dios, las inteligencias de las esferas y el entendimiento agente en el hombre. Así Aristoteles consideraba que la cambiante materia era indispensable para todas las demás cosas que junto a la estable forma constituían

² ARISTÓTELES, Política, Madrid España, Editorial Gredos, 1988 pág 33.

³ GIANNINI, HUMBERTO. Breve Historia de la Filosofía 5ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria año 1985, pág 71 y 72.

el ser interno de una cosa, pero únicamente, su esencia, sería determinada por la forma. ¿Puede entonces un sistema legal ser puramente formal y de ese modo alcanzar el total entendimiento del hombre? ¿Podríamos dar con un principio de identidad exclusivo del Derecho que no tenga conexiones con el exterior? ¿No son las ventanillas parte de las instituciones y responden a reglas que las constituyen por actos de habla performativos o proposiciones lógicas que no son absolutas, sancionatorias o prohibitivas? ¿cómo pueden paralizar su acción o cambiar el criterio con el que operaban o contar con una responsabilidad especial por actos previos? ¿Acaso no vemos todos los días instituciones formales que pierden su orden? Hay formas orgánicas que permiten figuras opuestas, funciones que salen de una estructura inicial, pero el camino que trazan en su despliegue siempre viene de un cálculo anterior.

Sobre el formalismo Jurídico, el profesor ATRIA distingue: “Debemos distinguir entre el razonamiento formal del razonamiento formalista. La argumentación formalista se desentiende de los presupuestos sustantivos, entendiendo estos como hechos, se desentiende negándose. [Atria se refiere a la distancia de los hechos que causaron el matrimonio con la institución del matrimonio que niega o reemplaza los hechos por el certificado institucional del matrimonio] En cambio, la argumentación formal lo que hace, es desplazar las consideraciones sustantivas, es decir, el momento en función del que se tiene que decidir, es uno distinto del universal de Derecho sustantivo. El argumento formal supone ciertas condiciones sociales, además de formas institucionales y cuando esa armonía existe, hay razonamiento jurídico y lo formal puede entenderse como desplazamiento⁴”.

Para Aristoteles un ente puede cambiar por su propia forma, como un origami puede ser bote, cisne, flor, etc, el papel cuadrado cambia de modelo y para algunos de molde, cambia por la causa formal que lo constituye espacialmente. Esta forma invertebrada del papel y las letras se combina con una especie gran columna vertebral de deducciones, formando el Estado de Derecho una especie de Ballena que sobrevive las fuertes presiones del agua profunda, su fuente material, sin embargo, es algo pesado y corre el peligro de quedar varada en la arena. Por este exceso de fuerza de la causa formal, la palabra forma en nuestro Derecho, ha sido relegada a los requisitos externos del acto jurídico⁵, como las solemnidades o literalmente a cuestiones procesales en contraposición al fondo del conflicto⁶.

El profesor Atria siguiendo a George Moore “Los conceptos jurídicos nunca son estructurales, porque siempre la pregunta surge por qué esas características formales y no

⁴ ATRIA, FERNANDO “La forma del Derecho” Buenos Aires, Editorial Marcial Pons año 2016. Capítulo 6, pág 101.

⁵ ESPAÑA, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, [Diccionario Electrónico] acepción 8º de la palabra forma, año 2020. <https://dle.rae.es/forma>.

⁶ ESPAÑA, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, [Diccionario Electrónico] acepción 9º de la palabra forma, año 2020. <https://dle.rae.es/forma>

otras. Entonces, o la forma es la manera de hacer probable una función, o una forma no cumple ninguna función y la respuesta a su existencia es “porque sí” y entonces será un concepto nominal. No hay conceptos estructurales, porque ante la pregunta a su estructura solo se puede responder dando paso a la conclusión de que es funcional o nominal”⁷. Los conceptos serían las moléculas, aminoácidos, lípidos y proteínas de la ballena, sin los cuales no habría vida alguna, los conceptos como tales pueden desplegarse, combinarse, envolver a otro, etc, como origami sin papel o axioma no habría proposición ¿de donde podría sostener el profesor su argumento?

Por ejemplo, en la Constitución Política de la República, en el capítulo del Congreso Nacional, se hace alusión nuevamente a la clasificación de las causas de Aristoteles, por una parte cuales son las Materias de Ley y por otra se regula la Formación de la Ley, sin perjuicio de estar supeditada una a la otra. Pero la utilización de la palabra formación como verbo de forma, piensa la forma únicamente como procedimiento y no como concepto que defina exactamente las partes de una Ley. De este modo la forma es un concepto nominal según Atria, de aquellos que no cuentan con elementos que se desprendan de él. “Artículo 55 CPR Funcionamiento del congreso: El Congreso Nacional se instalará e iniciará su período de sesiones en **la forma** que determine su ley orgánica constitucional”. Dependiendo de la acepción que escojamos de la palabra forma, este artículo podría ser sólo redundancia o “el porque sí” de los conceptos nominales. Ahora opino que el profesor Atria divide el concepto de forma, para unificar en un solo relato cada uno de sus fragmentos. No piensa en la estructura o la función como especies o partes de la forma, más bien le da un carácter conceptual o axiomático. El profesor por no encontrar el significado legal, esconde el significado de la forma entre los conceptos de sustancia, función y práctica.

El concepto forma tan difícil de definir, en su primera acepción de la Rae se establece como “La configuración exterior de algo” ¿pero cómo podemos entenderla así, si la forma junto a la materia constituyen al ser y no es la materia lo de adentro y la forma lo de afuera? ¿Acaso las acepciones filosóficas del mismo diccionario no dicen todo lo contrario? Por ejemplo “Principio activo que determina la materia para que esta sea algo concreto” O la onceava acepción “En la filosofía escolástica, principio activo que con la materia prima constituye la esencia de los cuerpos” o la.12 “Principio activo que da a algo su entidad, ya sustancial, ya accidental”⁸.

La forma se presume en la idea del ordenamiento jurídico, porque figura un espacio organizado donde encontramos el mundo del Derecho, aquel espacio que un nuevo soporte modifica. Aquello definido como Estado de Derecho debe ser reconocible, identificable porque una de sus bases institucionales es su publicidad, y porque no podríamos considerarlo

⁷ ATRIA FERNANDO, Los Conceptos del Derecho [En línea videograbación], Universidad de Girona, Girona, España, mayo 2018, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ZF1iWitYX4&t=6s>

⁸ ESPAÑA, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, [Diccionario Electrónico] acepción 9º de la palabra forma, año 2020. <https://dle.rae.es/forma>

como tal, si no respondiese a una organización sistemática, es por ello que debe estar establecida su forma. Pero si cambiamos del paradigma absoluto y pasamos a uno atómico, en donde se reconozcan muchos ordenamientos jurídicos en un Estado de Derecho, podremos reconocer múltiples formas y espacios, todas sus figuras, pliegues, curvas, estructuras, funciones, crecimiento, etc. desde la pregunta jurídica o desde su múltiple puesta en forma al momento de crearse. En esto Atria comenta “La característica del hecho institucional del matrimonio, promesa, etc, es que no pueden entenderse mientras no existan interrelaciones con otros hechos institucionales distintos que permiten su adecuada comprensión”⁹.

Ante la relevancia del asunto, busqué definiciones de forma que puedan servir para responder a si el Derecho cambia de forma a través del espacio, al ser otro su soporte. En la Enciclopedia, encontramos las siguientes definiciones entre las ya destacadas “Disposición o expresión de una potencialidad” comprende la dimensión y el cambio de la misma y claramente sirve para hablar del soporte del Derecho. Pero la que más satisface a las capas lógicas, es la acepción matemática. La forma es la “función racional, entera y homogénea de dos o más variables”¹⁰ y podría añadir, sea gráfica o algebraica su expresión.

¿Pero positivamente hablando, dónde encontramos la palabra estructura o figura donde recae el carácter ordenado de la Ley? En la Constitución Política de la República. En ella está la orgánica del Estado como su primera estructura, dividida según sus poderes y funciones. La interacción de cada funcionario público con las instituciones y la Ley que los posiciona y la contraloría que supervigila, es una figura general, reconocible y constante. La estructura piramidal del poder judicial, y sus largas cadenas procesales, con un debido proceso racional y justo, es otra figura. El procedimiento de creación de una Ley o de un Código por parte del Órgano Legislativo, en relación a la clasificación de la Ley y su supremacía entre las distintas fuentes del Derecho, denominado de la formación de la Ley, es otra.

Si bien literalmente no se usan las palabras, formas, figuras o estructuras como elemento identificador, como tampoco se grafican las cadenas deductivas que fácilmente podrían establecerse en líneas de tiempo, diagramas o mapas conceptuales, sí a través de la palabra función y todas sus conjugaciones, podemos navegar positivamente por la concepción de la Forma del Derecho o de los ordenamientos jurídicos para comprender si un cambio espacial puede constituir un cambio de forma. La funcionalidad de la Ley para parte de la doctrina, ha sido vista como fin o efecto real de justicia, que provoca cambios en los comportamientos y por ello se asimila la palabra función a práctica y en definitiva a jurisdicción, sin perjuicio de como ya revisamos, matemáticamente cualquier función,

⁹ ATRIA, FERNANDO, Los Conceptos del Derecho [En línea videograbación], Universidad de Girona, Girona, España, mayo 2018, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ZF1iWitYX4&t=6s>

¹⁰ EDITORIAL Ramón Sopena, S.A. Enciclopedia Universal Sopena, Barcelona, España 1971, pág 3653 búsqueda de la palabra forma.

racional, entera y homogénea de dos o más variables es una forma. Este detalle respecto a la forma y al cambio del Derecho, es la más fácil de ser literalmente, procesada o computada.

En el ordenamiento jurídico sus conceptos crean formas sobre formas, por ende encontrar un único orden de lo jurídico, con sus respectivos límites, chocaría contra su naturaleza de segunda sustancia. Y es que los cambios son violentos, porque nuestra historia institucional, desde Roma, la colonización, la revolución francesa y nuestra propia historia nacional, se apropian de una visión del Derecho y establecen preferencias de una materia sobre otra, porque en la práctica, el poder que no siempre es democrático, se autorregula. Y este cambio por tanto no es natural, porque la actualización del Derecho no se encuentra dentro del mismo, aunque esta utopía es cada vez más cercana. Otra respuesta a por qué no se define una Forma del Derecho, es que siempre la lógica, hasta el día de hoy es vista con recelo por aquellos apasionados de la Justicia. Serán asimiladas por pocos las reglas de la razón, solo por quienes decididamente busquen su estela y no resistan contradicciones, tautologías y contingencias.

El formalismo para la Filosofía del Derecho, es una categoría que agrupa a todas las escuelas de pensamiento jurídico que apelaron a la estructura lógica del ordenamiento o la prevalencia de la Ley como fuente formal del Derecho. No se usa como sinónimo de Positivismo, porque el Iusnaturalismo Racionalista o la Escuela de la Jurisprudencia Analítica, también se servían de la estructura lógica. Ahora bien, donde más se apeló a una estructura lógica formal del ordenamiento jurídico en general y de los códigos en particular, fue en el Positivismo y por lo tanto se describe en este trabajo, la evolución del mismo a lo largo de la historia del Derecho, porque no se puede hablar de codificación sin hablar de positivismo jurídico.

Pero el primer jurista que quiso otorgarle un orden geométrico al Derecho fue Gottfried Leibniz en el siglo XVII. “Al componer las leyes en orden, es claro que con la misma brevedad abarcamos mucho más, porque en la serie de elementos conectados, podemos atribuir el mismo predicado simultáneamente a muchos sujetos escogidos”¹¹. Esta teoría se desprende de su obra del arte de la combinatoria editada en 1666.

Por ello es útil separar la forma de otros elementos de la misma como figura, función, etc. Entre las acepciones matemáticas, figura es cualquier espacio cerrado por líneas o superficies y la representación gráfica de los cuerpos geométricos o de cualquier extensión limitada; y también la que sirve para demostrar un teorema o resolver un problema¹². Un

¹¹ LEIBNIZ GOTTFRIED, Escritos de filosofía jurídica y política, España, Biblioteca Nueva Cegal, 2001 pág 382 colección clásicos del pensamiento.

¹² EDITORIAL RAMÓN SOPENA, S.A. Enciclopedia Universal Sopena, Barcelona, España 1971, pág 3564 búsqueda de la palabra figura.

ejemplo rápido de una figura jurídica es la pirámide de Kelsen, reconocida en nuestra carta fundamental.

Todo el positivismo se alimentó de la evolución del pensamiento lógico. Desde Aristóteles, los escépticos, Cicerón, Guillermo de Ockham, Leibniz y Frege, la lógica comenzó su transformación, que luego sería problematizada por la filosofía analítica, gran benefactora de la ciencia jurídica actual. Este transcurso del Derecho a partir del desarrollo de la lógica, es seguido en el índice de la memoria que justamente toma el hecho de estudiar Derecho y Arte en paralelo. Y por estas paradójicas concepciones de la forma del Derecho y de su secuencia positiva, similar a la paradoja de Russell, o al dilema del prisionero de donde se sustentan nuevas disciplinas, como el “Análisis Económico del Derecho” o el “Legaltech” he querido llamar a esta memoria Códigos Inconexos, gracias a que con los mismos criterios que hayamos estas figuras denominadas Códigos, se enfrentan a esas fuentes materiales, a esos mares cambiantes, que los separa y distingue.

CAPÍTULO I: LA CODIFICACIÓN.

Código viene del latín “codex” y éste, de caudex, tronco de un árbol. Codex, por metonimia resulta en tablilla de madera para escribir. Por la evolución de la escritura los códigos pasaron a las hojas de pergamino envueltas en cilindros de madera acotando el volumen original. Por ejemplo, la tabla de Hermes Trimigesto pasaría de una grabación en piedra esmeralda al futuro papel. Cuando Marco Antonio donó las obras de la biblioteca de Pérgamo a la de Alejandría, los escribanos egipcios acostumbrados al volumen, no pudieron sino admirarse de las enormes ventajas del codex. El paso del volumen al codex permitió un progreso para la lectura casi comparable a aquel producido algunos siglos más tarde por la imprenta, y, hoy por el procesamiento del lenguaje natural y las redes neuronales, es decir por máquinas que leen.

Para el profesor Alejandro Guzmán Brito, el empleo de la palabra Codex para referirse a un conjunto de normas es del siglo V “cuando Teodosio II de Oriente, ordenó compilar las leyes imperiales desde la época de Diocleciano (284-429 después de Cristo) código que, a su vez, reúne anteriores compilaciones, singularizadas como: Codex Gregoriano (del año 291, compilación de rescriptos imperiales dados desde el Emperador

Adriano, entre los años 117 y el 284) y Codex Hermogenianus (código de rescriptos, pero sólo de la época de Diocleciano, dateado a los años 293 y 294). Por eso, cuando en el siglo siguiente el Emperador Justiniano realiza su obra de compilación, que viene a ser la cuarta compilación de leyes, se le denominó también como Codex. Con todo, en paralelo a occidente, el rey visigodo Alarico II ordenó hacer una versión abreviada o resumida de los códigos de Gregorio, Hermogeniano, y Justiniano, cuyo resultado se conoce como *Brevario de Alarico o Lex Romana Visigotorum*”¹³.

Crece la historia de esta palabra y surge un proceso común de unificación del Derecho en la expansión del antiguo Imperio Romano, sin necesidad de la utilización de la palabra código. Se podría asumir que el primer desarrollo de los códigos fue en el Imperio Romano Oriental con la tradición de códigos expuesta. Poco a poco se fue occidentalizando, desde el Brevario de Alarico, pasando por el Fuero Juzgo (monumento de la lengua española) hasta llegar a las Siete Partidas. Así lo afirma el profesor Hernan Corral “Junto con la invasión y posterior caída del Imperio, decae también el Derecho Romano y aparecen en primer plano los sistemas jurídicos de los pueblos invasores. Entre ellos destaca el régimen legal de los germanos”¹⁴.

Esta sería la principal razón del desuso de la Ley Romana por varios siglos de la edad media. Sin embargo hay acuerdo en la doctrina, respecto a la recuperación del Derecho Romano, así lo confirma el profesor Brito “pero a partir del siglo XII se recuperó el Derecho Romano para la cultura, sucediéndose entonces una serie de escuelas jurídicas: la de los glosadores, los comentaristas y los humanistas que hicieron de esta gran compilación objeto de estudio a través de diversas metodologías”¹⁵.

Como apreciamos la codificación se fue desarrollando a través de los siglos desde diferentes paradigmas “Ya durante la Alta Edad Media surgió quizás el primer movimiento codificador que culminó con la legislación de Alfonso X: El fuero viejo de Castilla en 1212,

¹³ BRITO GUZMÁN, Alejandro, El origen y desarrollo de la idea de codificación del Derecho en El código civil de Chile, 1855-2005, revista Lexis Nexis: pág 7, año 2007.

¹⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán “De la ignorancia de la Ley y su principio de inexcusabilidad” Santiago, Editorial Jurídica 1987, pág 33.

¹⁵ Cátedra de Derecho Civil de los Profesores FIGUEROA GONZALO y PARADA CÉSAR, ponencia de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, pág 14.

el Fuero Real en 1254 y las Siete Partidas en 1265”¹⁶. De todas estas regulaciones mencionadas en la edad media, podemos reconocer las siguientes características esenciales también formuladas por el profesor Brito y que nos servirán como antecedentes previos al estudio del movimiento codificador.

- a) “Era un Derecho casuístico: Es decir, basado en la resolución de casos particulares, a través de los cuales se iban generalizando las soluciones”¹⁷.
- b) “Era un Derecho no legislado: Los juristas desarrollaron nuevas teorías, nuevas figuras, nuevas instituciones, para las cuales nunca la ley tuvo un papel preponderante, por lo tanto, el Derecho de tales épocas fue bastante incierto e inseguro, dado que no existía una regla oficial y potestativa, que señalara a los jueces, y a las partes, cuál era el criterio jurídico cierto que se debía aplicar, cuando sabemos que la virtud de la Ley, la virtud técnica de la Ley, en efecto, es dar certeza, proporcionar fijeza, y con esto, evitar discusiones. No obstante ello, los juristas medievales y modernos llegaron a una suerte de certeza o de seguridad jurídica con el criterio denominado la *opinión común de los doctores*”¹⁸.
- c) Era un Derecho diverso: “si uno lee las críticas de los autores del Derecho moderno del siglo XVI al Derecho medieval todos coinciden en la queja por el exceso de opiniones, y textos y por su contradicción”¹⁹.
- d) Inseguridad e incerteza jurídica: “El sistema de dar certeza basado en la opinión de los juristas ya era muy difícil que pudiera dar frutos por los obstáculos existentes para que una opinión llegara a ser común, porque había tantos juristas en todos los países, tantos métodos, tantas opiniones, para

¹⁶ GONZÁLEZ, GONZÁLEZ, MANUEL, La codificación del Derecho, Seminario, Instituciones del Derecho Romano, UNAM Distrito Federal, México, 2015.

¹⁷ Cátedra de Derecho Civil de los Profesores FIGUEROA GONZALO y PARADA CÉSAR, ponencia de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, pág 14.

¹⁸ Cátedra de Derecho Civil de los Profesores FIGUEROA GONZALO y PARADA CÉSAR, ponencia de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, pág 15.

¹⁹ Cátedra de Derecho Civil de los Profesores FIGUEROA GONZALO y PARADA CÉSAR, ponencia de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, pág 16.

sostener cualquier hipótesis, que, si una parte se apoyaba en 30 juristas para sostener un argumento, la contraria fundaba la suya en 40 juristas en apoyo del argumento contrario, por ende los jueces quedaban perplejos y sin saber qué decir”²⁰. Para los interesados en los juristas más respetados de la época podemos mencionar a Accursio, Baldo o Bartolo.

Contra ese desorden reaccionaron los pensadores y juristas del siglo XVI. En pleno movimiento racionalista, donde convergen figuras como Descartes, Leibniz o Spinoza, la búsqueda por transformar en ciencia todas las disciplinas humanas llegaría al Derecho. Para esto, toman ideas de la Lógica de Aristóteles y crearían un método geométrico que sirviera a expresar postulados generales, que evidenciara los axiomas de la ley, de la cual se predica el caso como objeto deducido, y ya no como objeto de inducción. La ley precede al caso y no al revés. Debemos mencionar entre los antecedentes generales, el por qué surge este movimiento, el cual no es otro que la búsqueda de la seguridad jurídica. Para el Profesor Narvaez fue este paradigma que definió la modernidad “Tendremos que reconocer que fue logro de la sociedad burguesa, la utilización de éstas y otras armas para poder alcanzar la libre circulación de la propiedad y la ascensión al poder político del ciudadano”²¹.

Para el profesor Alejandro Guzmán Brito, se pueden distinguir seis etapas del reconocido movimiento codificador, pero antes, el mismo autor señala como generalidades que la codificación fue una evolución natural de la historia del derecho y la denomina fijación del mismo, “tras ciertas temporadas largas de derecho consuetudinario viene la necesidad de tener seguridad en el derecho vigente, por lo que se hace indispensable “fijar el derecho”. Los codificadores en el hecho, impusieron esta fijación sin plazo, quizá fruto del iusnaturalismo, que propone una naturaleza universalizable y por tanto inmutable, porque el hombre (humanismo) va a seguir siendo siempre el mismo se decía:

²⁰ Cátedra de Derecho Civil de los Profesores FIGUEROA GONZALO y PARADA CÉSAR, ponencia de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, pág 17.

²¹ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont> pág 2.

- 1) **La idea de crear un nuevo código en el humanismo jurídico:** El movimiento humanista tuvo como objeto de estudio el Corpus Iuris Civilis, pero, a diferencia de los glosadores y comentaristas medievales, se fundaba en el análisis, en la filología. Desarrollarán un arte aplicable a cualquier ciencia, incluido el Derecho, en virtud del uso de la dialéctica, después llamada Lógica y su instrumento propio de división de las partes de un todo. Se trataba de clasificar los conceptos mediante una serie sucesiva de subpartes o subconceptos. Del género a la especie, de ésta a la subespecie y así sucesivamente. Se dieron cuenta los humanistas que tal método había sido aplicado por Gayo en sus Instituciones. En el estudio de la obra de Cicerón, encontraron también una suerte de teoría para componer un ars iuris, que parecía reflejo de las Instituciones de Gayo. Ello los llevó a criticar el Corpus, en cuanto lo consideraron un mosaico inorgánico de fragmentos. Destacó entre los juristas de esta corriente el francés Guillaume Budé (1467-1540).

Se puede acotar que la principal crítica a este método, por ir del género a la especie, y de aquella, en sucesivas especificaciones, tarde o temprano se hallarían categorías subgeneris, las que, por definición, no conservan las notas distintivas esenciales del género en la especificación. Se trataría de géneros de la cual no se predicen especies, y por lo mismo, acopios aislados de leyes que estarían en razón uno es a uno con el caso, hasta el punto que, la descripción de la ley, sería la del caso.

- 2) **Formulación de Leibniz:** Si bien asume la dialéctica de las divisiones y definiciones, propuso una nueva manera de construir normas jurídicas, que habría de convertirse en modelo para el legislador del futuro y por tanto para la codificación: la idea de Derecho como sistema de proposiciones. Diría al efecto: “al componer las leyes en orden, es claro que con la misma brevedad abarcamos mucho más, porque en la serie de elementos conectados, podemos atribuir el mismo predicado simultáneamente a muchos sujetos escogidos y al revés”²². Se trata de un método para encontrar todos los predicados posibles de un sujeto dado, y todos los sujetos posibles de un predicado dado. En toda ciencia, deben determinarse los géneros supremos, que

²² LEIBNIZ GOTTFRIED, Escritos de filosofía jurídica y política, España, Biblioteca Nueva Cegal, 2001 pág 62 colección clásicos del pensamiento.

contienen los subgéneros. Así, en jurisprudencia, esos géneros supremos son persona, cosa, acto y derecho. Y cada uno de estos géneros supremos se descompone a su vez en subgéneros. Leibniz no se quedó sin embargo en una formulación teórica, y ya en 1667, propuso elaborar códigos “Si las controversias existentes fueran decididas por la autoridad pública formando un nuevo cuerpo de Derecho, ciertamente un novísimo código que, para decirlo en pocas palabras, fuese redactado completa, breve y ordenadamente, así la incertidumbre, es decir, la oscuridad y contradicción y lo superfluo (a saber, la repetición y la multitud de cosas inútiles) estarían ausentes”²³. En 1678 elaboraría una íntegra teoría de la codificación.

- 3) **Difusión de la idea de la codificación (Siglo XVIII):** “Destacan en este periodo, Jeremy Bentham, Gaetano Filangieri, Charles Montesquieu y Cesare Beccaria. Se asienta la idea de una “ciencia de la legislación”, que propone la existencia de pocas leyes, la claridad de las mismas, (redactadas en un lenguaje no demasiado técnico y en idioma vernáculo, no en latín), su precisión, libre de consideraciones o fundamentos. La ley ha de ser también unívoca de manera de no dar pretexto a una variedad de interpretaciones. Ha de ser asimismo general y abstracta, formulada en el nivel de principios y huir de las casuísticas. En fin, debe ser completa y sin lagunas, de manera que resuelva todos los casos posibles. Por último, debe ser ordenada y sistemática”²⁴.
- 4) **Los primeros intentos (Segunda mitad del Siglo XVIII):** La mayoría de los juristas adscribieron a esta postura, la cual resulta en palabras de Paolo Grossi “muy cómoda, racional, útil, práctica, económica y un sin fin de adjetivos que hicieron del código un altar consolidado”. Así, se empezaría a crear un mundo nuevo con su propio lenguaje que se ha consolidado en palabras de Grossi “sea ya por la lucidez del proyecto jurídico burgués, ya por su carga de despotismo, ya por la pereza proverbial del cuerpo de los juristas...”²⁵ la creación del Estado de Derecho, el monopolio de la ley, la función pasiva de la jurisprudencia, son factores que se han mantenido

²³ LEIBNIZ GOTTFRIED, Escritos de filosofía jurídica y política, España, Biblioteca Nueva Cegal, 2001 pág 63 colección clásicos del pensamiento.

²⁴ ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, pág 14 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

²⁵ GROSSI, PAOLO, Assolutismo Giuridico e Diritto Privato, Milano, Editorial Giuffrè 1998, pág 10.

prácticamente intactos, al menos para la convicción difusa de la mayoría silenciosa de los juristas actuales y se deben al movimiento codificador. “La codificación se inicia en el área germánica, impulsada por Federico II de Prusia, quien encomienda a su canciller Samuel Von Cocceji, la elaboración de un proyecto de Código. El código Prusiano vería la luz en 1794, denominado como Derecho Territorial General para los Estados Prusianos (ALR) y en 1811, vino el Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austriaca (ABGB). Ambos son producto de una larga elaboración y estudio, con la finalidad de reelaborar el derecho privado, pero todavía con preferencias estamentales. Todavía debaten entre el absolutismo político y la ideología emancipadora de la ilustración. Del ALR heredamos el sentido literal de las palabras, estableciendo que el Juez de los litigios no puede interpretar la norma con otro sentido más allá del que se desprenden del tenor literal de las palabras. El ABGB en cambio, afronta sus lagunas proponiendo lo que hoy conocemos como reglas para la interpretación legal, en casos que el tenor literal de la ley no alcance a superar un sentido oscuro o vacío. En la misma línea fue el primero en separar el derecho público del privado concentrándose en el último. Además, fue el primero en regular sistemáticamente a la Persona Jurídica y creó la Capacidad como atributo de la personalidad”²⁶.

- 5) **La ejecución completa del movimiento en el Siglo XIX:** En Francia, tras la revolución, la Asamblea Nacional Constituyente, mediante una ley de agosto de 1790, ordena hacer un código de leyes simples, claras y apropiadas a la constitución. Los primeros proyectos fueron elaborados en 1793, 1794, 1796, (los tres por Jean Jacques Régis de Cabacères) y en 1799, de dichos proyectos ninguno fue sancionado. El impulso decisivo vendría con Napoleón, quien por decreto de fecha 12 de Agosto de 1800, designó una comisión encargada de elaborar un proyecto de código, bajo la dirección de Cambacères e integrada por Jean Etienne Marie Portalis, Francois Denis Tronchet, Jacques de Melville y Félix Julien Jean Bigot de Premeneau. En solo cuatro meses concluyeron su trabajo. Después de someterlo a la opinión de la Corte de casación y de las cortes de apelación, de recoger las observaciones formuladas por

²⁶ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] Mexico, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSE [fecha de consulta 22-04-2020] [La crisis de la codificación y la historia del derecho | Narváez Hernández | Anuario Mexicano de Historia del Derecho \(unam.mx\)](#)

los ministros que formaban parte de ellas y ser objeto de discusión y revisión por el consejo de Estado (102 sesiones y en 57 de ellas fue presidida por Napoleón), fue aprobado por ley de 21 de Marzo de 1804. Iniciaba así su vigencia el Code Civil, después llamado Code Napoleón, el más influyente de los códigos civiles hasta nuestros días. En Austria, después de varios intentos y gracias al trabajo fundamental de Carl Anton Von Martini, entró en vigencia el Código Civil el año 1811. En Europa, a medida que el “Gran Imperio” de Napoleón ampliaba su poder e influencia, muchos reinos y estados fueron adoptando el Code. Lo mismo ocurrió con los códigos americanos, a lo largo del siglo.

Dicha influencia no decreció con el eclipse de Napoleón y su época. “Si bien es cierto que debemos mencionar nobles esfuerzos como el alemán de 1900 y el chileno de 1857 que a su vez se volvieron punto de partida de otros códigos, al final debemos reconocer que se codificó y se codifica (Guatemala, China, Suiza) a la francesa”²⁷. Por el carácter innovador del Code se han mencionado entre sus logros los siguientes: Eliminar derechos feudales, regular la propiedad privada, liberar a la tierra de gravámenes y convenciones y a todos los bienes para permitir su libre circulación.

Pero un ejemplo realmente revolucionario y que fue copiado por el resto de los códigos fue el *Titre préliminaire*, cuyos primeros artículos definirían la Ley y le darían al juez la obligación de remitirse a ella so pena de cometer un delito, y sus sentencias tendrán sólo un valor para el caso al cual se están remitiendo. En virtud de estas normas es que se ha considerado en palabras de autores ya citados como Grossi, Clavero y Bartolomé “El código es Constitución” es la constitución del Estado Burgués, es el orden basado en la Ley que él mismo vino a definir con sus efectos en tiempo y territorio. “Hay textos que contienen paradigmas del ordenamiento y no

²⁷ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] [La crisis de la codificación y la historia del derecho](#) | [Narváez Hernández](#) | [Anuario Mexicano de Historia del Derecho \(unam.mx\)](#)

siempre son constitucionales”²⁸ dirían los mismos autores en relación a todas las normas de los títulos preliminares de los diferentes códigos civiles del mundo.

Pero la influencia va más allá del título preliminar, discrimina entre las personas naturales, da derechos a hombres con patrimonio y le resta importancia a los menores, mujeres, criados, obreros y campesinos. El Code determinó la muerte civil y natural, definió parentesco, familia, matrimonio y sus efectos en los patrimonios. En la parte contractual el comerciante vería satisfecha sus pretensiones frente a los gobernantes celebrando un documento que tendrá “fuerza de ley” como lo establece el artículo 1134 dando libertad a los contratantes para fijar las reglas y el 1138 con que la voluntad de los mismos produce efectos para la transferir la propiedad.

Para cerrar el tema del Code en particular debemos señalar que, como toda obra humana, no todo fue innovación, se da cuenta de artículos transcritos del Derecho Romano y en específico del Codex Teodosiano, pero son insignificantes en comparación a todo lo creado por él, quizás esto se explica porque en Francia, luego de la revolución, el Derecho francés nacería de una lucha interna entre el *ius commune* y las *coutumes* o el Derecho tradicional. “La ambición señorial francesa no podía estar de acuerdo con un Derecho romano considerado imperial y extranjero”²⁹.

Sin querer detallar la historia del Código Civil Chileno, del cual las narraciones abundan en particular por autores ya citados, fue recibido en el mundo como el mejor código americano y uno de los que influyó en la elaboración del código español. En palabras de Guzman Brito, resulta un código muy romanista y tradicional, en este sentido suele reconocerse cierto respeto por el derecho antiguo, que en algunos artículos se ve como una cuestión pensada y basada en varias opciones y no solamente en el Code del cual en estas disposiciones se aleja.

²⁸ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29652/26775>

²⁹ WATSON, ALAN, *La formazione del Diritto Civile*, Bologna, Italia, Editorial Universale Paperbacks Il Molino, 1986, pág 270.

Finalmente, el movimiento codificador, es decir, el conjunto de influencias normativas que reguló el derecho privado y como vimos también al derecho público, dejaría para el primero de enero del año 1900 su última obra cumbre, el BGB alemán. Se organiza en cinco libros, primero la parte general, luego el derecho de las obligaciones, derechos reales, derecho de familia y por último el derecho de las sucesiones “sigue de tal modo el sistema de las pandectas que había sido desarrollado por Gustav Hugo y George Arnold Heise y después recibido por Savigny”³⁰. El BGB además de traer innovaciones formales como el reemplazo de artículos en párrafos, con una ordenación que se puede ver diversa en el capitulado mencionado anteriormente. Y también de fondo, si bien recibe críticas por estar en el siglo del derecho social, el BGB nos hereda el negocio jurídico como una nueva forma de la teoría general del contrato, una nueva concepción del patrimonio, el contrato preparatorio, la resolución parcial dentro del derecho de remedios, entre otras disposiciones que son de cultura general.

El BGB tardó en ser promulgado por la ardua discusión principalmente impulsada por la escuela histórica y Savigny criticando el movimiento codificador. Si bien para estos autores el BGB se promulga justo en el momento en que comienza la crisis de los códigos en el mundo, fue esta discusión la que permitió que se avanzara en la cuestión social y más tarde en los derechos de segunda generación. El BGB se promulgó y ha sido objeto de estudio durante todo el siglo y quizás fueron sus postulados recogidos en la República de Weimar y en el código de 1928. En específico, en aquellos dos párrafos que mencionan la “socialización del derecho”, citados por Consentini “Socializar el Derecho significa extender la esfera del Derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Es preciso que el Derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra”³¹. Con

³⁰ WESENBERG, GERHARD, WESENER, GUNTER, *Storia del Diritto Privato in Europa*, Padova Italia, Editorial CEDAM, 1999, pág 278.

³¹ CAPPELLINI PAOLO, *Systema Iuris* tomo II; *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milán Italia, Editorial Giuffrè, 1985 pág 426.

esta idea en la mente del legislador de la época, luego de la segunda guerra mundial, el movimiento codificador terminaría su arremetida sistemática.

Concepto de Código:

Podemos verificar el significado de la palabra en los diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española. Las dos primeras acepciones de la palabra “Código” son “El conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada” y “la recopilación sistemática de diversas leyes”³². Si bien muchos profesores hacen la distinción entre las dos acepciones, considerando solamente la primera acepción como el Código sistemático y sustitutivo, para este trabajo ambas son relevantes.

Como expresa el profesor Alejandro Guzmán Brito, la codificación (moderna) responde a la idea, forma y estilo de una fijación sustitutiva. En efecto “Las anteriores fijaciones reemplazantes de una multitud precedente de fuentes no solían alterar su carácter: las recopilaciones reunían leyes preexistentes, pero las leyes recogidas eran mantenidas según su forma y sentido original, sin perjuicio de operaciones formales de separación de una ley en varias, de reunión de varias en una y de interpolaciones específicas; de modo que el ordenamiento anterior, aunque no formalmente, materialmente seguía siendo el mismo. Lo propio ocurrió en las fijaciones de costumbre por escrito. Estas formas de fijación, pues, fueron esencialmente conservadoras de un ordenamiento anterior”³³. De aquello versará la segunda acepción del diccionario para el vocablo Código, “la recopilación sistemática de diversas leyes”³⁴.

También el profesor Bernardino Lira se apoya en la historia anterior para mostrar el contraste que hizo el movimiento codificador “El código constituyó una nueva forma de fijar el Derecho, radicalmente diferente de las conocidas hasta entonces. En lugar de compilaciones o recopilaciones del Derecho vigente, revisiones o consolidaciones del mismo, a la antigua usanza, destinadas a facilitar su aplicación, fue un instrumento para

³² *DICCIONARIO RAE* [En línea] España, Real Academia de la Lengua española, [consulta de 22-04-2021] <https://dle.rae.es/c%C3%B3digo>

³³ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, “El origen y desarrollo de la idea de codificación del Derecho” en “El código civil de Chile 1855-2005”, Santiago, Chile, Editorial Nexis, año 2007.

³⁴ *DICCIONARIO RAE* [En línea] España, Real Academia de la Lengua española, [consulta de 22-04-2021] <https://dle.rae.es/c%C3%B3digo>

transformarlo por medio de la Ley. Esto equivale a someterlo al Estado, toda vez que la fuerza obligatoria de los códigos, a diferencia de las antiguas compilaciones, provino de su potestad y no de la autoridad de los juristas a quienes se cometió su redacción. Codificar pasó a ser así sinónimo de Estatizar el Derecho y hacer del Juez según la expresión de Montesquieu la boca que pronuncia las letras muertas de la ley”³⁵.

En línea con la primera acepción Juan Andrés Orrego señala del Código que es “un trabajo por el cual las leyes vigentes se presentan en un cierto orden armónico y lógico, que es a la vez tributario de la doctrina jurídica precedente, de manera que se facilite su conocimiento y aplicación por la población y la judicatura. Es una especie de fijación del Derecho que tiene como propósito derogar todas las normas precedentes que se refieran a las mismas materias”³⁶.

El profesor Remy Cabrillac en tanto, define código conjugando su acción “La codificación es un conjunto de normas jurídicas puestas en forma”³⁷. Se le llama forma a la unidad coherente, a una estructura que presenta las características de un mundo. Otra definición de Código del profesor Vodanovic es toda “Ordenación sistemática de reglas legales relativas a una determinada rama del Derecho o una parte Orgánica de ella”³⁸.

Todos estos conceptos que si bien pueden describir la historia del movimiento codificador e incluso marcar sus etapas, desde las primeras compilaciones de leyes, hasta su sistematización, no atienden al momento actual de los códigos, que para gran parte de la doctrina del siglo XX se han descodificado. La minoría en tanto, consideran al código una metodología vigente, heredada del positivismo jurídico y manteniendo a la Ley, como única fuente formal del Derecho. Aunque se han adelgazado los códigos, su metodología persiste

³⁵ BRAVO, LIRA BERNARDINO, “Puntuales de la codificación en el Viejo y en el nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile, pág 101 en el “código civil de Chile (1855-2005”, Alejandro Guzmán Brito, Santiago de Chile, Lexis Nexis 2007

³⁶ ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, página 14 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

³⁷ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 153, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

³⁸ ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, página 77 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

en todos los congresos del mundo e incluso en las asambleas constituyentes del mundo. Y para pasar a comprender las críticas que recibe, antes es necesario considerar cuáles eran los objetivos de esta metodología, cuál fue el proceso con el que se concibió útil, el movimiento codificador.

CAPÍTULO II: LA FORMA DE UN CÓDIGO.

Para el Decano Gerard Cornú “La virtud esencial de la codificación está en la capacidad que ella demostró de renovar el Derecho de una sociedad, expresando en ella los valores de su tiempo³⁹”. Si se descarta la idea de renovar el Derecho para concentrarse en el código compilación o en la mera distribución de algunas leyes, indefectiblemente nos ayudaríamos de valores de nuestra época o en concreto, de la técnica actual, lo que es demostrado por codificaciones de los Estados Digitales del mundo. Es decir, al momento de definir código, no habla de un concepto con naturaleza jurídica, sino más bien como un método de configurar ciertas partes del ordenamiento jurídico. En este sentido, lo esencial de un código es la terminología, la provisión no ya de leyes, sino de un lenguaje jurídico, cuyas relaciones comportan cuerpos normativos de distinto grado. La ley incorporada a la codificación, no sería sino las posibilidades de uso lógico combinado, de términos sustantivos que el lenguaje jurídico provee. La relación lógica - ley es lo propiamente constitutivo de la codificación, conceptuada como continente y no contenido, como método y no como fin, como función, antes que adición de elemento. La digitalización del Derecho, fin de máxima economía verbal, lo consolida en su realidad de uso, y en esto la Ley como tal, traería consigo la riqueza de hablar de leyes. La estrategia exhibitiva de una norma, correría a la par de su sentido prescriptivo.

Las fuerzas y voluntades que elaboran un código, se distinguen por decisiones externas al texto legal, de las que quedan registradas en ellas. Es decir, distingo Fuerza Política, de voluntad soberana. Primero un código requiere decisiones; a) sociales por ser “el fruto de luchas que marcan toda sociedad⁴⁰”, “un código participa, en la definición, difusión y en la garantía del bien común, de una sociedad. Lo instituye al mismo tiempo que se

³⁹ CORNU, GÉRARD Codification contemporaine: valeurs et langage, in L’art du droit en quête de sagesse. París Editorial Gallimard 1998, pág 361.

⁴⁰ RIPERT GEORGE, Las fuerzas creativas del derecho. París, Francia, Editorial Actes 2002 pág 28.

constituye como garante⁴¹” y b) Políticas, si el código debe o no responder a una ideología, si unifica o no al pueblo, etc. La elaboración de un código debe decidir, un método de codificación, tanto en su estructura interna como otra externa que puede ser un garante, límites o un mero soporte. El código a diferencia de una ley, se inserta en una cultura, en el inconsciente o en la brisa jurídica y no sólo en un mercado en particular.

El espíritu reformador de la ilustración además de considerar la sustitución, nunca olvidaron que el código era una herramienta social “De esta manera, Catalina II recomienda la utilización de libros de catecismo o códigos de leyes para que los escolares aprendan a leer; Diderot recoge este deseo precisando: “Habrá que prescribir, que en todas las escuelas se utilice para enseñar a leer a los niños, ya sea el catecismo, ya sea el código. Rousseau prevé igualmente que estos códigos no serán solamente enseñados en las universidades, sino que también en los colegios⁴²”. De ese modo el código al pretender al ciudadano como un sujeto universal de los habitantes del Estado, piensa en el código como soporte de su intelecto.

Cabrillac va más allá situando al Derecho como el ideal ético de la sociedad “Todo código persigue el ideal de instaurar un Derecho bello y bueno, el ideal de Justicia que se encuentra a lo largo de toda la Historia⁴³”. La ética y estética juntas se pueden encontrar en los códigos actuales, pero también en el de Hammurabi “quiso mostrar que no existía, a sus ojos, cualidad más preciosa y quizás más escasa, para un soberano digno de ese nombre, que el sentimiento de justicia y la voluntad eficaz de hacerla reinar⁴⁴”. En consecuencia, todo código plantea ambas estructuras la bella, la buena y la verdadera como reza la puerta del parlamento alemán.

Primero una estructura externa considera los componentes de toda norma: a) usuarios o titulares y destinatarios b) las fronteras o perímetro de un código respecto a su materia y también respecto a otros códigos, lo cual afectará la función jurisdiccional, límites y garantías

⁴¹ RIPERT GEORGE, Las fuerzas creativas del derecho. París, Francia, Editorial Actes 2002 pág 28.

⁴² CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 168, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁴³ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 190, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁴⁴ BOTTERO, JEAN. Mésopotamie, la raison, l'écriture et les dieux, París Editorial Gallimard 1998, pág 306.

de la norma c) su sensibilidad jurídica, su cauce político y soporte cultural, y su publicidad. La elección de la estructura interna (“entidad autónoma de dependencias internas⁴⁵”) comprende en su dimensión jurídica, según divide Cabrillac en un lado, los atributos de un código: 1) plan general, 2) subdivisiones, libros, capítulos, párrafos, y 3) numeración, 4) contenido, el cual podemos entender por su naturaleza jurídica y por la clase de oración que distingue la semiótica jurídica. Los atributos de la estructura interna la doctrina los ha desarrollado con esmero, pero no se ha considerado como otra clase de estructura la estructura externa y las funciones del código, como soporte sensible, más allá de la filosofía política o la relación de Política y Derecho.

ESTRUCTURA EXTERNA:

La estructura de un código, contendrá un axioma antes que cualquier palabra, si este es un código compilado o sustitutivo, es decir que además de sistematizar, podría derogar un grupo de normas. Esta primera división se sustenta en parte en las fuentes formales del Derecho, las cuales pueden en un solo texto incorporar normas de distintos rangos, a saber, tratados internacionales, leyes, decretos, ordenanzas, etc, del modo en que lo hacen los editores privados o cuando el legislador importa reglas de cuerpos de diferentes rangos. Ahora bien, generalmente este axioma de momento invisible dependerá de la materia a tratar, es decir, en caso de regular una materia inexistente podríamos preguntarnos ¿Será el código o ley resultante en su mayoría de normas, nuevos conceptos o reglas del Derecho?

La pregunta da por hecho que la graduación de sustitución o compilación será en orden al ordenamiento jurídico preexistente, pero incluso puede ir más allá del mismo y mirar el derecho comparado, doctrinas o fuentes materiales del derecho, cómo la economía o el estado de los conocimientos científicamente afianzados. Es por ello que la estructura externa, no es sólo política o el encuentro de esta con el Derecho, sino que dependerá la elaboración del primer axioma jurídico, del codificador, las fronteras de los códigos vigentes y de la sensibilidad jurídica de la sociedad.

⁴⁵ BOURRIAUD NICOLAS, “Estética relacional” Madrid España. Editorial Paidós, 2002. pág 19.

a) La elección de los codificadores.

Más allá de las críticas que acarrea que un Estado democrático relegue su capacidad legisladora en una comisión, sumado a que el impulso legislativo no siempre es del parlamento, se discutirá la integración a saber; si estará compuesta por un gran coordinador, por profesores o abogados litigantes en equilibrio político y/o por un número de ciudadanos sin experticia legal.

De la elección del codificador, Rosseau escribe “para descubrir las mejores reglas de una sociedad, las que más convienen a las naciones, sería necesario una inteligencia superior que viese todas las pasiones de los hombres y que no fuese víctima de ninguna; que no tuviere relación con nuestra naturaleza, pero que la conociese a fondo; cuya felicidad fuese independiente de la nuestra y que, sin embargo, quisiese ocuparse de la nuestra; por fin quien pese al transcurso del progreso y la espera de una gloria alejada pudiese trabajar un siglo y disfrutar en otro... harían falta Dioses para dictar leyes a los hombres⁴⁶”.

La cita que ya es lugar común, tiene sentido en cuanto a si es necesaria dicha divinidad para sólo compilar y ordenar, considerando que en la práctica aquellos decretos que coordinan o refundan o sistematizan un grupo de leyes en un cuerpo, pueden como se dió en el movimiento codificador tomar la historia de un milenio anterior para elaborar un sistema nuevo, o más aún hoy, cuando existe en el Poder Ejecutivo, en cada Ministerio un grupo de Abogados que sistematizan materias para que el ministro ejecute sus mandatos y un parlamento de representantes y fiscalizadores que pueden interpretarlos día por día o siglo por siglo.

En cuanto a la elección de codificadores de reformas sustitutivas, siempre han incorporado a los llamados grupos de interés, por lo menos en la fase de discusión, aunque la historia de los acuerdos, nos induzcan traiciones o matices al pacto inicial, todos quieren dejar su huella. Sin perjuicio de ello, las empresas de los movimientos sociales se limitan a esperar el cambio del problema y no profundizan en donde más incertidumbre hay, en cómo

⁴⁶ROUSSEAU, JEAN “El contrato Social”, España, Editorial Losada 1998, libro II, capítulo VII.

expresar, organizar, plantear, no sólo un precepto, si no una red de conceptos que resistan las incrustaciones constantes de los otros movimientos sociales.

Sobre la elección de los destinatarios del código la discusión se alarga, por quienes han pensado en códigos universales o continentales versus códigos cuyos destinatarios forman parte de un Estado. Sorprendentemente, durante toda la existencia se han pretendido obras universales, desde la biblia que ha alcanzado el mayor número de traducciones, ventas y divulgación, hasta el código canónico que expresa la dimensión atemporal y universal de la iglesia católica. La discusión sobre la posibilidad de un Código para toda Europa, en donde sus partidarios abogan por la unidad como la fuerza y sus detractores defienden el mosaico legal de todos los países, temiendo la desaparición del Common Law; nos señala que sigue presente la idea compilar o reunir el Derecho en un código con carácter universal.

Este ejemplo en concreto, se observa en los Adpic o acuerdos sobre el Derecho de Propiedad Industrial, o en la elaboración de contratos tipos en el comercio internacional, y en general, por todo tipo de tratado internacional que busque uniformar las legislaciones de sus partes. Al respecto, la globalización económica podrá efectuar todo tipo de acuerdo para tener seguridad jurídica en sus negocios, con sólo una dificultad, la traducción. Por lo tanto, si existiera profunda universalidad de lo sustantivo, habría que modificar las organizaciones de normas, en cuanto a las diferencias culturales en la aplicación, enseñanza e interpretación del Derecho.

Al contrario, han existido corrientes que defienden los códigos científicos, destinados a juristas, para evitar problemas de traducción. Cornu, pertenecientes a muchas comisiones codificadoras francesas, le hace dos exigencias al legislador: “cada vez que sea posible, debe expresarse de manera tal que sea comprendido por todos... cada vez que sea necesario, el legislador debe utilizar la precisión de un lenguaje técnico⁴⁷”. Las codificaciones francesas contemporáneas se inscriben dentro de esta misma línea: declaran que “una de las funciones

⁴⁷ CORNU GÉRARD, Linguistique juridique, Montcherestien, Editorial Domat, 2º edición, 2000, pág nº83.

fundamentales de la codificación es facilitar el acceso de todos los ciudadanos al derecho⁴⁸”, preconizan una simplificación y una modernización de los textos a este efecto⁴⁹.

El lenguaje como herramienta más allá de si es técnico o no de lo cual la semiótica jurídica nos aportará más adelante, debe complementarse tal como lo hace cada interesado una vez promulgada una ley, con preguntas y respuestas, mapas conceptuales, dibujos y todo tipo de herramienta del diseño o estrategias de exhibición innovadoras con tal que la presunción de conocimiento y más importante aún, la publicidad de la Ley se cumplan. Por ende, la claridad no está contrapuesta con lo preciso o técnico de un asunto, será contrastada con la publicidad de la misma, desde el mensaje del Presidente en nuestra República, hasta la letra chica de quienes alegan su exclusión como titulares de un Derecho.

b) Fronteras del código o límites de la materia que se buscó normar y los puentes que pueda tener el cuerpo con otros cuerpos legales del mismo ordenamiento jurídico.

En Chile, la doctrina civil ha elaborado 3 conceptos para representar los problemas que surgen de las fronteras de los códigos como parte de la estructura externa de su forma. Hernan Corral habla de la constitucionalización del Derecho Civil, Orrego, en cambio, menciona un grado de Descodificación e Internacionalización del Derecho civil. Para Orrego el fenómeno no es nuevo “Ya en 1884, se aprobó la ley de Matrimonio Civil como complementaria del Código y la actual del año 2004 también mantuvo su tratamiento segregado, también la Ley Número 18.101 en el caso de predios urbanos y el Decreto Ley 993 respecto de los predios rústicos. Así, en ambos casos el legislador en vez de modificar las normas del Código Civil (artículos 1970 a 1986), optó por aprobar estas dos leyes especiales, de manera que las normas del Código sólo regirán para aquellas materias que no estén resueltas en estos dos cuerpos legales”⁵⁰. Hernan Corral sostiene que “parte de nuestro

⁴⁸ Decreto Supremo, “Circular de 30 de mayo de 1996” París Francia, preámbulo: “La realización de este ambicioso objetivo (la codificación del conjunto de leyes y reglamentos) debe facilitar la puesta en práctica del principio según el que “se presume el conocimiento de la ley” para permitir a los ciudadanos, a los electos a cargos públicos, a los funcionarios, a las empresas a conocer mejor sus derechos y obligaciones”.

⁴⁹ Decreto Supremo “Circular de 30 de mayo 1996” París Francia, citada art.2.1.1: “Las palabras, expresiones o conceptos en desuso u obsoletos, para una legislación más reciente, serán reemplazados por términos que correspondan con el derecho vigente y el lenguaje actual”.

⁵⁰ ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, pág 40 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

Derecho Civil está contenido en la Norma Constitucional”. Como ejemplo “el artículo 19 n°24 de la Constitución, es más exhaustivo que el Código Civil en materia de Derecho de dominio”⁵¹.

Además de las normas citadas anteriormente, las convenciones internacionales que como antecedente histórico del Derecho fueron incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico después de la segunda guerra mundial, con principios distintos a los del movimiento codificador. Aquellos nuevos derechos económicos y sociales buscarían cambiar la realidad jurídica de los diferentes países miembros. El entendimiento de la materia propia del Derecho Civil, se amplió al momento de suscribir los siguientes pactos: El pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, La convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. La Convención para eliminación de las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención de Derechos del Niño y también de los Adultos Mayores.

Las antiguas interrogantes de René David, muestran que el problema es permanente y universal “¿Es necesario reunir el Código Civil y el de comercio, como se acaba de hacer en Italia? o por el contrario ¿Dividir el Código civil en tres, un Código de Familia, un Código Agrario y un Código Civil propiamente tal, como se hizo en las Repúblicas Socialistas Federadas de la Unión Soviética?”⁵² Estos casos de interferencias o deslindes de la materia que trata el código civil con otros cuerpos normativos, surgen como problema desde el mismo principio material “la elección de una materia para codificar, puede alejarse de la realidad cuando instituciones o fenómenos surgen abruptamente entre varios códigos. La codificación conlleva un paradójal pero incuestionable efecto de dispersión de normas que afecta el propósito de exhaustividad que la habita”⁵³.

Si filosóficamente, la materia es lo que singulariza un sistema y la forma es el universal por el cual se compara y por ende reconoce, la pluralidad de normas obviamente

⁵¹ ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, pág 41 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

⁵² DAVID, RENÉ, Tratado elemental de Derecho Civil Comparado. Santiago Chile, Editorial Olejnik pág 121 de 537. 2018.

⁵³ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 305, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

dependerá de la materia, es decir, no es la abstracción jurídica en cuanto a metodología o técnica, la que mella el impulso codificador, sino la que multiplica los comportamientos. Luego, dichos actos en sí mismos serán ininteligibles para el legislador. En este sentido, por el solo hecho de disponerse a legislar sobre una materia determinada, aparecerán por extensión nuevas materias, y la ley irá abriéndose hacia los casos, en una especificación de tipo que distorsiona la naturaleza de la ley como universal. Este es el paradigma, del legislador como observador y divulgador.

Por tanto, la materia del Derecho Civil no es objeto de la ciencia, en tanto identidad de actos y efectos porque no será nunca enteramente cognoscible. Es la metodología con la que se interpretan los preceptos, el objeto de la ciencia jurídica. ¿Dónde fijar el límite de una materia? La materia debería limitarse a la deducción, es decir a crear generalidades que agrupen posibles hechos y la forma serán las combinaciones proposicionales de los principios. ¿Es la diferencia entre el Derecho Público y Privado, los principios de la materia que regulan o es un criterio puramente ideológico? ¿Son acaso distintas fuentes del Derecho las que nutren distintas materias? ¿Cuál es la diferencia entre un principio y una regla? ¿Puede extraerse de una regla de Derecho su carne y reducirla a su esqueleto?

Es imposible negar la Ideología, enunciar disposiciones puramente conceptuales y alimentadas de abstracciones: un código intemporal de profesores sin vínculos territoriales concretos, políticos ni nacionales y desligado de la realidad humana de hoy. Muchas veces esta “realidad de hoy” expuesta por los codificadores deforma el criterio material y con esto apreciamos un mosaico fluido de normas o una membrana plástica entre los códigos. Un código manifiesta la posición tomada por quién lo elabora mediante la selección de leyes pertinentes.

Si la elección de un criterio material genera una paradójica dispersión de normas, podría deberse a un problema de carencia de abstracción o en su defecto a la falta de espacio entre las funciones de los poderes que conforman el Estado de Derecho. El Estado de Derecho, debe su organicidad a las distintas materias que regula y si la materia es el principio de cambio, de la generalidad de un conjunto de comportamientos surgirá inevitablemente paradojas de igualdad. Ihering lo demostró magistralmente, mencionando que una generalización excesiva deviene inevitablemente una fuente de injusticia “Desde el momento

en que la generalización es relativamente importante, se produce un conflicto de la idea de igualdad consigo misma, o con la de injusticia, es decir, lo que es realmente desigual sea tratado como igual, porque la mínima diferencia que hace la desigualdad no está contemplada por la ley”⁵⁴.

¿Qué tan general debe ser la materia tratada o mejor dicho, cuál es el equilibrio entre deducción e inducción en la ley positiva? Ihering al comparar el Derecho Romano con el Chino observó cierto afán puntillista “La relación existente entre un código concebido casuísticamente y un Derecho reducido a su forma lógica, es la misma que existe entre el idioma chino y el nuestro. Un código casuístico contiene una multiplicidad de símbolos para casos particulares determinados. Un derecho reducido a sus elementos, por el contrario, nos ofrece un alfabeto del Derecho, mediante el cual es posible descifrar”⁵⁵. El argumento para crear un código extremadamente detallado por ejemplo “fue esgrimido para defender el proyecto Flamenco de un Código Europeo de Contratos, a fin de establecer una regulación perfectamente uniforme y así eliminar todo riesgo de divergencias en el seno de la Unión Europea”⁵⁶.

Para ellos los códigos son concebidos como verdaderos catálogos que deben aplicarse al caso por los jueces - administradores. Cuidado excesivo que es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la falta de separación de poderes en el mundo político. Estos tipos de normas de Derecho constante, Derecho casuístico y el Derecho sistemático se enfrentan con los problemas ya expuestos del Derecho Medieval. Para Cabrillac esta preocupación “nace de la inflación legislativa galopante, quizás unida a una falta de inspiración ideológica que lleva a los codificadores a buscar una aparente seguridad jurídica en el detalle de una reglamentación que pretende prever todo”⁵⁷. No obstante, ambos caminos, el puntillismo y el indicativo basado en reglas lógicas deductivas, pretenden la seguridad jurídica que al parecer nunca será

⁵⁴ IHERING VON RUDOLF, “El espíritu del derecho romano y las diversas fases de su desarrollo”, Granada España, Editorial Comares, 2011 pág 91 de 838.

⁵⁵ IHERING VON RUDOLF, “El espíritu del derecho romano y las diversas fases de su desarrollo”, Granada España, Editorial Comares, 2011 P pág 41 de 838.

⁵⁶ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 302, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁵⁷ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 303, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

alcanzada por medios legales, como ejemplifican los países escandinavos, la seguridad jurídica no es jurídica, es económica.

Delimitación entre códigos:

Según Rémy Cabrillac vivimos ante un exceso legislativo “La multiplicación de los códigos como la Hidra de Lerna a la que le crecen nuevas cabezas cada vez que Hércules le corta una, puede parecer inexorablemente ligada a la creciente complejización del Derecho Contemporáneo”⁵⁸. Estos nudos vivos de leyes, hacen perder de vista el carácter de ordenamiento jurídico. Es propio de la inercia, de un puntillismo legislativo que dejó de deducir materias y pasó simplemente a inducir las, creando múltiples especialidades. Por ende, el carácter complejo del Derecho contemporáneo se da entre las materias, es decir, en la verificación o sanción de una Ley (sustantiva y procesal) o entre una norma general y otra especial.

Por ejemplo, en Chile el derecho del consumidor y la ley de tránsito, que tienen un origen civil, con sus respectivas leyes especiales, se denuncian frente a un tribunal de policía local, que con sus pocas herramientas, muchas veces intenta mediar, porque el verdadero imperio aparece frente al Tribunal de Letras en lo Civil, cambiando por completo las reglas del procedimiento del primer tribunal, incentivando al demandado para que lleve el juicio allí, para negociar con las consabidas letanías del proceso. Este salto procesal no tiene consideraciones materiales, más allá de liberar de carga a los tribunales ordinarios. Por la naturaleza de la institución, el legislador alemán realizó una importante reforma al libro de las obligaciones del BGB, e incorporó varias leyes de protección al consumidor dentro del código. En Chile en cambio, las reglas de la graduación de la culpa y de los vicios redhibitorios sufrieron modificaciones en la ley de derechos del consumidor, pero aún guarda que lo no regulado en ella pueda ser salvado por el Código Civil, creando lo que la doctrina denominó como “reenvío”.

Siguiendo a Cabrillac, “La tipología de los reenvíos contempla varias posibilidades: el reenvío puede ser del artículo de un código a otro código en su conjunto, o a un artículo

⁵⁸ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 315, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

determinado de otro código; el reenvío puede remitirse a un texto de igual jerarquía o a un texto de otra jerarquía”⁵⁹. Las falencias del reenvío sólo reflejan la codificación que los utiliza. Por ejemplo, se criticó la excesiva pesadez de los reenvíos del BGB que a veces, recurre a reenvíos triples o cuádruples, algunos párrafos no siendo más que un conjunto de reenvíos, por ejemplo el Párrafo 481 dice: para la venta de caballos, burros y mulas ¡las disposiciones de los párrafos 459 a 467 y 469 a 480, no son aplicables en caso de que haya dispuesto de otra manera en los 482 a 492. De esta manera el reenvío puede conducir a situaciones Kafkianas, en el límite de lo humorístico. Sin embargo, como señalé anteriormente no habría problema de crear ecuaciones de este tipo, si no fuera por la carencia del mapa, de los puentes que unan en el mismo texto los vínculos entre las normas, el orden no sólo por materia, si no que además integrar aquel que nace de las preguntas y respuestas.

Sensibilidad Jurídica:

La base de la sensibilidad jurídica se encuentra en la doctrina de la Sociología del Derecho y del Derecho libre. Fueron los primeros en definir el acto inductivo de la ley al caso, como creación de Derecho. Para Juan García, investigador español de la escuela del derecho libre “Su terminología fluctúa. Habla de sentimiento jurídico, pero también de instinto Jurídico, sensibilidad Jurídica, conciencia jurídica, sentido jurídico incluso llega a mantener que sentimiento jurídico equivale a naturaleza de las cosas⁶⁰”, sin dudas el espectro de la sensibilidad es amplio y también se encuentra en la cognoscibilidad, para Fuchs, el sentimiento jurídico significa buscar en la ley solamente el derecho justo, “lo cual ocurrirá siempre que esa tendencia o instinto no se halle alterado por una defectuosa formación o por erróneos prejuicios metodológicos. Hablar de sentimiento jurídico es tanto como decir capacidad para juzgar con el corazón, en lugar de embarcarse en sutilezas dialécticas; significa dejar actuar la razón natural⁶¹”.

⁵⁹ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 317, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁶⁰ GARCIA AMADO, JUAN. “Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre”, proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, que lleva por título “La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho”. Pág 13 1994.

⁶¹FUCHS, ERNST. Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe Alemania, Editorial, G. Braunschen, 1909 Pág 311.

Fuchs se concentra en la sensibilidad del Juez o Jurista, y plantea qué aptitudes debe tener, la experiencia y el gusto que nunca podrán ser reemplazados por el esfuerzo memorístico, diría “La capacidad para decidir correctamente no es pura aplicación de reglas lógicas o de otro tipo, al igual que no lo es la capacidad oratoria o artística⁶²”. En principio entonces el Juez debe apreciar distintos caminos para llegar a la solución justa y escoger el más preciso utilizando todos sus sentidos. Alinearse con el alma es alinearse con la sociedad.

Las doctrinas referidas, cierran de esa manera su idea de sensibilidad jurídica que debe ir acompañada de los elementos lógicos que ya conocemos, las ideas anteriores van dirigidas a las técnicas legislativas y si bien los juristas influyen en las comisiones de los parlamentarios, es perfectamente aplicable el concepto de instinto o sensibilidad jurídica a la labor lectiva de la ley. Es un criterio que perfectamente sirve para evaluar a un congreso.

La relación estructura jurídica con estructura de exhibición hoy es libre, por lo tanto nada restaría que, en los lugares donde hacen falta señalamientos a los derechos o mejor dicho, donde se realizan prácticas abusivas, se exhiban las reglas propias del contexto. Un ejemplo es el contrato de transporte de los buses, ubicado detrás del chofer, cuya letra chica sólo leía quien se sentaba ahí, mientras que en los paraderos se discutían conflictos del área. O al momento de asistir al banco, en esta función de exhibición sensible de la ley, se podrían escuchar las reproducciones cantadas de las normas del Sernac financiero en gregoriano. Ejemplos hipotéticos de la sensibilidad que rodea al Derecho positivo, que podría redefinir el principio de publicidad de la Ley. Basta de Diarios Oficiales, se pretende la ley performativamente considerada.

Los científicos de otras disciplinas, a diferencia de los funcionarios públicos sobre los cuales pesa el principio de publicidad y transparencia formal de la ley, no sólo publican en revistas especializadas, también algunas de sus teorías han llegado a documentales divulgativos. La pregunta es, dada esta sensibilidad jurídica, ¿cuáles son los límites de divulgación de una ley? Los escultores, maestros del volumen, han abolido los materiales nobles o el pedestal blanco, que daban altura al objeto en la ciudad, ciñéndose a la idea de una escultura social, midiendo los efectos económicos y emocionales de una obra, factores

⁶²FUCHS, ERNST. “Juristendenken und Juristensprache”, Berlín Alemania, Editorial Die Justiz, 2da Edición, 1926 Pág 23.

que afectan la metodología del escultor. En esto, el escultor moderno, trabaja con elementos “sensibles”, del mismo modo que, en virtud del principio aquí esbozado, la ley es en sí misma, un producto sensible.

ESTRUCTURA INTERNA:

Plan General: La voz, plan, se refiere a un extracto, apunte, escrito en que se expone la traza o disposición general de una cosa. En concreto, tanto en códigos como leyes simples, se expresa en un mensaje, disposiciones preliminares, definiciones de conceptos de la misma ley, además de principios o normas muy generales que sirven de ayuda para interpretar otras disposiciones y finalmente normas de aplicación general para todo lo que enseguida se regulará.

Además, el plan de un código “traduce una arquitectura jurídica y una voluntad de otorgar valor a las grandes distinciones que van a orientar el derecho del área en cuestión”⁶³. El plan general es consecuencia directa del primer axioma fijador del Derecho, y sólo cuando este es respetado, consideramos el conjunto como un sistema. “Un código no es una masa de artículos. No es un caos, sí un orden, una presentación ordenada de una parte del ordenamiento jurídico⁶⁴”. La importancia del plan es la misma que la voluntad política que motiva la legislación, son los medios de construcción, los costos de oportunidad de ciertas normas sobre otras, la dedicación, lucidez y discriminación propia de la política.

El orden de los desarrollos no es inocuo, traduce una escala de valores; en caso del código penal, trata en primer lugar los crímenes contra las personas, luego contra los bienes y por último contra la Nación, el Estado y la Paz pública. Que una escala de valores se traduzca según el orden en que se disponen las materias, es posible merced a principios como el de especialidad e interpretaciones geográficas. Sin embargo, como espero demostrar al final de este trabajo, los nuevos códigos no deberían plantearse dicho problema, porque en un sólo código, deberían plantearse diversos planes generales. Estos planes generales, sustituirán el concepto de ley únicamente deductiva, y no tendrían por objeto una materia

⁶³ Decreto Supremo, “Circular del 30 de mayo de 1996”, Francia, Comisión codificadora, Gob art. 2.2.3.

⁶⁴ CORNU GÉRARD, Linguistique juridique, Montcherestien, París Francia, Editorial Domat, 2º edición., 2000, Pág 77.

determinada, sino una remisión, un llamamiento a la materia, tentando la idea de una ley simbólica.

Clasificación de los planes generales por Cabrillac, el plan asociativo:

“Consiste en agrupar normas por asociación de palabras o ideas, y es utilizado por ejemplo, en el código de Hammurabi, que trata las disposiciones relativas a las nodrizas justo después de de aquellas relativas a la adopción, ya que ellas, al igual que el adoptante, se hacen cargo de un niño”⁶⁵.

El plan alfabético:

No hay que desmerecer la simpleza de ordenar algo por su letra inicial. Fue raramente utilizado, pero hay ejemplos como el Codex Belgicus de Anselmo de 1649 o en la compilación de leyes federales establecidas en la United States Code. Para Cabrillac el plan alfabético “resulta algo extraño, ya que supone de antemano un importante trabajo de calificación de las cuestiones tratadas en cada artículo”. Este plan hoy se encuentra vigente por los software legales, que utilizan en gran medida listas de palabras para crear mapas dinámicos, procedimiento que será detallado en el cuarto capítulo de esta memoria.

El plan cronológico:

También el orden cronológico parece útil para programar un ordenamiento jurídico. Quizás resulte más adecuado en la compilación, pero sin dudas puede servir como código para crear un algoritmo del principio de temporalidad en un nuevo tipo de código. Si bien, su principal característica fue la división por materias, el código teodosiano, agrupa las constituciones en dieciséis libros, subdivididos en títulos en cuyo seno se aplica una división cronológica.

El plan sistemático:

No debe confundirse el plan sistemático con la ordenación según materias. El primero, concibe la creación de axiomas, y sus posibilidades combinativas, un lenguaje de

⁶⁵CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 268, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

remisión que permite inferir conceptos sea cual sea su ubicación en el cuerpo codificado. El segundo, rígido, extenúa las posibilidades descriptivas de una ley, carece de la función gráfica antes indicada, y deviene en un conjunto formado por adición. Ambos planes comparten un origen, pero con la evolución de la lógica del movimiento racionalista, el surgimiento del positivismo y la llegada de la modernidad, el plan sistemático fue definiéndose.

Por ejemplo, lo que distingue a las primeras compilaciones romanas de las “Institutas de Justiniano” es que descansan sobre una división conceptual entre personas, cosas y acciones”⁶⁶. “El Digesto consagra su primer libro a las fuentes del Derecho, la división de las cosas, el estatus de altos funcionarios, para continuar con la introducción de la instancia judicial, luego la reglamentación de diversas instituciones. El plan sistemático actualmente parece por lejos, ser el más difundido”⁶⁷. En el Código Civil chileno, por ejemplo, la remisión del derecho de personas, al derecho sucesorio, y de éste, al derecho patrimonial, son propias del plan sistemático.

El Derecho habido como mapa conceptual, sin materias preferentes, más ordenado según sus posibilidades comprensivas con base en lo estrictamente denominativo. El ir y volver entre los apartados y articulados de este código, según sea su remisión a conceptos y requisitos, suponen una lectura circular. Su centro es supra legal, la mención, la figuración de su lectura, la familiaridad en la expresión, el vínculo.

Continúa Cabrillac “El plan general de un Código posee una dimensión simbólica, reflejando la filosofía general de sus autores o, más simplemente, su concepción sobre la materia codificada”⁶⁸. Así según la cantidad de libros que ocupa la propiedad o cómo se tratan los bienes según las distintas clasificaciones, darán una forma de entender la sociedad civil. “Los planes de las grandes codificaciones del siglo XIX y principios del siglo XX, a saber la codificación francesa, la codificación alemana y por lo tanto la mayoría de aquellas que les siguieron, obtienen directamente su inspiración de los planes de las codificaciones

⁶⁶ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 269, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁶⁷ GAUDEMET, JEAN. Tentatives de systématisation du droit à Rome, Éditorial t31 1986, pág 26.

⁶⁸ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 267, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

romanas⁶⁹”. Ahora mucho se ha hablado de la influencias del Código Civil chileno, en efecto ellas conservan gran parte de la idea sobre el Derecho Romano, pero también podemos ver un plan que reflejaba la vida social, que el mismo Bello describe como agraria, y es que en lo agrario estaba la denominación de época, y así, las posibilidades comprensivas del lenguaje, y el vínculo, la lectura interesada, lo leído en común.

Subdivisiones Secundarias:

Al interior del Plan Sistemático, la división tradicional se efectúa en libros, títulos, capítulos, secciones, párrafos y artículos. Añade el profesor Rouhette “Sin embargo, se ignoran las vicisitudes lingüístico-culturales que le han dado una connotación legal al término artículo, que viene de una palabra del latín desprovista de significación jurídica particular, por sobre párrafo o sección”⁷⁰. Una vez tomado este término del derecho romano, fue el racionalismo el que consideró el artículo como un gran separador y ubicador de ideas. Pero además descansa sobre otra consideración política, el texto estaba destinado a ser votado artículo por artículo.

Esta división fue consagrada en el siglo XVII bajo la influencia de la escuela del Derecho Natural. Así Domat, influenciado por el Discurso del Método, propone “distinguir las materias del derecho y unir las según el rango que ellas tienen en el cuerpo que componen naturalmente: dividir cada materia según sus partes; y ordenar en cada parte el detalle de sus definiciones, de sus principios y de sus reglas”⁷¹.

El desarrollo clásico del código parece ir de lo general a lo particular, con el fin, siguiendo los consejos de Domat, de no anticipar nada, que no sea claro por sí mismo, un axioma no requiere estar precedido de todo lo que sea necesario para comprenderlo.

⁶⁹ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004, pág 270, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁷⁰ ROUHETTE GEORGE. “L article premier deslois, in les mots de la loi bajo la dir. de N. Molfesis, Francia, Editorial Fondo de cultura Economica, 1999, pág 39.

⁷¹ Les loix civiles dans leur ordre naturel, ed. 1776, CANDELIER “prefacio de Descartes en el discurso del método “dividir cada una de las dificultades y examinarlas en tantas parcelas resulte necesario y sea posible; para así mejor resolver Editorial Garnier.flammarion, pág 40.

Para Cabrillac cada subdivisión interna tiene relevancia jurídica “Como la elección de un nombre de un código, la elección de los títulos de las divisiones (partes, títulos, capítulos, secciones, párrafos...) incluso a veces de un artículo, produce consecuencias jurídicas. Aunque la antigua jurisprudencia, les niegue valor normativo, los títulos pueden al menos servir de guía de interpretación revelando la voluntad de los codificadores”⁷². El nombre o título de la norma, en nuestra legislación se vota en la comisión especializada, antes que pase a la sala para su votación en general y particular. Aunque muchas veces, el nombre de la ley viene desde el proyecto con la suficiente fuerza social como para ser incambiable.

El título como un separador anexo a la numeración, sirve para invocar el principio de especialidad. “El lugar de una disposición en relación a otra en un código, fue igualmente invocado como argumento a favor de la preeminencia o generalidad de la materia tratada en primer lugar”⁷³. Nuevamente el imperativo racional, de comenzar desde el axioma, para configurar elementos silogísticos que nos lleven a conclusiones casuísticas, confirma que las causas por las cuales se regulan ciertos comportamientos, estén como principios en las disposiciones preliminares.

Mensaje y disposiciones preliminares:

El mensaje de un Código, presente en casi todos los códigos de forma extendida, es un accesorio que no tiene valor normativo, salvo indirectamente por medio de una interpretación histórica de alguna oscuridad en lo dispositivo. El fin del mensaje o prólogo sería político y pedagógico. El fin político es evidente en el Código Civil al destacar la participación de sabios magistrados y jurisconsultos o de la vanguardia ilustrada de otras naciones que como en Chile sienten la necesidad de tener leyes en Códigos. También es pedagógico porque al exponer sus motivos, el codificador aclara las disposiciones del Código, lo que toma muchas páginas del mensaje de Bello. Ahora bien, no vale la pena

⁷² CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 275, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁷³ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 275, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

destacar otros accesorios de códigos comparados, por ejemplo, comentarios a las normas o un epílogo, porque ninguno de los nuestros presenta esos detalles.

En el mensaje de Andrés Bello se destaca que “Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que sea un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación las formas vivientes del orden social.

Continúa Bello “Los ensayos de esta especie que se han hecho desde un siglo a esta parte, resultando generalmente felices, nos animaban a emprender una obra semejante, con la ventaja de podernos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia. Presentado por fin el proyecto, lo sometí al examen de una comisión de sabios magistrados y jurisconsultos que se ha dedicado al desempeño de este encargo con un celo y asiduidad de que no se había visto ejemplo entre nosotros en casos análogos⁷⁴”.

Despejando la evidente influencia del Código Civil francés, o del eurocentrismo que vivía o vive Latinoamérica, lo primero que hace ver Bello es que los códigos son una necesidad periódica. Sin embargo, hoy el legislador no pierde energía en creaciones de ese tipo, salvo grandes reformas. Además Andrés Bello piensa que las modificaciones sustantivas son las que agotan al código y las fuentes de estas, pero no pierde la esperanza en que un código derive en otro, por la nueva necesidad de armonía y consistencia en relación con las formas vivientes del orden social. Aunque parezca verdadera la premonición de Bello, en rigor, su código civil luego de 157 años, sigue vigente.

⁷⁴ CÓDIGO CIVIL, mensaje, Santiago Chile, primer y segundo párrafo 1857.

Paradójicamente, para el poder ejecutivo ha sido más importante el orden de las leyes que para el legislador. Considérese que, es el Presidente quien, a través de Decretos promulgatorios otorga vigencia a estos cuerpos legales, añadiendo, de ser necesario, una refundación o un texto sistematizado, presentado de una manera distinta a la ley aprobada en el Congreso. Ello pasa por una mirada del Estado hacia sus propias leyes, y ofrece así, una ley mediada por su supervigilancia, y sus propios deberes públicos.

En seguida viene el título preliminar y el artículo primero que son la expresión de los componentes principales de un código. Así lo reafirma el Profesor Cabrillac “El código se articula alrededor de un plan general, que prosigue con subdivisiones y a la cabeza del cual juegan un rol particular disposiciones preliminares, estando sometido todo el conjunto a una numeración común⁷⁵”.

Estas disposiciones preliminares pueden ser principios filosóficos. El Código recoge en sus primeras líneas la esencia de su cultura jurídica, por ejemplo en nuestro código civil “La ley es una declaración de la voluntad soberana” Entrando de lleno en los fundamentos del derecho moderno, que pone acento en la creación del Derecho por el hombre. “Es necesario honrar la armonía”: de esta manera comienza el código de 17 artículos del príncipe shotoku, considerado como una de las primeras manifestaciones del derecho japonés (año 604 DC). Pero una de las disposiciones preliminares más honestas fue la del Jasaq promulgado por Gengis Khan: “el deber de los mongoles es acudir a mi llamado, obedecer mis órdenes, matar a quien yo decida. Aquel que no me obedezca tendrá la cabeza separada del cuerpo”⁷⁶

Retomando, uno de los artículos primeros de los diferentes proyectos de Código Civil en Francia disponía “existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, es la razón natural que gobierna a todos los hombres”⁷⁷. Este título muestra aún la influencia del derecho natural, pero de un modo racional y sistemático.

⁷⁵ CABRILLAC RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 266, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁷⁶ HOANG MICHEL. Gengis Khan, París, Francia Editorial Fayard 1998, pág 195 de 417.

⁷⁷ PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL, comisión del Gobierno de Francia, París, 1800, pág 12.

El profesor Cabrillac afirma que el factor ideológico creaba los axiomas y por ende se expresa claramente en las disposiciones preliminares “La mayoría de los códigos adoptados en los países de Europa del Este después de la segunda guerra mundial, consagran en sus disposiciones preliminares la determinante influencia de la filosofía socialista sobre el derecho positivo: “El sistema social socialista constituye el fundamento del derecho civil” dispone el artículo primero de los códigos civiles checos y rusos de la época, mientras que el artículo primero de la RDA enunció “El crecimiento continuo del nivel de vida material y cultural del pueblo, y la transformación de los ciudadanos en personalidades socialistas de formación multilateral, representan los objetivos primordiales de la sociedad socialista”⁷⁸.

En el Derecho contemporáneo los principios se han vuelto más técnicos, luego de los miles de fallos y pensamiento doctrinario sobre los mismos. En nuestro siempre cambiante Código del Trabajo, los principios como la libertad de trabajo, la no discriminación, son principios regulados por la Constitución pero que detalla el código en sí. Luego principios meramente laborales como el principio de realidad, levantamiento del velo y el pro operario similar al indubio pro reo del Código Penal, nos demuestran que son principios claramente regulados en las disposiciones preliminares que tienen un carácter técnico jurídico, conceptual y no prosaico.

Al respecto añade Portalis “El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica, establece en sus primeras disposiciones un verdadero sistema de fuentes del derecho y propone, igualmente, principios de interpretación”⁷⁹. De este modo, podemos visualizar concretamente en las disposiciones preliminares los objetivos generales de una fuerza política que busca normar una materia, los principios también entendidos por Aristóteles como causas, son del todo ideológicos, responden a una época y alcance técnico. Ahora bien, éstos sin perder su valor, quedan sujetos por las concretas normas numeradas.

⁷⁸ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 279, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁷⁹ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 pág 283, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

Numeración:

La numeración es un tipo de etiqueta que tiene por objetivo separar e indicar la ubicación de una materia. La influencia de la matemática moderna en el racionalismo, convenció a Descartes como a Leibniz que incluso servía para comprobar la existencia de Dios. La numeración en un inicio de los códigos, se debatía entre si debía ser continua o discontinua. Esto quiere decir que si en el mismo código los números debían mantener su serie de un libro a otro o incluso de un capítulo a otro. Por ejemplo, en nuestra constitución se dan ambos sistemas en el artículo 19 destinado a enumerar internamente los derechos fundamentales, sin perjuicio que todos los otros capítulos están numerados continuamente.

La mayoría de los códigos del movimiento codificador usan un sistema continuo, y esto no es fruto del azar, según Portalis, facilita la citación de un artículo designado por un sólo número y además traduce la unidad y la completitud del código: “Habrá únicamente una serie de números para todos los artículos del Código: pensamos que esta medida no debe en lo absoluto ser desdeñada. Ésta hace más evidente el carácter real de unidad adecuado para la obra; ahorra tiempo y reduce el esfuerzo de aquellos que estudian y aplican las leyes”⁸⁰. Para códigos que continuamente sufren modificaciones, como por ejemplo el citado Código del Trabajo o el Código Tributario, resulta un estorbo la numeración continua, debido a que deben incrustarse más numerales internos o letras y palabras como bis o ter. Aquello genera nudos retóricos o ripios como señalaría un poeta. Por ende, para este tipo de Códigos, se ha pensado en la doctrina que una numeración discontinua en cada título, podría soportar mucho mejor las modificaciones.

En el Derecho Contemporáneo encontramos un tercer tipo de numeración, la numeración indiciaria. La cual se refiere a letras que se anteponen a los números, respecto a la naturaleza jurídica de la institución o el carácter general o especial de la misma, referencias, etc. Este sistema que acompaña una numeración continua permite buscar las normas con dos variables que es similar a la usada en las ciudades y los domicilios. Por ejemplo, en el derecho societario, se transforman a siglas los diferentes tipos de sociedades,

⁸⁰ PORTALIS, JEAN ÉTIENNE. Discurso, *reunión de los derechos civiles*, París Francia 1844.

las cuales además se reconocen por un número, creando un álgebra bastante simple para bases de datos de reconocimiento rápido.

Indudablemente las relaciones internas de los artículos y el mapa general de un código difieren para el profesor Guy Braibant “este desajuste de unidades de medida, provoca sutiles problemas de principios y su aplicación, ya que chocan con los deseos de rapidez y de mejor accesibilidad perseguidos por la codificación de una materia⁸¹”. Por ejemplo, surgen problemas como el de nuestro código civil, respecto a si la regla general son las disposiciones de Responsabilidad Contractual o Extracontractual según el principio de especialidad y el argumento geográfico.

No obstante, trabajan sobreponiéndose y de ese modo se avanza materia por materia y no detalle por detalle. Asunto consecuente con la idea del Derecho como un conjunto de principios aunque sean de materias o naturalezas distintas. Al igual que los planes generales, desde la perspectiva de esta investigación, el álgebra permite todo tipo de símbolos mientras siga un orden lógico. De este modo, además, gracias a los procesadores de texto detallados en el cuarto capítulo, podrían convivir muchos órdenes que ayudarían a interpretar, ubicar y preguntar de mejor manera ante un hecho que genere efectos jurídicos. Por último, en matemáticas se estudia el grafo que enumera las aristas, es decir las líneas que unen un nodo con otro de información, por analogía, sería agregar un número a la referencia o envío que se encuentran en las fronteras o deslindes de un código con otro. Lo que permite diseñar mapas vivos de organización de ideas, y de esta manera, materializar los espacios de imparcialidad o justos existentes en la ley.

Los códigos son las esculturas del Derecho, depositarias y mensajeras de tesoros. “Existe un estilo legislativo, que se diferencia del estilo corriente y de otros estilos jurídicos como el estilo judicial o estilo administrativo⁸²”. Para Foyer, por ejemplo, se requeriría de una pluma “digna de tocar la ley” o para el citado decano Cornu, el código es un baño de juventud o planta de depuración. Debemos ser capaces como sociedad de realizar una obra

⁸¹ BRAIBANT, GUY. “Preface au onzieme rapport annuel de la commission superieure de codification” París Francia, año 2000, Editorial JO, 2000 pág 5.

⁸² CORNU, GÉRARD. Linguistique juridique, Montcherestien, Editorial Domat, 2º edición, 2000, pág 88.

que reflexione sobre sí, como Código, desde las destrezas jurídicas y todo el resto de tecnologías y modos de vida, del modo en que solitarios hombres han hecho obras maestras.

El Decano Cornu que basó su investigación de vida, no duda de la importancia de la forma de la Ley: “Los aportes de las reflexiones acerca de la técnica legislativa, cuyo objeto es la puesta en forma de la ley, ya no necesitan ser demostrados⁸³”, ya que codificar “es una manera tan sublime de cultivar la legislación, que el examen profundo del método depende igualmente de la búsqueda de los caracteres específicos que lo distinguen de otras corrientes modernas de codificación⁸⁴”. El argumento moderno, la valoración de la técnica, irían a favor de la eficiencia social de prevenir conflictos, pese a que vivamos en una época de imbricación, ecléctica para algunos, pero sin duda rica en intercambios de conocimientos. Lo que debería verse en el código, como valor de la sociedad actual.

CAPÍTULO III: DE LA LÓGICA FORMAL A LA PLURALIDAD DE MÉTODOS JURÍDICOS.

El empeño enciclopédico, racional y sistemático de la ilustración, el surgimiento de las megaciudades y con ello economías libres, serviría de escenario perfecto para el surgimiento del positivismo. Desde la doctrina política de Thomas Hobbes y el movimiento codificador. Para resumir el Positivismo Jurídico y con ello comprender a sus detractores, será necesario un esquema de las tesis del positivismo y su respectiva escuela crítica.

Pero antes recordemos que el movimiento racionalista propuso resolver, leyes contradictorias y sobreabundantes; un Derecho no legislado, sin seguridad jurídica y casuístico que dejaba muchas lagunas. La idea de reunir el Derecho a través de la elaboración de códigos sistemáticos, para Bentham era indispensable en la búsqueda de la utilidad de la legislación. Sólo en las materias donde el Código es sistemático, son pocos los criterios ajenos a él y serán transparentes para incorporarse a la solución de un conflicto sin perder el trazado imparcial o la generalidad de la ley.

⁸³ VIANDIER ALAIN “Sobre la utilidad de la técnica legislativa” 1998, España, Editorial CF, pág 11.

⁸⁴ CORNU GÉRARD “Codification contemporaine: valeurs et langage, in L’art du droit en quete de sagesse, Francia Editorial PUF, 1998, pág 357.

Por otro lado, la palabra “sistema” se refiere a un conjunto de ideas o conceptos organizados y aquello que le daría el carácter de organizado a un sistema jurídico, en aquellos tiempos, fue la Lógica Formal y no otra que la Aristotélica. A grosso modo la Lógica son las reglas del entendimiento, o como se pensaba en la antigüedad, las leyes ideales de la razón y el arte de aplicarlas correctamente a la investigación y demostración de la verdad. Para Régis Jolivet en tanto “La lógica puede comportar dos puntos de vista: o bien busca determinar las condiciones universales de un pensamiento coherente consigo mismo (lógica formal); o bien, se aplica a definir los métodos exigidos en cada disciplina particular por los diferentes objetos del saber, a fin de conseguir, no sólo la coherencia, si no también la verdad (lógica material)”⁸⁵.

Fue gracias a la lógica que se deja atrás el problemático caso a caso y se empiezan a generar proposiciones generales, de índole anticipatoria y deductiva. De este modo es el silogismo formal, definido por dos proposiciones y una conclusión, el centro de la lógica formal. [Todo A es a B, todo B es a A, por tanto, A es a C]. Que la conclusión sea la consecuencia necesaria de las premisas, ha sido comprendido como el aspecto deductivo de la lógica formal. El silogismo deductivo es infalible si las premisas son verdaderas, ya que no podrían tener una consecuencia falsa. Aquí viene la razón del axioma como la primera capa del sistema jurídico expresado en la definición de sus grandes conceptos.

Para el Profesor Elias Diaz, en su tratado de filosofía y sociología jurídica, del cual me apoyo en este capítulo señala “La lógica formal, del tipo puro, a priori, por consiguiente, la lógica tradicional de lo racional tiene ciertamente empleo necesario y correcto en el tratamiento de las formas jurídicas, es decir, en la aclaración y en el análisis de los conceptos jurídicos puros, de los esenciales como son, por ejemplo, los conceptos de norma jurídica, relación jurídica, persona y persona jurídica, acto jurídico, supuesto jurídico, consecuencia jurídica, etc”⁸⁶.

La otra forma básica de razonamiento lógico formal, es el inductivo, que establece como inferir generalizaciones confiables de los hechos. Al pasar de lo particular a lo general,

⁸⁵ JOLIVET REGIS. Tratado de filosofía I: lógica y cosmología, Buenos Aires, Argentina, Editorial Carlos Lohle, 1960 pág 29.

⁸⁶ DÍAZ ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 449-96.

un razonamiento inductivo no puede garantizar la transferencia de la verdad de sus premisas a la conclusión. Aristóteles no pudo encontrar un método formal para su validez o al menos, los requisitos para que se exprese la verdad a través del razonamiento inductivo. Si bien los Estoicos aportaron la clasificación de la lógica, incorporando la lógica proposicional o predicativa, Kant hacía observar en 1787 “que desde Aristóteles la lógica no había podido dar un solo paso adelante y que, por tanto, según toda verosimilitud podía darse ya por conclusa y perfecta”⁸⁷.

Sólo desde la lógica, el axioma y el silogismo deductivo llegaron al movimiento codificador. En este sentido Stuart Mill autor del libro Sistema de lógica deductiva e inductiva manifiesta “Bajo el imperio de un código escrito, el juez no tiene que resolver cuál será intrínsecamente el mejor partido en el caso particular, sino tan sólo el artículo de la ley que le es aplicable, lo que el legislador ha dispuesto en el caso análogo”⁸⁸. Se empieza a vislumbrar con ello una línea central del positivismo jurídico, la primacía de la ley por sobre el juez, del cual se desconfiaba desde el medioevo. La autonomía de la voluntad a la vez tendría fuerza legal y el juez debía atenerse a ella.

Quien defendió la superioridad del legislador, como creador del Derecho fue la escuela de Exégesis en Francia, que como su nombre indica, se concentraban en encontrar el significado del celebrado código de Napoleón. “La función del juez y del jurista en general, se limita, de acuerdo con la llamada teoría de la subsunción, a una labor casi mecánica de aplicación, repetición de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción”⁸⁹.

En paralelo surge la lógica moderna, lógica simbólica o matemática “Todos los lógicos anteriores -anota Jolivet- no se preocuparon más que de la lógica deductiva, mientras que los métodos de inducción iba a tomar, a partir del siglo XVII, una importancia capital, a causa de la llegada del saber positivo”⁹⁰. “El análisis matemático parece que al fin, ofrecía pruebas convincentes sobre la disolución de los universales, vieja aspiración del

⁸⁷ KANT INMANUEL, *Critica a la razón pura*, prólogo, F Meiner Verlag, Hamburgo 1956 pág. 14.

⁸⁸ MILL, STUART, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, Madrid, España, Editorial D. Jorro 1917 pág 670.

⁸⁹ DÍAZ, ELÍAS *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 115.

⁹⁰ DÍAZ, ELÍAS *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 87.

nominalismo. Estos se desintegran con relaciones y sistemas plurales de relaciones, perfectamente cuantificables. La lógica de relaciones, venía a sustituir a la vieja lógica silogístico-deductiva necesitada de la solidez sustancial de los universales. Y esto habría de tener también su importancia para el Derecho”⁹¹.

Sin perjuicio de lo señalado por Elias Diaz, no fue hasta 1789 donde Gottlob Frege publica Ideografía donde sienta las bases de la lógica moderna y en 1884 con la publicación de fundamentos de la aritmética que reafirma los fundamentos filosóficos de la matemática, que recién podríamos hablar del nacimiento de una lógica moderna, la cual tardó décadas en verse observada por el mundo Jurídico y el primero en utilizarla como insumo fue Larenz. Recién en 1990, a través del desarrollo de muchos software la aplicación de una lógica moderna en el mundo jurídico, tendría una aplicación pura.

Esto no afecta el estatus de ciencia, que se le otorgó a lo jurídico, la lógica formal de la codificación y su metodología, creció en paralelo a un sin número de críticas y nuevas lógicas, las cuales decantaron en el pluralismo metodológico del Derecho Contemporáneo. Para esquematizar esta dialéctica propia del Derecho, me basaré en los criterios de Norberto Bobbio y su libro “el positivismo jurídico” en el cual distingue tres aspectos integrados y paralelos del mismo, que permitirán luego absorber de forma ordenada a sus detractores. Diría Bobbio:

1) El positivismo es una metodología para el estudio del Derecho:

Se caracteriza por la distinción, entre el Derecho que es y el que debe ser, y por la reducción del objeto de la ciencia del Derecho al primero. Se caracteriza por excluir los juicios de valor, el positivismo jurídico deriva del esfuerzo de transformar el Derecho en una auténtica ciencia. El primero en clasificar los juicios, fue David Hume, quien separó los juicios de hechos de los juicios de valor, que son siempre subjetivos. Por último, otra consecuencia de esta neutralidad valorativa, es la separación del Derecho y la Justicia. La justicia para algunos es un tema meramente moral y para otros positivistas como Kelsen, se identifica con la Ley, pero nunca sería una emoción natural y si lo fuera no tendría valor. “El jurista estudia el Derecho real, sin preguntarse sobre si existe un derecho ideal (o un ideal de

⁹¹ DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 88.

justicia) sin examinar la correspondencia del primero con el segundo y sobre todo, sin hacer depender la validez del Derecho real de su adecuación al ideal”⁹².

2) El positivismo es una teoría del Derecho que comprende distintas tesis:

- a) Tesis de la coactividad del Derecho o llamada también como Tesis de la vigencia social:

¿Cuál es el derecho vigente? El que se encuentra protegido por la fuerza y su poder político.

- b) Tesis legalista: La ley es la fuente exclusiva de calificación jurídica.

No hay Derecho fuera de las leyes. El Derecho es un sistema rígidamente organizado, en el que una norma sólo puede pertenecer al sistema, si los actos por los que ha sido creada han recibido de otras normas el poder de crear Derecho.

- c) Tesis imperativista: Las normas se conciben como mandatos:

Si bien esta tesis no es unánime entre los positivistas, la Escuela de la Exégesis y Hobbes fueron sus principales promotores. Pero por ejemplo Hart, en su obra el concepto del Derecho formula la distinción entre normas primarias y secundarias, siendo las primeras mandatos y las segundas de tres tipos, normas de reconocimiento, de modificación y de adjudicación que vienen a corregir defectos de las normas primarias. En este sentido hay autores positivistas que permiten leyes potestativas.

- d) Tesis de la Plenitud del Ordenamiento Jurídico:

A partir de las normas que se contienen en el ordenamiento, el juez puede resolver todos los problemas que se le planteen. No existen lagunas.

- e) Tesis de la coherencia del ordenamiento jurídico:

No pueden existir antinomias o contradicciones en el ordenamiento, porque si se encuentran, una de ellas no sería válida. La asociación de un supuesto de hecho a una

⁹² BOBBIO, NORBERTO, “El problema del positivismo jurídico” Buenos Aires Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, pág 113.

consecuencia jurídica se aplica de forma disyuntiva, es decir, se aplica o no se aplica en su totalidad, de forma cerrada, por eso no es posible tener normas contradictorias según el positivismo. Y el principio de no contradicción de la lógica clásica, también alude a que no puede existir una proposición que sea verdadera y falsa a la vez y el principio del tercero excluido define, que sólo hay proposiciones o verdaderas o falsas.

f) Tesis de la aplicación mecánica de las normas:

El juez no crea derecho si no que se remite a una aplicación mecánica. Consiste en subsumir el hecho de la realidad a una norma que tiene consecuencias jurídicas. Ahora bien, concorde al mundo anglosajón y su concepción judicial del Derecho, el pensamiento jurídico inglés, sin perder sus raíces empírico sociales, ha sido fundamentalmente jurisprudencia analítica, filosofía analítica del Derecho, en efecto desde J. Bentham y John Austin, lo central será allí la idea de norma entendida como mandato imperativo del soberano.

En nuestro sistema continental el análisis vino desde la reflexión de la Filosofía del Derecho. Se comprendería una diferencia entre el silogismo como unidad básica de la lógica formal, con el silogismo jurídico a saber, un supuesto de hecho tiene consecuencias jurídicas, por ende, el hecho real debe coincidir con el supuesto, para que un hecho real podamos asignarle consecuencias jurídicas. Por ello cada problema jurídico, sólo tiene una respuesta correcta, aunque esta respuesta sea contradictoria con una situación análoga de otro tiempo.

3) El positivismo jurídico es una ideología sobre el Derecho:

Para Thomas Hobbes, padre del positivismo: “Se entiende que el Derecho, por el mero hecho de emanar de la voluntad del gobernante, es justo”⁹³. O bien porque se entiende que el Derecho positivo, sea justo o injusto, es valioso para la consecución de ciertos fines sociales, como el orden o la paz. En consecuencia, las normas jurídicas deben ser obedecidas.

⁹³ HOBBS, THOMAS, *Leviatán*. Madrid, España, Editora Nacional 1980, pág 268 de 723.

La obediencia al Derecho es un deber moral, de consciencia, que debe cumplirse por respeto a la ley y no sólo por temor al castigo.

El positivismo lógico, con el paso del tiempo buscaría otras formas menos ortodoxas de comprender el Derecho como vimos con Hart o incluso con algunas ideas de Ihering que veremos a continuación, sin embargo, su aporte y creación de escuelas como la Escuela de Exégesis o la de Jurisprudencia Conceptualista derivarían en lo que la doctrina del Siglo XX denominaría como El formalismo en la Ciencia del Derecho.

Para el profesor Elias Diaz, que sigue en su tratado a Karl Larenz, menciona que: “La jurisprudencia Conceptualista preocupada por el rigor lógico en la construcción de los conceptos, de las instituciones y de los sistemas jurídicos ha supuesto, sin duda, una válida contribución a una moderna formalización científica de los conocimientos jurídicos. Como expresión y, a la vez, exigencia del Estado liberal, dichas tendencias han contribuido igualmente a una mayor seguridad en la protección jurídica de los derechos fundamentales del individuo. No es extraño que las reacciones antiformalistas y, sobre todo, anti normativistas hayan sido con frecuencia reacciones, al propio tiempo, antiliberales, no faltando sin embargo, excepciones a esta regla”⁹⁴.

Las funciones del formalismo y normativismo son: buscar un rigor lógico donde podamos entender la organización que nos rige como sociedad, una coherencia científica para los juristas que provea de mecanismos de renovación y reconocimiento de la norma y cuyo único fin social sea el orden y la paz.

CRÍTICAS A LA CODIFICACIÓN.

Para Ost y Van de Kerchove, que escribieron un libro que comparte la tesis de esta memoria, respecto del proceso codificador: “Lo que hoy parece en crisis, no es la propia codificación, si no el enfoque positivista propia de la codificación, que de hecho, concierne los dos avatares que la doctrina contemporánea opone ferozmente: la codificación modificación y la codificación compilación. Los autores que hoy dudan de las virtudes de la codificación no se equivocan, al constatar que las condiciones que permitieron el desarrollo

⁹⁴ DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974, pág 117.

de las codificaciones, de los siglos XIX y XX, simplemente ya no se cumplen. Los cuatro paradigmas en los cuales descansaba la empresa de codificación en la época en la que ésta triunfaba (monismo jurídico, monismo político, racionalidad deductiva y lineal y temporalidad prometeica) ¿No están acaso profundamente trastocados?”⁹⁵ .

Si bien los paradigmas aludidos siguen vigentes, utilizo la cita para ver cómo se identifica en la Historia del Derecho y en la doctrina el movimiento codificador con el positivismo jurídico. Del mismo modo, en contra del afán enciclopédico o la tesis de completitud del ordenamiento jurídico, surgieron críticas a la motivación sistemática “La utilidad de las codificaciones del siglo XIX ha sido cuestionada. Los autores han argumentado que no aportan plusvalía a las leyes que debería superar. Geny por ejemplo, duda que la codificación pueda aumentar la eficacia de la legislación, de la cual, no es más que una forma particular y accidental⁹⁶. “El código no constituye más que un múltiplo de la ley, por tanto, es incapaz de poseer más virtudes que esta última”⁹⁷.

Geny se opuso a la escuela de la Exégesis y en línea con el finalismo, crítica: “el fetichismo de la ley” frente a ello resume Legaz “es preciso para Geny que una libre investigación científica por la que se hagan valer los datos irreductibles del Derecho Natural, ayude al Juez a colmar las lagunas que todo Derecho positivo deja necesariamente vacías⁹⁸. Françoise GENY sería el pionero de la Sociología del Derecho en Francia a finales del siglo XIX.

Para el profesor Terré, fue la misma tesis legalista del positivismo la que lo terminó perjudicando “La desacralización y la desestabilización de la ley, han pervertido la racionalidad del Derecho y como consecuencia han socavado los cimientos de los códigos”⁹⁹.

⁹⁵ VAN DE KERCHOVE, MICHEL y OST FRANCOIS, El sistema jurídico entre orden y el desorden, Madrid España, Editorial Universidad Complutense de Madrid (UCM) 1997 pág 116 de 213: “La concepción misma de Código, construida como otros tantos monumentos aislados y autónomos, descansa sobre un triple cierre, espacio estatal, tiempo estable y orden fundado en la Ley”.

⁹⁶ GENY, FRANCOIS. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018, pág 418.

⁹⁷ CABRILLAC, R Las codificaciones, Santiago Chile, ED Flandes Indiano 2004 pág 167, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

⁹⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. Filosofía del Derecho, Barcelona España, tercera edición Editorial Bosch 1953, pág 114 de 687.

⁹⁹ TERRÉ FRANCOIS, “La codificación de la Revisión Europea del Derecho Privado” Madrid, España, Editora Nacional 1993, pág 40.

La Ley, tendría como efecto una inflación legislativa que sería imposible de frenar y por ende sería necesario constantemente estar codificando para solucionar el problema. Para Cabrillac: “De esta manera, habría en esa proliferación de códigos, un indudable signo de regresión del derecho, incapaz de frenar la crisis de las fuentes del Derecho, producto de la proliferación de textos que se confunden y colisionan en un proceso en constante aceleración, la codificación construirá así una forma, superada de la legislación”¹⁰⁰.

Un grupo de autores concluyen que la crisis de la Ley como única fuente del Derecho y por otra parte el monismo legal pregonado por el positivismo jurídico sería un solo problema. A este respecto Cabrillac señala que: “El problema en ese entonces y podemos decir que ahora también, es el monismo legal. La codificación borraría en un breve periodo, la costumbre y la doctrina, la primera habría servido como una concesión al pueblo para manifestar las reglas jurídicas”¹⁰¹.

Pero Hart bien dijo, que la costumbre no es contraria al positivismo siempre que esta no sea contraria a la Ley, porque la legislación responde a normas de reconocimiento o de cambio, sus autoridades junto a la sociedad también se renuevan dentro de un sistema jurídico integrado. Todo ello distingue a la Ley como fuente formal de la ley que pudiera estar en crisis, así vemos que la prueba legal y tasada está siendo superada por la sana crítica, sin afectar a la Ley como fuente formal. Es decir, el monismo legal y crisis de la Ley como fuente del derecho a mi modo de ver son problemas distintos y con ello, considerar a la Ley en sí como problemática sería antidemocrático mientras que, constatar al monismo legal como superado, es propio del positivismo, que mantiene su identidad así las leyes muten.

Según Natalino Irti: “la sistemática emanación de leyes que deberían entrar en el ámbito del Código Civil, origina una especialidad de reglas autónomas muchas veces ni siquiera fundamentadas fuera del código mismo, en un proceso de adelgazamiento o descodificación”¹⁰². De ello también podemos agregar como crítica, que el positivismo no

¹⁰⁰ CABRILLAC, RÉMY. Las codificaciones, Santiago Chile, Editorial Flandes Indiano 2004 Pág 343, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

¹⁰¹ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont>

¹⁰² IRTI, NATALINO “L’età della decodificazione”. Milán Italia, Editorial Giuffrè, 1999, Cuarta edición, pág 220.

previó un oximorón de la democracia, el legislador ignorante. Paolo Grossi reuniendo a los detractores de la codificación del 1800 reaccionaron contra la idea de un solo sujeto jurídico: se dieron cuenta que faltaban categorías, comenzaba la etapa del derecho social, que en el mundo modificó constituciones, pero en Italia modificó maneras de pensar en la doctrina privatista.

En Alemania la lógica moderna y metodología jurídica nace con la escuela histórica, así como vimos la escuela exegética en Francia. Una y otra responden a diferentes motivos: la escuela exegética se construía en torno al Código de Napoleón; la escuela histórica en cambio, se muestra en decidida lucha contra la codificación; aquella es expresión del racionalismo, ésta es más bien de carácter romántico. Todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres decía Savigny (centro de la escuela histórica) a los cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de derecho consuetudinario: “esto es que el Derecho se crea primero por las costumbres y creencias populares y luego por la jurisprudencia, siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”¹⁰³.

Tomás y Valiente también se dio cuenta de esta inautenticidad social del Código Civil, porque el código responde a las verdaderas convicciones ideas e intereses de sus autores “pero no tiene una auténtica procedencia de las entretelas de la sociedad”¹⁰⁴. Para esta escuela el Derecho es, sobre todo, expresión de un “espíritu popular” que emana de la idea romántica de la colectividad considerada como organismo, no tanto físico (direcciones del organicismo biológico) si no ético- espiritual.

Continuando la lectura de la crisis de la codificación y la historia del Derecho el profesor Narvaes señala “Entre estos autores Grossi y la modernidad italiana estudian a Enrico Cimbali “el jurista debe ordenar lo social partiendo de la sociedad misma que está en movimiento” “el código queda sobrepasado en cuanto nace”, a Carlo Francesco Gabba le parece que “El código es imperfecto pero necesariamente imperfecto, porque el texto no

¹⁰³ SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho. Madrid España, Editorial Universidad Carlos III de Madrid. 2015 pág 135.

¹⁰⁴ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont>

corresponde a la realidad”. Vincenzo SIMONCELLI propone la interpretación evolutiva desde la elaboración de la norma hasta su aplicación y GROSSI también sumó a Emanuele Gianturco quien decía: “es una amarga burla hablar de libertad de la voluntad y de la igualdad del Derecho a quién muere de hambre en los campos y la calle”¹⁰⁵. Tan simple como afirmar que lo que se sanciona y garantiza por ley, en el hecho, no está sancionado ni garantizado. El agente investido por Ley para aplicarla, no puede, en el hecho aplicarla, y la publicidad de la ley, no es sino una consulta a la Ley, como un llamado a la lectura.

La escuela de la Exégesis asigna un rol de intérpretes del código al Juez y jurista, añadiendo al positivismo un rol subjetivo a la subsunción. A la escuela italiana de crítica moderna, esto no le pareció una concesión muy favorable, “parece una limosna que el Estado hace a quién no había sido una figura en la elaboración del derecho”. De este modo se empieza a conformar en toda Europa una posición final y realista del Derecho. Es decir, se establece que el derecho busca ideales y la solución de los problemas de sus ciudadanos. Dicha postura llega a Chile como recoge Bravo Lira: “si en un derecho de juristas pudo ocupar el juez una posición central, en un derecho legislado pudo en cambio ser relegado a una posición marginal, esta comodidad del juez ha llevado a la legalidad por la legalidad vacía de contenido, sirve por igual a todos los gobiernos, el aumento en número de leyes corre a parejas con su descrédito, con la pérdida de respetabilidad”¹⁰⁶.

Sin perjuicio, ante la legítima pregunta por la eficiencia del Juez, tanto como órgano del costoso Estado, como por el confinamiento de su inteligencia a la lectura, el mismo liberalismo de un siglo después corregiría a sus mentores cuando se mide el costo de la solución. Si bien, las hay mejores en el mismo código y fuera de él, no siempre el juez obligado a elegir el artículo, encuentra el mejor, tanto por su capacidad o por la del legislador u otros intervinientes. Por ejemplo, la lesión enorme como acto objetivo que establece una proporción única, en la compraventa de bienes raíces en contra de la autonomía de la voluntad

¹⁰⁵ *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont>

¹⁰⁶ BRAVO LIRA BERNARDINO. “Puntuales de la codificación en el Viejo y en el nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile, pág 101 en el “código civil de Chile (1855-2005”, Alejandro Guzmán Brito, Santiago de Chile, Lexisnexis 2007.

y el *pacta sunt servanda*, es tan estricta que un juez no podrá establecer otra proporción, aunque el análisis económico del derecho llegue al precio justo, sino que debe subsumirse al tenor literal de la ley.

Para el Profesor Fabio de Siebeichler la crisis de la codificación es inevitable “La codificación vive una crisis que difícilmente podrá ser sustituida y superada en su parecer, siempre tendremos una codificación deficiente porque esta se ha vuelto una categoría útil asociada al principio de continuidad de un sistema jurídico. la única manera que se nos ha ocurrido en el último siglo para ordenar nuestro derecho privado”¹⁰⁷.

Estas críticas, se pueden clasificar en tres, una crítica metodológica de aquellas que apelan al monismo legal, una teórica, respecto a la completitud, aplicación mecánica por parte del Juez y por último también una política o ideológica apelando a la realidad social y a una búsqueda de la justicia por parte del Derecho. De esos autores muchos buscaron compatibilizar sus principios con los del positivismo jurídico, como SAVIGNY, pero también hay muchos antagonistas, todos formaron sus propias metodologías y escuelas.

Para el Elias Díaz cabría diferenciar a lo largo de la toda la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico, claramente sobre todo desde Roma, dos tipos fundamentales de aproximación, aplicación y realización del Derecho “uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir desde esa norma de carácter general, la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva, en cierto modo exterior a la norma: aquella de los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico. En el primer supuesto, lo decisivo, es el procedimiento lógico de carácter silogístico-deductivo; en el segundo, lo decisivo es la realización de esos intereses, fines y valores descubiertos y actuados por el intérprete y aplicador del Derecho con respecto a cada caso concreto de la vida real”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ DE SIEBEICHLER ANDRADE, FABIO. Crónica de la codificación, Porto Alegre, Brasil. Editorial Livaria do Avogado, 1997. pág 173.

¹⁰⁸ DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 113.

PLURALIDAD DE MÉTODOS.

Savigny, en su famoso libro *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, dice: “que el Derecho es producto de la vida social y no una idea abstracta que pueda fijarse en fórmulas rígidas del código. La codificación detiene el desenvolvimiento histórico e impide su ulterior evolución, resultando inútil, porque se ve rebasada por nuevas producciones espontáneas del pueblo”¹⁰⁹. Esta crítica se basa en la que hizo al racionalismo Giambattista Vico, porque los fundamentos del movimiento codificador ya expresados, en realidad responden a un registro lógico formal de la ley y por ende a una sistematización abstracta del Derecho.

Al respecto y para comprender el origen de la respuesta finalista- real o social al positivismo, los profesores Elías Díaz y Theodor Viehweg de la última mitad del Siglo XX, recogen estas ideas de Vico para criticar a la lógica formal. A este respecto Díaz señala: “Tomando como punto de partida la distinción hecha por Vico en 1708, entre método antiguo (retórico-tópico) y método nuevo (aludiendo con ello no a los novísimos métodos experimentales, sino sólo al axiomático-crítico cartesiano), Viehweg vuelve atrás en su análisis para ocuparse del sentido de la tópica en la obra de Aristóteles y Cicerón, dentro del mundo antiguo, después en el mundo medieval (glosadores y comentaristas) y finalmente en el Ars Combinatoria de Leibniz. En el mundo moderno, señala Viehweg, la tópica casi desaparece- Leibniz en su etapa inicial sobre todo, será el último que se ocupará de ella- Imponiéndose (more matemático) el método axiomático-deductivo propio del racionalismo”¹¹⁰.

En su libro “tópica y jurisprudencia” Viehweg señala que “Vico caracteriza el nuevo método desde el *primum verum* (el axioma), que por definición es autoevidente. El desarrollo ulterior se hace de acuerdo con el modo de la geometría, es decir, conforme a los cánones de la primera ciencia estrictamente demostrable y, en lo posible, mediante largas deducciones en cadena (sorites). El método antiguo (tópica) tiene, en cambio, el siguiente aspecto: el punto de partida lo forma el *sensus communis* (el sentido común) que manipula con lo

¹⁰⁹ SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid España, Editorial Universidad Carlos III de Madrid. 2015 pág 135.

¹¹⁰ DÍAZ, ELÍAS *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 102.

verosímil, intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tónica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos.

Las ventajas del nuevo tipo de estudios consisten, según Vico, en la agudeza y en la precisión, con la condición que el *primum verum* sea efectivamente un *verum*. Las desventajas, sin embargo, parecen predominar, pues produce pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y la retentiva y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista. Se tiene que intercalar, dice Vico, el viejo modo de pensar tónico en el nuevo, pues éste sin aquél no puede lograr una verdadera efectividad”¹¹¹.

Para Juan García, “El Derecho no se puede desvincular de las circunstancias y necesidades sociales y de las peculiaridades de cada caso”¹¹². Lema que siguió la doctrina del Derecho Libre y la Sociología del Derecho a comienzos del siglo XX para criticar el formalismo lógico que buscó con tanta ansias el Positivismo, principal responsable del movimiento Codificador del XIX y XVIII. La crítica se refiere a la “equiparación injustificada del proceso cognitivo o de colección de materias, al procedimiento conclusivo lógico-formal y a una técnica mecánica de subsunción de la ley; en último término, por tanto, al concepto positivista de ciencia”¹¹³.

Bullock, Ehrlich y los representantes del movimiento del Derecho Libre, se dieron perfectamente cuenta de que el enjuiciamiento de un caso jurídico casi siempre requiere más que una “deducción lógica”, es decir, que un argumento de subsunción. Tanto el Juzgamiento del caso particular, como la interpretación y desarrollo de la ley en la Ciencia del Derecho, son de hecho tareas creadoras¹¹⁴. La ley es ineficiente respondiendo los problemas, su fin es anterior y más bien ayudaría a salir del conflicto. En ese punto no sólo estas escuelas, concuerdan con la que la ley como regla general es un *lago, demasiado ancho y demasiado estrecho* como diría Fuchs, hecho de palabras, alienado.

¹¹¹ VIEHWEG, THEODOR. *Tónica y Jurisprudencia*, Madrid España, Editorial Taurus, 1964, pág 27-28.

¹¹² GARCÍA AMADO JUAN. “Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre”, proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, “La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho” 1994 pág 7.

¹¹³ LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid España, editorial Tecnos 1994, pág 84.

¹¹⁴ LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid España, editorial Tecnos 1994, pág 86.

Ya Ehrlich había dicho que la palabra es una herramienta imperfecta del pensamiento y nadie ha conseguido dominar las cosas por medio de ellas¹¹⁵. “Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura álgebra conceptual y no se necesitaría ni un sistema de recursos o ni una legión de abogados”¹¹⁶

¿Qué evidencia el desfase de la ley con la función jurisdiccional? El derecho libre y la sociología del mismo, remarcan la especialidad de cada caso; como diría Fuchs “Toda regla jurídica está pensada para un caso normal, pero circunstancias especiales demandan una salida especial porque la ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida y cuando la ley o la costumbre no fueron pensadas para un caso, resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma¹¹⁷”. La reivindicación de la costumbre no como fuente de la ley, sino como fuerza social, es la fuente inagotable del Derecho, porque los actos de la compraventa, antes que la ley los regulará como un contrato, ya se realizaban con las mismas palabras. Es decir, la costumbre es la dinámica social que al cambiar modifica los hechos y hace desajustarse constantemente al precepto legal. La función creativa del juez, es aquella que lo habilitaría para proporcionar los influjos de la ley y la costumbre, en una innovación no de materia, sino de nuevos órdenes, y del descubrimiento de la justa medida de elementos proporcionados por ambas fuentes de Derecho.

La norma debe anticiparse para crear un espacio de imparcialidad al Juez. A diferencia del concepto puro, que captura la representación del problema, en base a inferencias. A esta razón, el axioma normativo antes de ser desarrollado a través de conceptos que a la hora de aplicar la ley al juez se imponen, debiese conceder al juez un espacio de autonomía, en tanto, le asegure un mínimo legal, un límite desde el cual el juez pueda actuar libremente, utilizando conceptos legales armonizados con prácticas y conceptos consuetudinarios. El juez, como se ha dicho, en este sentido, crea derecho, según reconoce en el caso un balance entre las distintas fuentes del derecho.

¹¹⁵ EHRLICH EUGEN “Freie Rechtsfindung und freie rechtswissenschaft” Leipzig, Editorial Aalen, 1987 pág 27.

¹¹⁶ FUCH ERNST. “Schereibjustiz und Richterkonigtum”. Leipzig, editorial Teutonia, 1907 pág 115.

¹¹⁷ FUCH ERNST. “Schereibjustiz und Richterkonigtum”. Leipzig, editorial Teutonia, 1907 pág 122.

El percepto,¹¹⁸ neologismo inventado por Delleuze, es una red sensible que acompaña la realización de conceptos. “Es fundamental para el nuevo método, que se prescinda de todo intento de enmascarar las valoraciones bajo el manto de una técnica objetiva y que las valoraciones que el Juez realice se hagan explícitas y se sometan a la discusión abierta. El Derecho Libre, exige que los verdaderos fundamentos de la decisión se sometan a la abierta contraposición de opiniones¹¹⁹”. Estos son los fundamentos que acompañan a la escuela denominada neoconstitucionalista, que en nuestra contemporaneidad abre la oficina del juez al territorio y su sentencia al activismo.

La verdadera ciencia jurídica es una ciencia de la experiencia: “es una ciencia basada en la observación y de carácter real-inductivo¹²⁰” sobre el carácter inductivo existen críticas, pero si se observa que la inducción es parte de la sensibilidad jurídica, no habría nada que temer, Fuchs plantea su modelo como una ciencia natural en sentido amplio, no es ciencia de normas¹²¹. En el mismo sentido propone la construcción de conceptos desde la observación y no como precepto, los que “funcionarán como indicadores que se modificarán en cada momento según el progreso del conocer¹²²”. No es una ciencia de la escritura y oratoria, es ciencia aplicada y lo que la distingue frente a las demás ciencias del mismo carácter es el mayor peso que en ella cobra, lo ético, lo intelectual y al igual que en la medicina, en la ciencia jurídica, teoría y praxis se dan inseparablemente¹²³.

De esta manera pone el foco en dos situaciones aparentemente distintas, primero en revelar los hechos con pruebas inteligentes llegando a la verdad más acabada y la correcta adecuación del caso concreto a las necesidades o circunstancias sociales. La ley como articuladora de estos principios debería coordinarse para que el fin del Juez sea tratar esos problemas y no conflictos propios a la mala realización de la misma. Pero en este sentido la

¹¹⁸ DELEUZE GILLES, “El abecedario de Gilles Deleuze” [en línea] videoentrevista [fecha de consulta 20 de julio del 2021]. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dsGF3btWi04&t=1352s> París, 1998, min 30.

¹¹⁹ FUCHS ERNST “Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz” Karlsruhe, Editorial, G. Braunsch, 1909 pág 195.

¹²⁰ FUCH ERNST “Schereibjustiz und Richter Königtum”. Leipzig, editorial Teutonia, 1907 pág 130.

¹²¹ KANTOROWICZ, ERNST “Der kampf um die rechtswissenschaft” Berlin, Editorial Heidelberg. 1906, pág 52.

¹²² FUCHS ERNST “Von scholastischer Jurisprudenz zu erfahrungswissenschaftlicher Rechtskunts, Editorial Die Tat, 1923, pág 98.

¹²³ FUCHS ERNST. “ Juristischer Kulturkampf”, Karlsruhe, editorial G. Braunsch 1912, pág 13.

formación del Jurista diría Fuchs, debe centrarse en dos ejes, la psicología jurídica, propia del conocer lo más acertadamente a las partes para llegar a la verdad, y todas las ramas de la sociología jurídica, incluyendo la economía política¹²⁴, a las que podríamos agregar otras nuevas fuentes que revelan interés por encauzar los intereses sociales.

Sin perjuicio de lo planteado por estas escuelas, los procedimientos de deducción se mostrarían prevalentes al ser más universales, en el marco, por ejemplo, del iusnaturalismo racionalista y después, en aparente paradoja, en el del formalismo conceptista. Por su parte, los procedimientos de inducción insistiendo en lo singular se han aplicado sobre todo en conexión con tendencias jurídicas de carácter sociológico, histórico, empírico-comparativo, etc.

Describiendo el trabajo coordinado de los diferentes procedimientos LARNAUDIE en 1909 decía: “Este método compuesto a la vez de inducción y deducción, consiste esencialmente en tratar de buscar en las constituciones, en los códigos, en las leyes y también en las decisiones judiciales y en la misma práctica que de modo tan perfecto sabe crear lo que yo llamaría el derecho inmediato, buscar, en definitiva, en todas las manifestaciones de la vida jurídica, en todos los fenómenos jurídicos, las reglas esenciales que todas estas manifestaciones suponen, lo que nosotros juristas gustamos llamar principios. Esta es la misión de la inducción (...) Y una vez encontrados y formulados estos principios- Añade Larnaudie- Se obtienen de ellos las consecuencias válidas para innumerables casos que no han sido previstos y que no han podido serlo, para las hipótesis sin cesar diversificadas que surgen de la vida. Esta es -dice- tarea de la deducción”¹²⁵.

Paradójicamente, este discurso híbrido, sería circular, pues el axioma inaugural del orden de lo jurídico, desde el cual lo eminentemente deductivo es posible, coincidiría con el principio, que inductivamente podría formarse el juez que falla según el conocimiento integrado de las fuentes del Derecho. De esta manera, a lo que no le cabe demostración legalmente concebida, sería en último término demostrado, según la experiencia judicial.

¹²⁴ FUCHS ERNST “Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz” Berlín, Editorial C. Heymanns Verlag 1908, Pág 243.

¹²⁵ CONFERENCIA, LARNAUDIE, FERDINAND, “El derecho público, su concepción y su método” (College Libre de ciencias sociales, 22 de noviembre 1909).

La metodología opera como una prolongación y concreción de la lógica. El tratamiento de los métodos, por tanto, son un necesario complemento y prolongación de la lógica jurídica. La lógica jurídica es una especie de lógica formal que trabaja principalmente con normas, a través de esa labor de localización, interpretación, construcción, sistematización y aplicación de una concreta normatividad: sería, por de pronto, lógica de normas, lógica deóntica. DÍAZ agrega que: “Pero la referencia constante de esas normas a una realidad social, su aplicación en situaciones empíricas concretas implica que la lógica jurídica es, a su vez, lógica de hechos y no solamente lógica de normas”¹²⁶. El desmembramiento de la lógica jurídica ha propiciado una condición plural de métodos jurídicos trabajando en diversas áreas del Derecho vigente.

Menciona Kalinowski: El jurista razona con hechos y normas y utiliza no solamente razonamientos deductivos basado en la lógica deóntica, si no también otros tipos de razonamientos no deductivos (reductivos, por analogía, inductivos, estadísticos, etc). La parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales del jurista tanto como sus productos mentales: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y razonamientos jurídicos merece, en razón de su objeto específico, el nombre de lógica jurídica”¹²⁷.

El pluralismo metodológico es necesario porque organizaría las dimensiones que aborda el Derecho: a) La ley como base del ordenamiento: primacía de la norma y necesidad de la lógica para que el jurista pueda desarrollar su trabajo. b) Investigación sobre la dimensión real del Derecho: análisis de la conexión validez-eficacia y de las repercusiones sociales de la norma. c) Explicitación de los fines y valores que orientan y pretenden realizarse en una normatividad. Quién justifica el aporte de la pluralidad de métodos, es el profesor Elias DIAZ “pero tener en cuenta esas dimensiones sociológica y filosófico-axiológica de las normas para una comprensión totalizadora de las mismas, no debe, en ningún caso, significar la ruptura del necesario rigor metodológico de la ciencia jurídica: ésta -aunque trabaje con normas cargadas de valores- no valora las normas, o, al menos, no puede

¹²⁶ DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 93.

¹²⁷ KALINOWSKI, GEORGE. Introducción a la Lógica Jurídica, Santiago de Chile, Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018, pág. 7 de 175.

hacer prevalecer los valores ajenos a las normas sobre los valores insertos en las normas. La Filosofía del Derecho, en cambio, valora libremente las normas; por su parte, la Sociología del Derecho prepara, como veremos, las bases reales para esa valoración”¹²⁸.

La crítica valoración desde la sociología y sobre todo, desde la filosofía del Derecho, cumple, puede decirse una doble importante función: primera, con respecto a la creación o transformación del Derecho; segunda, función más compleja y polémica, ayudando al jurista y a la ciencia del Derecho a una aplicación de las normas, que por supuesto, sin violarlas, incorpore progresivamente a su contenido las constantes exigencias de la sociedad y de la justicia.

El Derecho no puede renunciar a la idea de sistema, pero utilizará un método lógico-sistemático capaz de asumir hoy la tónica a-sistemática, como técnica de problemas que se dan dentro de un sistema. Ni lógica deductiva exclusivamente, se dirá desde esta perspectiva, ni tónica inductiva como única solución, sino más bien necesidad de una dialéctica concreta de deducción inducción, dialéctica entre norma, hecho social y valor. Ni mera aplicación mecánica de la norma, ni arbitrariedad subjetiva del juzgador; también aquí, relación dialéctica concreta entre norma y juicio.

CAPÍTULO IV: CIBER CÓDIGOS.

1) De la lógica jurídica y la lógica simbólica.

La lógica permite verificar si un pensamiento es correcto o incorrecto. Se centra en el estudio del razonamiento humano. La lógica se divide en dos, la lógica formal, que se dedica al estudio de la inferencia mediante la construcción de lenguajes formales, sistemas deductivos, y semánticas formales y la lógica simbólica o matemática que se basa en la aplicación de símbolos por medio de tablas de verdad, a través de proposiciones, a saber, enunciados susceptibles de verificación.

¹²⁸ DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 94.

Si bien los positivistas consideraban el silogismo jurídico similar al silogismo deductivo de la lógica formal, éste a su vez, contiene en su premisa menor una proposición susceptible de verificación (un supuesto de hecho tiene consecuencias jurídicas/ por tanto el supuesto de hecho debe coincidir con el hecho real/ para que el hecho real tenga consecuencias jurídicas), premisa que es propia de la lógica simbólica y que ha sido entregada a los tribunales de justicia en el Estado Moderno. Las presunciones son una excepción que desde los romanos existen. En ellas el legislador se anticipa a la verificabilidad y bien pueden considerarse excepciones dentro del ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, para que la presunción judicial sea considerada plena prueba, debe contener los siguientes requisitos, tanto en materia civil como penal según el Art. 1712 del Código Civil: “Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán **ser graves, precisas y concordantes**”¹²⁹. Estos 3 requisitos son una traducción de los errores de la lógica; la contingencia, la tautología y la contradicción. Perfectamente el legislador pudo emplear estas palabras para que el juez ejecute una presunción.

Sin embargo, la presunción legal paradigmática del Art 706 del Código Civil “el error en materia de Derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”¹³⁰, no tiene un vínculo lógico evidente y más bien parece un tipo de tautología del legislador, porque para el código la Ley es la Justicia y su no aplicación vulneraría cientos de preceptos y es por ello que el profesor Claro Solar, entre otros, justifica la presunción en otra, la del artículo 8 del Código Civil, “Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”¹³¹. Sin perjuicio de que se sancione el actuar ignorante, la tautología estaría en aplicar el principio de buena y mala fe para salvaguardar sin suspicacias, el actuar ilícito. La buena fe como el conocimiento de la ley, se alejan de la realidad, y por ello se discute en cientos de seminarios, si estos principios son o no son una ficción jurídico.

No cabe duda con estos ejemplos, que cada vez que el legislador presume o reputa, está creando proposiciones que conforman circuitos lógicos de los que no siempre calcula sus tablas

¹²⁹ DFL 1, CÓDIGO CIVIL, CHILE, 11 de septiembre del año 2020, artículo 1712.

¹³⁰ DFL 1, CÓDIGO CIVIL, CHILE, 11 de septiembre del año 2020, artículo 706.

¹³¹ DFL 1, CÓDIGO CIVIL, CHILE, 11 de septiembre del año 2020, artículo 8.

de verdad. En el Art. 707. “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse”¹³², ha señalado el legislador y hace evidente la exigencia para el juez del estricto uso de los parámetros lógicos, aunque el legislador no siempre los use. Y es tan importante esta presunción que define la carga de la prueba y el tipo de derecho que detenta el tercero adquirente de la venta de cosa ajena.

Este razonamiento circular de utilizar presunciones y mezclar sus proposiciones tal como lo realiza la lógica matemática, pero sin calcular sus implicaciones en cadena, exime de responsabilidad al legislador por una supuesta contingencia, contradicción o tautología. Me explico, en caso que el legislador calcule cada una de las posibilidades de la proposición compleja en el circuito respectivo, verían más allá de lo que están regulando, previendo conflictos futuros y el costo de los mismos, si no que además podrían frenar su impulso a legislar, ahorrando problemas de interpretación futura en caso de incurrir en un error lógico.

Como estas coincidencias entre la lógica formal y matemática o simbólica en nuestro ordenamiento jurídico, hay otras en el estudio de la lógica propiamente tal: el principio de la razón suficiente, las cadenas o capas de razonamiento, la verificabilidad de los hechos, el axioma, el poder del concepto, un isomorfismo entre los procedimientos y la lógica simbólica, etc. Quien más quiso unir en un solo razonamiento, Filosofía, Matemática, Derecho y Religión, fue Gottfried Leibniz. Para la historia es el fundador de la lógica matemática, del cálculo infinitesimal entre otros aportes científicos y filosóficos.

El punto de partida de Leibniz es una idea de Aristóteles. El mundo es razonable y lógico en su estructura y por lo mismo la razón humana lo puede conocer, ergo todo lo verdadero puede ser explicable y a esto Leibniz lo llamó “la razón suficiente”. “Nada se verifica sin que sea posible al que conozca suficientemente las cosas, dar una razón que baste para determinar porqué es así y no de otro modo; este es el principio de razón suficiente que recorre toda la realidad”¹³³. Ahora, hay cosas verdaderas que no requerirían explicación y

¹³² DFL 1, CÓDIGO CIVIL, CHILE, 11 de septiembre del año 2020, artículo 707.

¹³³ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 143 de 160. (Carta Omnia Gerhardt IV, 602).

este criterio para clasificar la verdad, sería utilizado luego por Hume, Kant y por supuesto que su influencia llegaría hasta la filosofía analítica y semiótica.

En concreto para Leibniz la verdad se clasifica en verdades de la razón y verdades de los hechos. Como ejemplos de las verdades de la razón, nos dice: “Los solteros no son casados, o los triángulos tienen tres lados”¹³⁴. Si preguntamos por qué los triángulos tienen tres lados, no hay explicación externa que sirva a contestar más que su propia definición. Imaginemos que nuestros nuevos vecinos son un hombre y una mujer y nos dicen que están casados, esta afirmación podría ser verdadera, pero requeriría de ir a buscar la información que lo corrobore, pero en cambio, si nos dijeran que nuestros nuevos vecinos en realidad son una soltera y su marido, no habría necesidad de investigar, porque la afirmación es contradictoria. Este tipo de verdades por tanto son de la razón y las adjetiva como necesarias para la lógica, pero además porque sin ellas no podrían existir las otras verdades, las verdades de los hechos. Estas se sirven de las verdades necesarias y por ende son contingentes.

El modo de distinguir las verdades de los hechos, es a través de una suposición contradictoria, por ejemplo, “la proposición está lloviendo” si fuera posible un mundo donde no lloviera, entonces sería verdad de los hechos y es contingente. Ahora tomemos nuestro primer ejemplo, si la proposición fuera los solteros no están casados, que los solteros puedan estar casados no es posible en éste ni en otro mundo, por ello se trata de una verdad de la razón y no es contingente y es lógicamente necesaria. La relevancia de las verdades de la razón, **es que el predicado está contenido en el concepto del sujeto directamente y no se basa en una correspondencia con el mundo, si no en la simple identidad entre el sujeto y predicado.**

Dado a que no es posible en la lógica tener dos verdades diferentes, Leibniz respecto de las verdades de los hechos también apoyaría en el principio de identidad, (el principio de identidad explicado por Aristóteles, “A es A” o para Leibniz Sujeto = Operaciones del Predicado) con un matiz para Leibniz, en estas verdades de los hechos la identidad es

¹³⁴ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 45 de 160.

implícita y debe ser demostrada a través de un análisis del concepto del sujeto, a través de otros predicados que también son verdaderos del sujeto.

La inclusión de otros predicados en el sujeto conforman una red, que dan la razón suficiente que algo se dio o es como es. Este es el principio de la razón suficiente; “Y Dios, viendo la noción individual o hecicidad de Alejandro, ve en ella al mismo tiempo el fundamento y la razón de todos los predicados que puedan decirse de él verdaderamente, como por ejemplo, que vencerá a Dario y a Poro, hasta conocer en ella a priori (y no por experiencia) si murió de muerte natural o envenenado, cosa que nosotros no podemos saber más que por la historia. Cuando se considera bien la conexión de las cosas, puede decirse que hay desde siempre en el alma de Alejandro, restos de lo que le sucedió y señales de todo lo que le ocurrirá e incluso huellas de todo lo que pasa en el Universo, aunque sólo pertenezca a Dios conocerlo todo”¹³⁵.

Acá otro ejemplo de lo explicado: “Si algún hombre fuera capaz de concluir toda la demostración en virtud de la cual pudiese probar esta conexión del sujeto que es César y del predicado que es su empresa afortunada, haría ver, en efecto que la dictadura futura de Cesar, tiene su fundamento en su concepto o naturaleza; **que en él se ve una razón** de por qué decidió pasar el Rubicón en vez de quedarse en él”¹³⁶. Como se aprecia en estos ejemplos, LEIBNIZ propone plegar el concepto a la naturaleza y el individuo. Y la razón suficiente, es decir toda la cadena de causas y efectos del pasado, se predica de César para verificar el hecho.

Exactamente señala que todo concepto tiene una intensión (neologismo), o sus elementos internos, propiedades o cualidades que lo definen y una extensión, el número de los individuos en el mundo al que el concepto se le aplica. Para los conceptos será inversamente proporcional la relación entre la intención y la extensión. Es decir, mientras más detallado sea el individuo, a menos número se extenderá su descripción, al contrario, si pensamos en el concepto “ser”, su extensión será enorme, pero su intención mínima. En este sentido, si reemplazamos el ser por Julio Cesar que es un individuo, su intención es tan específica que todo el mundo, incluido el futuro, se pliega a él. Del mismo modo, este

¹³⁵ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 34.

¹³⁶ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 34.

concepto opera para lo que Leibniz dice de la sustancia o la realidad en términos metafísicos u ontológicos.

La primera característica de la sustancia es su independencia, apoyándose en Aristóteles, Leibniz señala: “cuando varios predicados se atribuyen a un mismo sujeto, y este sujeto no se atribuye a ningún otro, se le llama sustancia individual”¹³⁷. ¿Por ende, es una sustancia individual la igualdad o la libertad? No porque se podrían atribuir a muchos sujetos. Otra característica del sujeto o sustancia independiente, es su permanencia, es decir, que sus predicados pueden variar sin afectar al sujeto y por último también es simple, no puede tener partes o agregados. En concreto, cuando se refiere a Cesar no se refiere a la persona, ni al cuerpo, ni al esqueleto ni sus órganos, que también son agregados de moléculas hasta el infinito, por ende no se refiere a la materia, si no que se refiere a la cualidad en sí misma, a la individualidad, a las sustancias primeras que vimos en la introducción.

De este modo ejemplifica Leibniz que “toda predicación verdadera tiene algún fundamento en la naturaleza de las cosas”¹³⁸. Es decir, la verdad es la inclusión del predicado en el sujeto. Giannini concluye “Sentado esto, podemos decir que la naturaleza de una sustancia individual o de un ser completo, es tener una noción tan completa que sea suficiente para comprender y hacer deducir de ella todos los predicados del sujeto a quien esta noción se atribuye”¹³⁹. En este sentido en el Arte de la Combinatoria, de acuerdo con el principio de la razón suficiente, Leibniz desea que toda substancia del Derecho, contenga envueltas en su concepto las huellas del Derecho completo, a través de cadenas causales verificables.

Más allá de la noción de espacio o materia que eran infinitos para Leibniz y de cómo estas individualidades obedeciendo a una armonía preestablecida se desenvuelven de Dios, fue su forma de pensar ordenada, en cadenas calculadas, la que abriría el camino al estudio matemático del cambio, al cálculo infinitesimal. Para cerrar Leibniz, la naturaleza no procede

¹³⁷ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 96 sección 8.

¹³⁸ LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, pág. 62.

¹³⁹ GIANNINI, HUMBERTO. Breve Historia de la Filosofía 5ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria año 1985, pág 205.

por saltos, si de algún modo está plegada en la sustancia, es un espiral de infinitas partes, es decir su principio de continuidad.

La lógica simbólica utiliza un lenguaje exacto, y para tal fin, toma como elemento básico de análisis a la proposición. La proposición es un enunciado al cual se le puede dar un valor de verdad. La influencia de Leibniz en esta formulación se evidencia por ejemplo en que Frege llamaba a la proposición un nombre compuesto. En este sentido Wittgenstein señala que: “Los signos simples empleados en las proposiciones se llaman nombres, un nombre denota un objeto. El objeto es su significado “A es el mismo signo, es decir significa A”¹⁴⁰. Por ejemplo, $2+2=5$ es una proposición porque se somete a una verificación, en este caso es falso. La expresión ¿Cómo te llamas? en cambio no es una proposición porque de una pregunta no se puede afirmar si es verdadera o falsa.

Las proposiciones pueden ser simples o complejas y se representan mediante letras del alfabeto. p, q, r, s; t (variables proposicionales). De esta forma, el lenguaje proposicional se hace más simple y exacto que el lenguaje natural. El estudio profundo de esta lógica, estudia la formación de proposiciones complejas a partir de proposiciones simples y el valor de verdad de dichas proposiciones. Una proposición simple es aquella que no tiene conectores lógicos, “arriba está el sol” en cambio una compuesta, usa conectivos lógicos (y, o, si, entonces, etc.). Siempre una proposición compuesta estará formada por dos o más proposiciones simples y estas se ligan a través de conectivos lógicos.

Los conectivos lógicos están identificados con un símbolo especial y un nombre que representa la función que cumplen.

Conectivo Lógico	Notación	Nombre
Y	\wedge	Conjunción
O	punta para abajo	Disyunción débil
O...O	Delta	Disyunción fuerte
Si Entonces	\supset	Implicación
Si y sólo si	\Leftrightarrow	Equivalencia

¹⁴⁰ WITTGENSTEIN, LUDWIG “Tractatus Logicus Philosophicus” Madrid, España. Editorial Alianza 2012, párrafo XIV 3.02 pág. 192.

No es cierto que.	y agua	Negación.
-------------------	--------	-----------

Para determinar la verificabilidad de una proposición compuesta se utiliza una tabla de verdad. En general para “n” proposiciones, se pueden presentar 2 elevado a n posibilidades.

$$p \wedge q$$

p	q	$p \wedge q$
V	V	V
V	F	F
F	V	F
F	F	F

La elaboración de tablas de verdad es necesaria a la hora de legislar para que una vez que se elabore una proposición compleja, el legislador se ponga en todas las circunstancias posibles a la que el Juez se enfrentaría. Un circuito lógico es un conjunto de símbolos y operaciones que satisfacen las reglas de la lógica simulando el comportamiento real. De este modo se realizan los circuitos eléctricos. La aplicación de la lógica proposicional a los circuitos eléctricos es posible en virtud del isomorfismo existente entre ambos. Llamamos isomorfismo, a la relación de igualdad estructural que existe entre dos objetos.

Para verificar el isomorfismo es necesario considerar sólo 3 funciones lógicas: la conjunción, la disyunción y la negación. A través de esas 3 funciones básicas se puede definir las demás funciones lógicas, entonces el isomorfismo es total.

Primer isomorfismo:

- una proposición simple puede ser verdadera o falsa / De igual manera un interruptor puede estar cerrado o abierto.
- La verdad es “1” un uno lógico, el cual significa eléctricamente que está cerrado.
- Lo falso es “0” un cero lógico, el cual indica que el interruptor estará abierto.

Segundo Isomorfismo:

- En una proposición compuesta la conjunción tiene los mismos valores de verdad que el funcionamiento de un circuito eléctrico en serie. Es decir requerimos de dos interruptores abiertos para que pueda llegar la corriente a la última parte del circuito. En todas las demás combinaciones, de un cerrado y otro abierto, no llegará la corriente.
- Lo contrario ocurre, respecto de un circuito eléctrico en paralelo, es decir, la disyunción y su tabla de verdad, coincidirá con el estado de los interruptores. Solamente cuando ambos interruptores están abiertos no podrá llegar la corriente al final del circuito. En todos los demás casos, si uno está abierto y el otro no, al ser paralelos, podrá llegar la corriente al otro lado del circuito y alimentarse de corriente.
- Por último la negación lógica es un circuito cortado.

De aquí surge el famoso lenguaje binario que dentro del procesador (hardware) es capaz de ordenarle al transistor que esté abierto o cerrado para que circule la electricidad. La base lógica de los programas, se aplica a todo tipo de lenguajes, unos sobre otros. Y dentro de estos lenguajes encontramos finalmente los softwares dedicados al Derecho, los cuales, si bien aún no logran tanta magnitud en Chile, en el mundo ya están operando. Por último, antes de pasar a ellos, hemos visto cómo la evolución de la lógica ha sido en paralelo a los desarrollos sistemáticos del legislador, respecto a los softwares, aún no existen auxiliares de la discusión parlamentaria, lo que he pensado como Ciber Codigos, pero sí, hay un movimiento de acopio de información jurídica y digital llamado el Legaltech, que nos puede con todas sus aplicaciones proveer de cómo es la tecnológica para crear este congreso virtual.

APLICACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURÍDICO.

El movimiento Legaltech o Lawtech, fue popularizado por el profesor de Oxford Richard Susskind, quién desde los años 90, es un fuerte divulgador de los avances técnicos en el área jurídica. Una aproximación de lo que significa el legaltech sería “El uso de tecnología para prestar servicios legales”¹⁴¹. En general, estos promotores del movimiento, ven al Derecho como una herramienta que resuelve conflictos, lo que nos recuerda a unos de los paradigmas del derecho libre, quizás por la posición que ocupan fuera del servicio público. Para Susskind vivimos una revolución en todos los ámbitos del conocimiento humano, gracias a la automatización; y en este sentido señala: “Tenemos 60 años de automatización, esencialmente hemos usado la tecnología para mejorar o hacer más eficiente nuestra práctica laboral actual, pero es el momento de la transformación, si no para transformarla completamente en la forma que trabajamos”¹⁴².

En la introducción de este trabajo se dejó claro el tipo de cambio que se ha generado cada vez que el Derecho usa nuevos soportes. Es un cambio espacial y así también lo comparte Susskind: “Pero nuestro concepto de lo público ha cambiado, cuando hablamos de hacer algo público, actualmente quiere decir que debe estar en internet, lo público quiere decir acceso a la información”¹⁴³. También el cambio es cuantitativo, en cuanto a que reducirá el número de funcionarios y probablemente aumente la regulación y cualitativo por lo que la calidad de los funcionarios y el método de construcción de la Ley será diferente, pero ¿es posible que estas nuevas tecnologías, como nunca puedan modificar sustancialmente al Derecho?

Comenzaré por los programas que sirven de acopio de información de este proceso internacional llamado LEGALTECH, luego dentro de ese mismo mapa, hay una parte donde

¹⁴¹ CONFERENCIA Introducción al Legal Tech y la innovación legal, por MOREL RAMOS, JORGE. [EN LÍNEA] Fundación Universitas, 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=zOmSaExBle8>.

¹⁴² CICLO DE CONFERENCIAS SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA. Expone SUSSKIND RICHARD. [EN LÍNEA] Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana 2020. https://www.youtube.com/watch?time_continue=19&v=KVkdCfvoN1k&feature=emb_title.

¹⁴³ CICLO DE CONFERENCIAS SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA. Expone SUSSKIND RICHARD. [EN LÍNEA] Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana 2020. https://www.youtube.com/watch?time_continue=19&v=KVkdCfvoN1k&feature=emb_title.

más aplicaciones legales abundan, debido al isomorfismo entre debido proceso y los circuitos lógicos de los software, de proyectos que buscan mayor eficiencia en la labor del Abogado y del Juez y por último aquellos que buscan transformar el Estado en Digital. Todos estos software están programados en base a las técnicas del procesamiento del lenguaje natural y algunos de las redes neuronales que explicaré en paralelo.

Primero, en contexto de pandemia, se abrió un sitio web llamado [Remote Courts](#), que sirve de acopio de experiencias en el mundo de las audiencias virtuales, a través de videollamadas realizadas por diversas aplicaciones. Desde esta experiencia han surgido dudas y aportes de cómo funciona hoy día esta práctica, hace ya varios años, existe la página “[el Abogado](#)” que abarca tanto España como México y que orienta y pone en contacto según la competencia del asunto, a un Abogado especialista con quien lo requiera. Estas simples páginas, sirven de acopio de información, estudiar la oferta y demanda y por ende para empezar un proceso de sistematización.

Comenzando con Softwares que aceleran procedimientos, encontramos muchos que certifican firmas electrónicamente, para contratos internacionales o instrumentos que requieran de firma en los países donde se acepte ese tipo de perfeccionamiento. Uno de los más conocidos es Signaturi. Para crear contratos de manera simple con el servicio de una aplicación que autocompleta cláusulas, existe tanto Rocket Lawyer o Exari. Law Geex hace resúmenes de demandas o expedientes es un código que puede programarse para buscar determinados asuntos de los escritos. Kira también es otra aplicación similar como Luminance y otras.

Un asistente que está entre la labor de los funcionarios, auxiliares, abogados y los jueces es aquella que en general se conoce como Analítica Jurisprudencial. [Wolters Kluwer | Productos Editoriales - jurimetria](#) “predice tu resultado, acierta la estrategia” es el lema de esta página web que extrae patrones de las sentencias para encontrar similitudes con el caso comparado. Lybrio es otra que añade alertas de cambio de legislaciones y renueva las cláusulas y documentos. Eunomia es un gestor de procesos para tu estudio jurídico. Y por último uno realmente avanzado es Vincent, que es una especie de autocorrector jurídico y además consejero, entrenado en el Derecho de 9 países.

Hasta aquí, todas estas aplicaciones de momento se basan en el “Procesamiento del Lenguaje Natural”. La definición del procesamiento del lenguaje natural como rama de la Inteligencia Artificial, es un conjunto de técnicas que nos permite convertir un texto expresado en lenguaje natural, a datos procesables por un algoritmo. En tanto el algoritmo se define “como un conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades. Desde un estado inicial y una entrada, siguiendo los pasos sucesivos hasta un estado final con una solución”¹⁴⁴.

Dos principales áreas trabaja el procesamiento del lenguaje natural, por un lado el text analytics, que comprende una serie de técnicas lingüísticas, técnicas estadísticas, y de machine learning que permiten estructurar textos en bruto, darles la forma idónea para que la máquina pueda procesarlos. Una vez que ya se encuentra el texto estructurado, se pasa a Content Analytics, que permite extraer patrones del texto, descubrir estadísticas, tendencias, etc. De esta labor se ha creado una especie nueva de abogado programador. A esta labor se dedican Google, IBM, o ThoughtRiver.

Pero hay aplicaciones bastante polémicas que se están probando alrededor del mundo, las aplicaciones que reemplazan al juez. Susskind señala que tienen tres inconvenientes, si bien éstas pueden predecir el resultado del juicio con más de 90% de efectividad, a través del machine learning, aún no dan razones de su predicción. El segundo problema es la parcialidad y el tercero es una cierta discriminación por tratarse de proyectos pilotos de causas de baja cuantía, como ocurre en Estonia, o China. Más allá de estos inconvenientes apreciamos los siguientes softwares en este tema:

China presentó el año 2019 el Tribunal Digital de Pekín, conocido como AI Judge, con el denominado Sistema de Cadena de Equilibrio que extrae y conserva pruebas electrónicas, puede comprobarse su trazabilidad y, por lo tanto, su veracidad. Además, la inteligencia artificial tiene la capacidad de estudiar casos anteriores y verificar la jurisprudencia en tiempo real. “La juez de inteligencia artificial ayudará a los jueces de la corte a completar el trabajo básico repetitivo, incluyendo la recepción de litigios basada en

¹⁴⁴ BRASSARD GILLES, BRATLEY PAUL. Fundamentos de Algoritmia, España, editorial Prentice Hall 1997 pág 21 de 597

tecnologías inteligentes de síntesis de voz e imagen que permitirán a los profesionales poner toda su atención en los procesos judiciales», informa Xinhua¹⁴⁵.

También existen asistentes del juez para procedimientos pequeños, así como en la corte o en el tribunal constitucional usan el test de proporcionalidad para la concursabilidad de Derechos o utilizan criterios autónomos para aplicar la sana crítica, o el análisis económico de ciertos derechos, el algoritmo Compas que utilizan, entre otros, los tribunales penales del estado de Wisconsin, en Estados Unidos, tiene como función hacer una estimación del **grado de peligrosidad y el riesgo de reincidencia** del acusado y así calcular la pena que se le impondrá.

A la hora de programar estas aplicaciones (hay centenares en el mundo), se reutiliza código de otros software, junto a algoritmos específicos del Procesamiento del Lenguaje Natural. Para el profesor Ariza Julen especialista en Legaltech “La tesis que envuelve la ontología en el PLN, es que cualquier objeto puede ser descrito a partir de su clasificación, sus propiedades y sus relaciones. De esta manera el conocimiento se puede extraer de la información que se encuentra así estructurada. Se pueden revelar, por sí solos o en conjunto, los sujetos, predicados y objetos de un texto”¹⁴⁶.

Siempre los textos en bruto, sean o no formales, se someten a una taxonomía que consiste en una colección de términos de un vocabulario controlado y organizado en una estructura jerárquica. Cada término de una taxonomía tiene una o más relaciones de padres/hijos, (broader/narrower) hacia otros términos en la taxonomía. Estas taxonomías en concreto consisten en separar las frases, tokenizar o etiquetar (“token” es una información añadida que sirve de guía para una nueva orden o tarea combinada). El token puede estar

¹⁴⁵ *CONFILLEGAL* [En línea] Madrid, España. ARIZA JULEN. [fecha de consulta 18-05-2021] disponible en <https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/>

¹⁴⁶ CONFERENCIA, Procesamiento del lenguaje natural para DUMMIES, (Madrid junio 2018) DELGADO, IGNACIO [En línea] https://www.youtube.com/watch?v=gY5YW8w_K8I

entre las frases o palabras y también luego de una oración y finalmente lematizar, que consiste en extraer las etiquetas y enumerarlas en vertical.

Para realizar estas tareas también existen softwares y códigos denominados anotadores. Cuentan palabras, extraen nombres, crean resúmenes y convierten a texto procesable formato UTF8. El procesamiento del lenguaje natural también se ha utilizado para los traductores y correctores ortográficos y sintácticos, se realiza minería de texto, para extracción de datos o términos, tecnología del habla, reconocimiento y síntesis de la voz. Todos ellos permiten los sistemas de diálogos inteligentes, el Chat Bot, la traducción automática, etc.

Para la profesora Nuria Bel de la Universitat Pompeu Fabra: “Los programas informáticos son colecciones de instrucciones diseñadas por humanos que se basan en la declaración de condiciones que se han de cumplir para tomar decisiones y manipular la entrada de la información”¹⁴⁷. Esta condición en lógica proposicional se denomina implicación y es una proposición compleja, su símbolo es la flecha o la expresión {si, entonces o implicación} y cuenta con su propia tabla de verdad.

Programar consiste en crear un nuevo lenguaje sobre el ya legislado, que se sostiene en él, pero cambia o etiqueta la información respecto de la tarea necesaria. Un programa es en sí un Tesoro o un lenguaje basado en un conjunto de descriptores, (expresiones conceptuales) provistas de relaciones semánticas. Puede ser un vocabulario controlado o no. Las relaciones no necesariamente son jerárquicas, pero casi todos infieren. La inferencia es capaz de crear objetos y propiedades virtuales, basadas en la lógica. La inferencia proposicional es aquella que consiste en suponer y concluir “Si, entonces” para el procesamiento del lenguaje natural la misma inferencia consiste en diferentes dos reglas básicas, propiedades transitivas y propiedades inversas.

¹⁴⁷ CONFERENCIA, Taller de procesamiento del lenguaje natural y sus aplicaciones en poesía. (Barcelona, Agosto 2016) BEL, NURIA [En línea] <https://www.youtube.com/watch?v=XkqT1MJTosA&t=4443s>.

Las propiedades transitivas: permiten herencias de relaciones, como el silogismo formal básico: Si A es a B y B es a C entonces A es a C. Y las propiedades inversas, describen sólo una dirección, avances por páginas vinculadas o de género a especie, por ejemplo, si Santiago está en Chile, Chile está en América, entonces América tiene a Chile y Chile a Santiago. La inferencia se programa a través de relaciones de términos (función) con una serie de direcciones (figura).

La combinación de inferencias, a través de algoritmos, genera nuevas inferencias y a estos cálculos lógicos, se le pueden dar órdenes generales para que el mejor camino combinado sea establecido por la máquina. Este tipo de proceso se ha denominado “machine learning” gracias a los algoritmos que permiten mejorar los procesos, casi todos ellos, funcionan en redes, por cuya similitud al cerebro humano, fue denominada red neuronal. Véase por ejemplo el árbol de búsqueda de Monte Carlo.

Redes Neuronales:

Las redes neuronales, como las raíces del reino vegetal, varían según las circunstancias del suelo o la experiencia. Es literalmente un campo en exploración, como la semilla abierta que busca sustento en la oscuridad. Una red de neuronas se define por su plasticidad, por los cambios en sus uniones, sea por nuevas conexiones o el olvido de información no relevante, que dota al cerebro de una edad distinta al esqueleto. Tanto en ciencias informáticas como en neurología se experimentan los alcances de estas redes para aplicaciones concretas, (como funciona la vista en el cerebro o cómo responder por la mejor ruta para llegar al museo). Estas aplicaciones concretas se denominan como pasivas, porque responden a un estímulo que utiliza la misma puerta o entrada de información y tienen una salida o resultado del proceso. Se experimenta en espacios cerrados o completos para utilizar la misma ruta y ojalá no sean complejos y no determinados para emular la plasticidad cerebral o la inteligencia. Donde mejor se cumplen estas premisas espaciales es en los juegos tradicionales de estrategia, como el Go, el Ajedrez o el Poker.

Desde hace una década que existe una carrera por comprender al cerebro de un Gran Maestro de Ajedrez, mirando su actividad cerebral al momento de jugar o por el contrario, simulando las mejores partidas con la información reunida de todos los jugadores del mundo, ambos caminos coinciden y este maravilloso descubrimiento ha renovado la teoría del conocimiento. En este apéndice de la memoria no hay sistematización más que referencias que permiten llegar a crear hipótesis de experimentación jurídica, con las nuevas herramientas del orden. La siguiente información es sólo una tendencia de búsqueda de los informáticos y programadores alrededor del mundo sobre un tema en continuo cambio y por cierto útil para la optimización de los ordenamientos jurídicos.

Las redes neuronales son nodos conectados unos con otros en circuitos complejos o tablas de verdad propias de una serie de implicaciones, que comienzan con una entrada y finalizan con una salida. Las redes son generalmente órdenes de búsqueda, selección, expansión, simulación y reprogramación, cada una de esas órdenes obtiene un resultado que por una premisa anterior permite avanzar en un nuevo orden más eficiente. Me explico, cada

nodo (búsqueda, selección, expansión, simulación, reprogramación) cumple con una función que permite que el otro se active, la red funciona en paralelo compartiendo los procesos y formando cadenas de procesamiento. Son algoritmos complejos y es gracias a ellos y la capacidad de procesamiento combinado de las máquinas que es posible el análisis automático. Los algoritmos más comunes en las redes neuronales son:

Regresión lineal: La regresión lineal opera en una gráfica en la que se distribuyen datos en múltiples variables. El algoritmo es capaz de responder gráficamente dudas por cruces de datos y a la vez, corregir sus errores y encontrar el plano dónde se coordinen la mayor cantidad de información. Por ejemplo, **para un asistente de escritura legal, se pueden cruzar los datos de cantidad de palabras por atributo o parte de un código, entonces al momento de escribir, el algoritmo calcula la cantidad de palabras y puede alertar por si estoy pasando la media para una disposición similar de otro cuerpo normativo o instrumento.**

Descenso del gradiente: Supongamos que en nuestra gráfica donde están los artículos del ordenamiento con más y menos palabras, ahora agregamos una variable para que también nos remite a los conectores lógicos utilizados en aquellos extensos o breves artículos. Por ejemplo, queremos saber cuál es la Constitución del mundo que tiene más palabras dedicadas a derechos fundamentales y menor cantidad de conectores lógicos, al ser un terreno desconocido lleno de maleza, sería análogo a estar cruzando la cordillera y preguntar cuál es la flor más alta. La pregunta determina un punto de partida y desde él se traza una línea como si fuera un nivel de carpintero, para encontrar un sector plano que nos permita comparar, la pendiente del punto que seleccionamos y con ello ver la tendencia y proyección, de ahí el nombre del Algoritmo. El descenso de gradiente, permite una vez determinada la pendiente, recorrer su camino y volver al punto para determinar si esta flor era o no la más alta y si en comparación hay otra con tanta altura y menos ramas.

Al principio nuestra computadora podrá darnos puntos medios de cantidad de palabras, conectores lógicos y derechos fundamentales, pero estos resultados dejarán problemas como la exclusión de artículos que cuentan con menos o más palabras por ser parte de un reenvío o excluyan aquellos derechos de tercera generación que no tiene tantos conectores lógicos por su naturaleza. Aquellos errores, este algoritmo los mide, y además se

puede combinar con un ratio de aprendizaje, para que repita la operación y encuentre la mejor media una vez que se actualizan los parámetros con los resultados óptimos.

Algoritmo Pagerank: Este algoritmo es capaz de ordenar por relevancia diferentes partes de un conjunto. Dentro de las variables que contabiliza para hacer relevante a la parte, primero estaría el número de visitas, pero además las combinaciones de páginas relevantes, es decir que también son visitadas entre ellas, es decir el reenvío que una parte da a la otra también visitada. Aquello le asigna un número que sumados, nos daría la parte más relevante de todas.

Todos estos algoritmos y softwares, están cambiando el espacio donde opera el Derecho. Modifican las funciones, encuentra figuras y métodos nuevos de operación. El primer objetivo de los Estados digitales será traducir su lógica formal a una más modesta, la lógica simbólica. Y entender cada una de las palabras, sentidos y direcciones de las mismas, para poder completar y cerrar determinadas materias. De no ser posible ello, el Derecho por la transformación de las fuentes que lo nutren, podría desaparecer.

CONCLUSIONES.

1) Un problema recurrente: El Derecho y el temor:

En la primera obra literaria de la humanidad, la epopeya de Gilgamesh, el Héroe Gilgamesh, en plena lozanía de su vida, ve a su amigo Enkidu antes de morir y sin entender lo que estaba ocurriendo, le dice que pedirá el auxilio de los grandes Dioses: “Los instaré, me volveré hacia ellos. Para que Enlil el soberano tenga piedad de ti, haré tu estatua sin medirme en el oro”. “Olvídate del oro amigo mío, replicó Enkidú, lo que Enlil decretó será como él lo dijo. Lo que nunca ha sido dicho, nunca ha cambiado. Lo que él ha decidido no cambió ni se borró... los destinos para los hombres se cumplirán”¹⁴⁸.

La vecindad de la muerte, que mide la vida de Enkidu, que le da destino y ejerce su soberanía eterna, aparece en todas las culturas próximas a Sumer o Uruk. Por ejemplo, unos cuantos años después la Diosa Maat en los papiros egipcios de los Muertos, ante la muerte corporal, hace juicio al espíritu, juicio que lleva el nombre de Osiris, para decidir qué ocurrirá con la memoria, la imaginación y la razón del muerto. Centenares de años después en Grecia, influidos por dichos referentes, surge el Héroe trágico que escapa o es capturado por las Moiras, las Euménides, las Furias o las Gorgonas, hijas de la noche todas (diosas que dan destino a los hombres conduciendolos al inframundo). De todos estos escritos y cosmovisiones, surge el concepto de Justicia dadora de Destino que da a cada uno lo que le corresponde a través de un debido proceso.

El Juicio de Osiris, escrito por el Dios Toot que oficia de actuario, es bilateral, obedece a las confesiones negativas o diez mandamientos como principio de tipicidad, cuenta con el verdugo Ammyt, con cabeza de cocodrilo, manos y cuerpo de león y patas de hipopótamo, quien devoraba a los muertos si los consideraba injustos de voz. El proceso se realizaba en la balanza de la diosa Maat, pesando allí el corazón supuestamente liviano por las confesiones del imputado y comparándolo con la pluma de la verdad de la misma Diosa, pluma que no sólo es liviana como el hombre sincero, sino que además purga a través de la verdad los malos actos. En el Juicio de Osiris, la composición del tribunal es completamente

¹⁴⁸NN “La epopeya de Gilgamesh”, México, editorial Tomo, 2013 página 124.

divina, pero la escritura de este juicio ayudó a los hombres egipcios a tener una noción de un proceso y a temer por el juicio final, tanto que pagaban fortunas por el libro de los muertos para llevárselo a la tumba y ser juzgado en base a sus preceptos. Este principio, de llevar escriturado el juicio, pasó a crear un nuevo status, quien domina la escritura es capaz de juzgarse a sí mismo, proceso análogo a la imprenta que permitió la reforma y la gran frase de Lutero: “Cada hombre es un papa con la Biblia en la mano”.

Por ello no es raro que en Grecia, influenciado por este y otros libros surgiera el primer tribunal compuesto por hombres, pero aún conservando la observancia divina. En la obra de Esquilo, *Las Euménides*, se aprecia literariamente el tipo de cambio que tendría para la justicia que los hombres se juzguen a ellos mismos, en la plaza pública y con un proceso escrito. Las Erinias, Diosas encargadas de vengar los crímenes de los hombres, ante la intromisión de otros Dioses en su baja tarea y la composición humana de un tribunal de justicia declamaron: “Ya no perseguirá los delitos la cólera de estas Furias, que estaban siempre con atentos ojos sobre los hombres. Dejaremos correr todo crimen. Cada cual se quejara de las maldades de los suyos y buscará por todas partes el fin de sus penas o su alivio; pero no hallará remedio seguro, y en vano será que el afligido pida consuelo. Vosotros, los heridos de la desgracia, no nos invoquéis más; no gritéis: ¡Oh justicia!; ¡oh trono de las Erinias! Así clamarán de aquí a poco los padres y las madres entre lastimeros gemidos que les arrancará su infortunio; pero cuando ya el templo de la justicia se derrumba”¹⁴⁹.

A través de semejante debacle y amenaza se aprecia las consecuencias del primer cambio espacial del recto juicio, del Derecho en ciernes. Atenas y el mismo Apolo le ruegan a las Furias que no dejen caer su cólera sobre la ciudad, que si bien los hombres pueden juzgarse a ellos mismos, también rendirán culto a través de Templos y Sacrificios dedicados a ellas. Las Furias se resisten a aceptar dicho trato “A veces es saludable el terror. Conviene que se asiente en el ánimo y que allí esté vigilante; que los remordimientos ayudan a aprender a vivir bien. ¿Pues qué ciudad ni qué mortal rendirá culto a la justicia, si se crían sin ningún temor de corazón en la bienandanza?”¹⁵⁰ Es evidente el cambio axiológico.

¹⁴⁹ ESQUILO, *Las euménides*. Buenos Aires. Editorial e inmobiliaria Florida 1957 tercera edición, pág 326.

¹⁵⁰ ESQUILO, *Las euménides*. Buenos Aires. Editorial e inmobiliaria Florida 1957 tercera edición, pág 340.

Atenea que pone el voto dirimente en dicho tribunal, llama a la justicia con estas palabras: “ciudadanos de Atenas que vais a juzgar por primera vez en causa de sangre, mirad ahora la institución que yo fundo. En adelante subsistirá por siempre en el pueblo de Egeo este senado de jueces. En este lugar ofrecieron sacrificios al Dios Ares, con que esta roca tomó el nombre de Areópago, y aquí velarán por los ciudadanos el respeto y el temor, igual de día que de noche, y contendrán la injusticia mientras los mismos ciudadanos no alteren las leyes: que si mezclais con sucias y cenagosas aguas las claras linfas de una fuente, no encontraréis después donde beber. Oíd mi consejo, ciudadanos que habéis de mirar por la República: No rindáis culto a la anarquía ni al despotismo; pero no desterréis de la ciudad todo temor, que sin temor no hay hombre justo”¹⁵¹.

La justicia no fue heredada de los Dioses, pero de ellos son nuestras entidades metafísicas que ordenan el mundo, el axioma, la causa y efecto o la verdad. Sin perjuicio de ello, claramente Aristóteles sostiene que la Ley es una sustancia creada por el arte o escrita por los hombres y así está consagrado en nuestro ordenamiento. La primera conclusión de esta memoria por tanto, es que el primer cambio que traen los nuevos métodos jurídicos (ya sea en la antigüedad la escrituración, o ahora su digitalización) es un cambio espacial y si bien éste no es considerado como un cambio sustancial, sí al modificar su alcance puede cambiar las fuentes del Derecho y por tanto en lo sucesivo a su sustancia, tal como se discute en las Euménides de Esquilo.

De este modo podemos leer la fuerza del miedo y el respeto por sobre otros sentimientos en el llamado de Atenea a su pueblo a la hora de juzgarse a sí mismos. También hoy ocurre cuando se plantean hipótesis de Jueces robots que reemplacen a los Jueces - Personas y pasen a conformar una institución autómatas y por tanto sin abogados que medien entre civiles y la judicatura. Los conflictos entre los ciudadanos serían resueltos tan pronto se produjeran con reglas indubitables y al modo de un cifrado para determinar sus perjuicios. Entonces encajaría la misma pregunta de la antigüedad: ¿hoy por quién tendremos miedo, a quién se le debe respeto?

¹⁵¹ ESQUILO, Las euménides. Buenos Aires. Editorial e inmobiliaria Florida 1957 tercera edición, pág 342-343.

2) Los límites materiales de los códigos.

El Estado de Derecho debe su orgánica a la división de funciones y éstas, a límites materiales, por ejemplo, se distingue la nacionalidad por la fronteras terrestres, y de ellas, no sólo hay Ley, sea nacional o internacional, sino también, Leyes orgánicas - administrativas, como aquellas que crea la Cancillería o las Fuerzas Armadas, leyes militares de guerra o paz. Es decir, los hechos materiales, bajo un criterio formal, dividen las funciones del Estado de Derecho. Si modificamos los criterios formales a través de un cambio espacial del Derecho, que apareja un cambio en la territorialidad de la Ley, sumado al principio de oralidad, la automatización del Estado, la modificación de las fronteras jurisdiccionales, etc. nacerán nuevos hechos, que antes no distinguimos y con ellos, otros Derechos.

Al respecto esta memoria se concentró en los límites materiales de los códigos, de los cuales distinguimos las fronteras entre un código y otro y sus reenvíos, como también aquellos intentos universales de codificación, discutido respecto a la creación de nuevos códigos para toda Europa, que pretenden unificar la normativa comercial y civil. Al respecto Rudolf VON IHERING, en el siglo XIX, se anticipa a qué tan abstracto y general y con ello universal debía ser una legislación; y señala: “Desde el momento en que la generalización es relativamente importante, se produce un conflicto de la idea de igualdad consigo misma, o con la de injusticia, es decir, lo que es realmente desigual sea tratado como igual, porque la mínima diferencia que hace la desigualdad no está contemplada por la ley”. En nuestro ordenamiento jurídico podríamos rápidamente encontrar varios criterios para entender la igualdad ante la Ley como una excesiva generalización, con el principio de oportunidad que opera en el Derecho Penal, el principio de realidad en Derecho Laboral, o el interés superior del niño, entre otros.

La conclusión al respecto es modesta, a través de las tablas de verdad se pueden calcular las consecuencias del razonamiento, sea inductivo o deductivo, estableciendo un índice de verificabilidad de los hechos normados. Podría perfectamente calcular la eficacia de la política pública según un modelo y otro respecto de las materias analizadas. Para ello se debe comprender que el axioma, las definiciones, proposiciones o corolarios, después de regulados deberían demostrarse, ergo analizar su alcance con precisión. Esa unidad de calidad legislativa tantas veces propuesta, no existe en nuestro Estado de Derecho. Muchas

veces estas comparaciones son realizadas por centros de estudios privados u organismos internacionales, por ejemplo, la Cepal. En rigor en el mundo hay congresos paralelos, aquellos que crean y modifican tratados internacionales y aquellos que dentro de los países los aprueban. Este paralelismo apunta al futuro y por ir más allá del principio de territorialidad se pueden crear problemas lógicos, como posibles tautologías, contingencias o contradicciones.

Respecto a los envíos y fronteras entre códigos, se crearán más enlaces o referencias de búsqueda y ante la inclusión de criterios jurisprudenciales prácticos, las fronteras de competencia se harán más fuertes entre los tribunales. La suma de enlaces se deben a diferentes tipos de búsquedas que surgirán para leer nuevos derechos, y junto a la creación de criterios y herramientas de cálculo, que están internalizadas en el procesamiento del lenguaje natural y más aún en la historia de la informática, se podrían sin intermediar interesados de un conflicto, anticipar con precisión cuantitativa y cualitativa los hechos.

Otra consecuencia de la expansión del Derecho y la modificación de la territorialidad de la Ley en las materias jurídicas, será la estrecha distancia entre las leyes sustantivas y las procesales. Si se regula proposicionalmente todo hecho se leerá bajo una hipótesis procesal, de modo que se podrá calcular sus efectos sociales, económicos y políticos en los conflictos y más aún si los procedimientos se vuelven expeditos, populares y baratos, el Derecho Procesal así simplificado, perdería su carácter adjetivo, porque sin lugar dudas la transformación comenzará y convergerá en esta rama del Derecho.

Por último, para definir esta conclusión, es evidente que la expansión del Derecho Internacional, del comercio exterior y de los movimientos demográficos, es seguida por nuevos límites jurisdiccionales de los Estados. Las herramientas para juzgar un hecho a distancia, firmar contratos en otros países, bancas internacionales, monedas virtuales y traducción automática y el desarrollo de las ciencias y el conocimiento, más otras tantas herramientas están transformando el espacio de convivencia humana y por cierto que lo hará con el Derecho Internacional, Privado y Público incluso creando nuevos tipos de convenciones, pactos o leyes internacionales intermedias, transdisciplinares y específicas.

3.- El futuro de la codificación.

Los códigos que obedecen a un único plan sistemático dejarán de existir, cualquier parte del ordenamiento jurídico podrá leerse a través de distintos tipos de planos de lectura, planos asociativos, cronológicos, alfabéticos o sistemáticos todos a la vez intelegidos solo con las referencias adecuadas de los hechos. Internamente el artículo también deberá cambiar su estructura desde el desarrollo de un lenguaje técnico como el procesamiento del lenguaje natural. El desarrollo de una sintaxis jurídica permitirá la diversidad de planes. La estructura del ordenamiento jurídico, quizás descansa en átomos más generales que la numeración articular, en ese sentido, los derechos podrían perfectamente unirse por sus elementos naturales (titulares, destinatarios, contenido, límites y garantías) en una sola unidad de lectura.

Este es el principal aporte de la filosofía analítica y por cierto del positivismo en general. La unión entre matemáticas y lenguaje es justamente necesaria en el Derecho contemporáneo. Desde ahí el desarrollo lógico fue transversalmente útil en nuestra concepción del mundo. Las tablas de verdad de las cadenas de proposiciones que distribuyen las diferentes clases de juicios, nos permiten conocer las demostraciones de hipótesis complejas, permiten juicios que se verifican en la programación anticipada de los conflictos con un carácter general y uniforme. Es decir, el procesamiento del lenguaje, necesariamente pasa de una lógica formal a una proposicional, a través de una pluralidad de métodos jurídicos.

También se podría anticipar el cambio interno en la composición de los tribunales. Desde luego no serán necesarios los actuarios, secretarios y ministros de fé. Pero interesante sería la inclusión de analistas de jurisprudencia que hagan predicción de hechos y casos. El poder de ellos será tal en cuanto su tarea se sistematice, ya que indirectamente actuarían como un jurado cívico al cual incluso antes de demandar se le puede consultar su análisis (un nuevo oráculo). Hoy esta tarea en Derechos Consuetudinarios, está a cargo de los Software descritos, por abogados e informáticos, seguramente labor que será importada por los Estados.

4.- Las bases de una nueva codificación.

Observamos que, el esfuerzo codificador ha sido una constante en la historia del Derecho, pues viene a complacer 3 principios fundamentales del orden cívico: El principio de justicia, el de publicidad de lo justo; y el principio de certeza jurídica. La codificación trae consigo el problema de la extensión inagotable de las leyes, del cual resulta un ordenamiento jurídico puramente aditivo, sin la coherencia universal de la norma, perdiendo con ello toda su riqueza intencional. La de poder complacer diversos supuestos de hecho, y con ello economizar la vida jurídica, simplificando las necesidades de la ciudadanía en sus justas causas de pedir, esperar sanciones y garantías a sus derechos. Tal metodología iría en desmedro del principio de certeza jurídica, e incluso del de justicia, pues el ordenamiento jurídico en su cuerpo abultado, impediría incluso el acceso del juez a la ley.

Los métodos sistemáticos de Codificación, que ilustraron el positivismo, complacen el principio de certeza jurídica, ya que las leyes codificadas con origen en un axioma indubitado permiten formular inferencias, y posibilitar el reconocimiento del Derecho merced a la forma, y a la función denotativa que debe importar a un sistema de leyes. Así, el axioma no es otro que el esbozado gruesamente, como dijo Hegel “La Ley es justa porque se le acepta como tal”.

La metodología de codificación que incorpora a un Derecho Consuetudinario, si bien integra métodos deductivos basados en axiomas incorporados por el legislador, y métodos inductivos por el cual se le reconoce al juez innovación para extraer principios que armonizan la ley con las demás fuentes del derecho, no complacen el principio de publicidad de lo que se espera justo. Pues a la ciudadanía no cabría informar sólo de las leyes así codificadas, sino también de la jurisprudencia de la cual se observa el estado actual de la vida en derecho. El principio de certeza jurídica, a su vez, tendría que demostrarse no solo en la norma, sino en los investidos para aplicarla. Del mismo modo, los principios que el juez pudiera reconocer en el balance de la norma con las prácticas y máximas de la experiencia, pudieran comportar un sistema de precedentes en coexistencia con las formas lógicas deductivas de la ley. En consecuencia, los principios que el juez obtendría por inducción, servirían para extender consecuencias jurídicas a nuevos supuestos de hecho, y el rol formal de la ley y del legislador,

podría verse empañado. Surge entonces la pregunta: ¿puede el esfuerzo codificador salvaguardar los 3 principios enunciados?

La respuesta está en la manera en que una ley es leída. Y esta nueva lectura ha de impactar en el núcleo mismo de lo que tenemos por lectura de un texto legal. Hasta hoy leemos por la lógica formal, el razonamiento deductivo, ir de un inciso a un artículo, de un artículo a un título, del título a un libro y a su categorización, y de la materia a su tematización general y específica. Todos estos modos por los que un cuerpo normativo nos es inteligible, suponen una lectura de alineación de signos con elementos gramaticales, lógicos y sistemáticos bien definidos. ¿Pero qué ocurriría si la lectura de la ley se elevara desde el plano de signo, al de símbolo, y la ley misma se tuviera por un espacio de coordenadas y mapas, por el cual en una sola ley se encuentre el camino y la reconducción al ordenamiento jurídico en su totalidad?

Puede afirmarse que en la lógica que sustancia el lenguaje informático, se halla en esencia lo que puede ser un nexo, sin un anexo tipográficamente concebido, elementos uniformados que no requieren cargas de lecturas con alineaciones a la página, vínculos que no requieren términos exhaustivos, pues en este orden, la lectura deja huella y cuya esencia es la reconducción, antes que el avance a través de un texto como simple carga visual.

La labor del legislador iría acorde a lo que en esencia es la practicidad de un lenguaje, definido por sus facilidades de empleo, a la manera en que un martillo lo es por el golpear, el fuego por el quemar, el perfume por el oler, tal es, un precepto legal que tiene al uso por espíritu. Estaríamos ante una ley, a la que antes de darse por definida y cerrada, le cabría llamarse a sí misma en múltiples y simultáneos tiempos vocativos y cuyo campo de sentido sería infinito, no en el modo en que necesariamente se presenta, sino en el que los usuarios la buscan. Al destinatario de la norma, no le cabría esperar pasivo los efectos deseables de justicia, publicidad y certeza, pues la misma norma se le hace idónea, llamativa y apropiable. He aquí el marcado componente activo por el cual una ley se torna deseable y se la incorpora al propio lenguaje, afanosamente empleada por quien busca y sin más, encuentra. Se hablaría por fin de una ley a la mano, o si se quiere, de las maneras de una ley, y no simplemente de una ley frente a los ojos.

BIBLIOGRAFÍA.

Anuario Mexicano de Historia del Derecho, La crisis de codificación y la Historia del Derecho, [En línea] México, NARVAES HERNÁNDEZ, JOSÉ [fecha de consulta 22-04-2020] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont> página 2.

ARISTOTELES, Política, Madrid España, Editorial Gredos, 1988 página 214.

ATRIA, FERNANDO “La forma del Derecho” Buenos Aires, Editorial Marcial Pons año 2016. Capítulo 6, página 101.

BRAVO, LIRA BERNARDINO, “Puntuales de la codificación en el Viejo y en el nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile, p101 en el “código civil de Chile (1855-2005”, Alejandro Guzmán Brito, Santiago de Chile, Lexis Nexis 2007

BRITO GUZMÁN, Alejandro, El origen y desarrollo de la idea de codificación del Derecho en **El código civil de Chile, 1855-2005**, revista Lexis Nexis: página 7, año 2007.

BOTTERO, J. Mésopotamie, la raison, l’écriture et les dieux, París ED Gallimard 1998, p306.

BOURRIAUD NICOLAS, “Estética relacional” España Ed Paidos, 2002. p.19.

Cátedra de Derecho Civil de los Profesores Gonzalo Figueroa y César Parada, ponencia de GUZMÁN BRITO, Alejandro (Primera conferencia, Mayo de 1983, Universidad De Chile) La codificación del Derecho, Chile, p14.

Código Civil, Mensaje, Santiago Chile, primer y segundo párrafo 1857.

CABRILLAC, REMY. Las codificaciones, Santiago Chile, ED Flandes Indiano 2004 P168, colección “Derecho Francés Contemporáneo”.

CAPPELLINI PAOLO, Systema Iuris tomo II; Per la storia del pensiero giuridico moderno, Milan Italia, Ed Giuffre, 1985 p426.

CORNU, G Codification contemporaine: valeurs et langage, in L’art du droit en quête de sagesse. París ED, Gallimard 1998, p361.

CORNU G, Linguistique juridique, Montcherestien, París Francia, Editorial Domat, 2º ed., 2000, pág 83.

CORRAL TALCIANI, Hernán “De la ignorancia de la Ley y su principio de inexcusabilidad” Santiago, Editorial Jurídica 1987, página 33.

DAVID, RENÉ, Tratado elemental de Derecho Civil Comparado. Santiago Chile, Editorial Olejnik p 121 de 537. 2018.

DELEUZE GILLES, “El abecedario de Gilles Deleuze” [en línea] videoentrevista [fecha de consulta 20 de julio del 2021]. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dsGF3btWi04&t=1352s> París, 1998, min 30.

DE SIEBEICHLER ANDRADE, FABIO. Crónica de la codificación, Porto Alegre, Brasil. Editorial Livraria do Avogado, 1997. pág 173.

DÍAZ, ELÍAS Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid España, Editorial Taurus, 1974 pág 94.

DICCIONARIO RAE [En línea] España, Real Academia de la Lengua española, [consulta de 22-04-2021] <https://dle.rae.es/c%C3%B3digo>

EHRlich EUGEN “Freie Rechtsfindung und freie rechtswissenschaft” Leipzig, Ed. Aalen, 1987 pág 27.

ESQUILO, Las euménides. Buenos Aires. Editorial e inmobiliaria Florida 1957 tercera edición, página 342-343.

FUCHS, E. Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe Alemania, Ed, G. Braunschweig, 1909 311p.

FUCHS, E “Juristendenken und Juristensprache”, Berlín Alemania, Ed Die Justiz, 2da Edición, 1926 p 23.
GARCIA AMADO, JUAN. “Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre”, proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, que lleva por título “La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho” p.13 1994.

FUCHS ERNST “Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz” Berlín, Ed C. Heymanns Verlag 1908, p 243.

GARCÍA AMADO JUAN. “Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre”, proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, “La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho” 1994 pág 7.

GIANNINI, Humberto. Breve Historia de la Filosofía 5ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria año 1985, página 70.

GONZÁLEZ, GONZÁLEZ, MANUEL, La codificación del Derecho, Seminario, Instituciones del Derecho Romano, UNAM Distrito Federal, México, 2015.

GROSSI, PAOLO, Assolutismo Giuridico e Diritto Privato, Milano, Editorial Giuffrè 1998, p1.
IHERING VON RUDOLF, “El espíritu del derecho romano y las diversas fases de su desarrollo”, Granada España, Editorial Comares, 2011 p 91 de 838

CONFERENCIA, Procesamiento del lenguaje natural para DUMMIES, (Madrid junio 2018) **Ignacio Alonso Delgado** [En línea] https://www.youtube.com/watch?v=gY5YW8w_K8I

KALINOWSKI, GEORGE. Introducción a la Lógica Jurídica, Santiago de Chile, Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018, pág 7 de 175.

KANTOROWICZ, ERNST “Der Kampf um die Rechtswissenschaft” Berlín, Ed Heidelberg. 1906, pág 52

LARENZ, KARL. Metodología de la ciencia del Derecho, Madrid España, editorial Tecnos 1994, pág 86.

LARNAUDIE, FERDINAND, CONFERENCIA, “El derecho público, su concepción y su método” (College Libre de ciencias sociales, 22 de noviembre 1909).

LEIBNIZ GOTTFRIED, Escritos de filosofía jurídica y política, España, Biblioteca Nueva Cegal, 2001 Página 382 colección clásicos del pensamiento.

LEIBNIZ, GOTTFRIED, “Discurso de metafísica” Madrid, España, Editorial Alianza, 2017, p34.

NN “La epopeya de Gilgamesh”, México, editorial Tomo, 2013 página 124.

CONFERENCIA, Taller de procesamiento del lenguaje natural y sus aplicaciones en poesía. (Barcelona, Agosto 2016) **Nuria Bel** [En línea] <https://www.youtube.com/watch?v=XkqT1MJTosA&t=4443s>

ORREGO, JUAN ANDRÉS. Apuntes de Derecho Civil, El ordenamiento Jurídico, La codificación, página 14 la codificación [Apuntes en Línea] fecha de consulta mayo 2020. Disponible en:
<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-c%C3%B3digo-civil-y-la-teor%C3%ADa-de-la-ley/>

RIPERT GEORGE , Les forces créatrices du droit. París Ed Actes 2002 Pag 28.

ROUSSEAU, JEAN JACQUES “El contrato Social”, España, Ed Losada 1998, libro II, capítulo VII.

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho. Madrid España, Editorial Universidad Carlos III de Madrid. 2015 pág 135.

SERRES, Michell, Las nuevas tecnologías, revolución cultural y cognitiva. [En línea videgrabación], ParísFrancia, año 2015, disponible en [\(70\) Michel Serres Las nuevas tecnologías, revolución cultural y cognitiva - YouTube](#).

CICLO DE CONFERENCIAS SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA. Expone SUSSKIND RICHARD. [EN LÍNEA] Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana 2020.
https://www.youtube.com/watch?time_continue=19&v=KVkdCfvoN1k&feature=emb_titl

VIEHWEG, THEODOR. Tópica y Jurisprudencia, Madrid España, Editorial Taurus, 1964, pág 27-28.
WITTGENSTEIN, LUDWIG “Tractatus Logicus Philosophicus” Madrid, España. Editorial Alianza 2012, párrafo XIV 3.02 páginas 192.

WATSON, ALAN, La formazione del Diritto Civile, Bologna, Italia, Editorial Universale Paperbacks Il Molino, 1986, 270 p.

WESENBERG, GERHARD, WESENER, GUNTER, Storia del Diritto Privato in Europa, Padova Italia, Editorial CEDAM, 1999, p278.