

LA VULGARIZACIÓN DEL DERECHO LEGISLADO*

Adrián Fuentes Campos

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata, en un principio dos temas muy distintos entre sí. En primer lugar habla de la vulgarización, aquel proceso que vivió la sociedad romana y en especial el derecho romano que provocó el nacimiento, dentro de este orden jurídico, de una nueva forma de crear y vivir el derecho, la cual se denominó derecho romano vulgar. En segundo lugar, trata la descodificación como el fenómeno jurídico que afecta actualmente a nuestros códigos y a nuestra forma de ver el derecho.

Pero, ¿por qué analizar dos temas tan diversos? Por una razón muy sencilla, ambos implicaron en su momento un cambio en la estructura jurídica de un orden social y legal, ambos tienen características y formas que los hacen independientes, pero a la vez similares.

Aun así, la pregunta subsiste, ¿Qué relación puede haber? La respuesta o el inicio de esta respuesta se encuentra al leer esta tesis: la descodificación, de la cual se habla y estudia ampliamente, es parte de un proceso mucho más amplio, que he titulado la vulgarización del derecho legislado.

Utilizo la palabra vulgarización debido a que si seguimos el criterio de que existe una descodificación, nos daremos cuenta que esta se da en un plano más bien legal y en torno a los códigos, la vulgarización, como intentaré demostrar, es un proceso que incluye a la descodificación, y que al igual que la sufrida por el derecho romano, tiene como actores fundamentales a las leyes, la jurisprudencia, la doctrina y a la costumbre.

La presente tesis, por tanto, pretenderá demostrar que presenciamos un cambio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, cambio que consiste en dejar atrás a la norma legislada como única fuente de derecho, para llegar a un sistema en el cual la jurisprudencia y la doctrina que se elaboren, sobre la base de los casos y los problemas jurídicos que nacen de la práctica, tengan un papel preponderante.

CAPÍTULO I

Vulgarización y derecho romano vulgar

La presente tesis podría comenzar derechamente tratando el tema de fondo que nos ocupa, cual es el poder establecer que más que una descodificación lo que afecta a nuestro sistema legal es un proceso de vulgarización del derecho, lo cual, sin embargo, requiere como primer paso, necesario y imprescindible, el determinar cómo han sido definidos, a través de los estudios histórico-jurídicos, y tratar de exponer qué se entiende o ha entendido

* Tesis presentada para optar al grado de Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, dirigida por el profesor Alejandro San Francisco Reyes.

por conceptos tales como “vulgarización”, “derecho romano vulgar”, así como también que se ha pretendido conceptualizar a través del término “descodificación”.

Por esto, en primer término, pasaremos al análisis de la vulgarización como fenómeno histórico y por ende llegaremos al estudio de lo que los distintos autores han denominado derecho romano vulgar, tratando de mostrar de una forma clara en qué consistió este proceso jurídico que afectó al derecho romano, cuáles fueron sus causas y efectos y a través de este examen poder, si de esta forma se puede decir, extrapolar este concepto. Junto a ello se expondrán los síntomas o muestras de vulgarización que se pueden observar dentro de nuestra praxis tanto legislativa como forense o, visto de otro modo, cuales son los factores que permiten la utilización de este concepto histórico para el momento en que se encuentra nuestro quehacer jurídico moderno.

El concepto de vulgarización, y en especial el estudio de lo que se ha llamado derecho romano vulgar es, con relación a otras ramas de estudio dentro del mismo derecho romano, relativamente nuevo. La discusión del concepto actualmente se encuentra en un *statu quo*. Tuvo, a fines del siglo XIX y en la primera mitad del siglo, una amplitud e influencia que aun se hace notar dentro de los estudios que en la actualidad se realizan en torno al derecho romano. El primer estudio que se hace respecto de esta materia es el realizado por el autor alemán Heinrich Brunner, en 1880; su importancia radica en que es el primero que da cuenta en forma ya más clara de la disonancia que existía entre lo que se denomina el derecho romano clásico y las prácticas de derecho que habían adoptado los distintos pueblos germánicos, ya sea a través de la romanización o por medio de la adaptación a la que se habían sometido al penetrar en los distintos territorios del Imperio. Brunner, al respecto, y utilizando a modo de analogía lo que en lingüística en esa época se llamaba “latín vulgar” en contraposición al latín puro o clásico, ve en estas prácticas jurídicas lo que él llama “derecho romano vulgar” y que identifica con las prácticas jurídicas provinciales dentro del Imperio.

En su obra *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*, sostiene:

“Como al lado de la lengua escrita latina se hablaba en las diferentes provincias del imperio occidental romano un latín vulgar, que dio a la lengua de la legislación y de los documentos de los germanos su colorido propio, así se desarrolló entre los provinciales romanos un derecho vulgar que se adecuaba menos a la lógica jurídica que a las necesidades prácticas de la vida y se presenta como una evolución o, si se quiere, como una degeneración del derecho romano puro”¹.

Este primer paso en cuanto al análisis y estudio de este fenómeno es seguido y profundizado por otros autores, como Ludwig Mitteis, Ernst Levy, Franz Wieacker, lo cual a su vez llevó a la discusión de si este derecho vulgar era una degeneración del derecho clásico o una forma que tuvo la sociedad de adaptar su sistema jurídico y hacerlo evolucionar en pos de obtener las respuestas necesarias para los problemas que continuamente se suscitaban. La primera tesis, esto es plantear al derecho romano vulgar como una degeneración del derecho romano clásico, es sostenida por Brunner y Mitteis, entre otros, quienes sostienen que este derecho vulgar, al igual que el postclásico, son formas o estructuras jurídicas que se encuentran en un notorio pie de inferioridad frente al derecho romano clásico, asimilándolo de forma peyorativa y menospreciada frente a este último, lo cual se manifestó por la caída o déficit tanto en la actividad jurisprudencial de los juristas, así como también por el cuasi desaparecimiento de la labor jurídica de los pretores; Mitteis en este sentido, al hablar del *Vulgarecht* y al contraponerlo con lo que llama *Volksrecht*, establece que el derecho romano vulgar no es sino un derecho romano degenerado y simplificado por interpretaciones erradas e influencias provinciales².

¹ BRUNNER, Heinrich. *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*. Berlín, 1880, pág. 113. Citado en Iglesias, Juan. *Derecho romano, instituciones de derecho privado*. Barcelona, pág. 42.

² MITTEIS, Ludwig. *Reichsrecht und volkrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*. Leipzig, 1891.

Con posterioridad este derecho se vería influenciado por el cristianismo y los derechos de los distintos pueblos germánicos asentados en los territorios del Imperio, lo cual dio origen a lo que se conoce como las leyes bárbaro-romanas. Si bien el fenómeno del vulgarismo y en especial el derecho romano vulgar se caracterizan por una simplificación y recopilación de las obras romanas clásicas, así también la técnica y exquisitez jurídica se ve superada por las necesidades prácticas de la sociedad.

“Lo clásico pervive en lo postclásico, y no solo por lo que entraña en progresión, sino también por la falta de graves contrastes entre las sumas concepciones paganas y cristianas.

“En la época postclásica, perdido ya el alto significado institucional de la jurisprudencia y la pretura, y hasta quebrados los viejos resortes de la sociedad romana, cobran vigor, bajo sello de liberación o independencia, las instancias que operan en la práctica. Es el momento del “vulgarismo”, tendencia que importa, en definitiva, la imposición urgente y autónoma de lo concreto, en su desnudez real y viva.

“Quedan atrás las figuras bien elaboradas de los clásicos. No se advierte ahora aquel ajuste, aquella disposición y conformidad de las antiguas instituciones. Falta la sabia mano operadora del jurista.

“El “vulgarismo” –o si se quiere, el derecho que de este toma el estilo y carácter el derecho romano vulgar– ignora las doctas maneras de definición y tamización de lo jurídico. Priva lo vital, en todo lo que tiene de crudo y primario.

Si esto es el “vulgarismo”, queda todavía por saber su verdadero significado frente a la doctrina y la legislación de la época, y también frente al fondo de los principios cardinales heredados”³.

La segunda tesis, esto es, ver que el vulgarismo y su manifestación jurídica, el derecho romano vulgar, más que una degeneración son una evolución del derecho romano y del estilo de vivir en sociedad que se adopta frente a la cambiante realidad en la que se encuentran inmersos, sin desconocer que el derecho romano vulgar, como una forma jurídica más simple y menos doctoral, es la consecuencia directa o indirecta de las distintas circunstancias y hechos que afectaron tanto al Imperio como estructura político-económica a partir del siglo III d.C., lo cual provocó un cambio tanto en la forma de aplicar el derecho romano, así como también en la forma como este se creaba.

Estos factores, que serán analizados posteriormente, son los que en definitiva dieron lugar al nacimiento del derecho romano vulgar, el cual permitió de una u otra forma que el derecho romano sobreviviera a los tiempos y que permitiera en definitiva que llegara a nuestro conocimiento y estudio independientemente del resurgimiento que provocó el redescubrimiento de las obras clásicas de derecho durante los siglos XII y XIII con el surgimiento de la escuela de Bolonia. Los autores que postulan esta segunda tesis, entre los cuales destacan Wiaecker, Calasso⁴, entre otros, se sustentan en las distintas circunstancias que marcaron el desarrollo de la ciencia jurídica a partir del siglo III d.C., llegando a ser una especie de categoría propia de derecho que se aplicaba en las distintas provincias del Imperio, pero que en definitiva seguía siendo en su esencia derecho romano.

Para estos autores, el derecho vulgar y el vulgarismo se encuentran en una posición contrapuesta al “clasicismo” como actitud intelectual, estableciendo que el vulgarismo tiene su fuente primera en la carencia de juristas, quienes son los que le dan al derecho su carácter depurado y científico. Así, el derecho romano vulgar sería concebido como “algo vivo, nacido de las propias necesidades de la vida, superando los rígidos marcos de la legalidad y plasmarse en formas espontáneas carentes de tecnicismos jurídicos”⁵. En este mismo sentido Kaser⁶

³ IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de derecho privado. Barcelona, 1965, págs. 42-43.

⁴ CALASSO, Francesco. Medioevo del Diritto. Le fonti, Milán, 1954, pág. 59.

⁵ MONTANOS FERRIN, Ema y SÁNCHEZ-ARCILLA, José. Historia del Derecho y de las instituciones (Tomo I), Madrid, 1991, pág. 339.

⁶ KASER, Max. Derecho romano vulgar tardío. Anuario de Historia del derecho español (AHDE), Tomo XXX, Madrid, 1960.

establece que si bien el derecho vulgar es un derecho menos culto, no por esto deja de ser un derecho vivo, creador de nuevas soluciones que responde a las nuevas necesidades de su tiempo.

Es así como se plantea que el vulgarismo y su expresión jurídica, que es el derecho romano vulgar, entendiéndose por tal una cierta deformación e incompreensión del derecho hasta la época constituido, no son un mal que debiera ser menospreciado *per se*, puede ser un mal que influyó en la labor de juristas y legisladores y que traduce en definitiva en una mala interpretación y aplicación del derecho vigente; pero a su vez es un bien porque permite la sobrevivencia de este derecho a través del tiempo, además que el derecho vulgar o clásico siempre será una creación de juristas, sean estos buenos o malos.

De esta forma, y como lo plantea el profesor García-Gallo, el Derecho como ciencia al igual que la cultura implica o tiene distintos grados o niveles de aceptación y madurez, dependiendo de la época y del componente social en el cual se encuentra inmerso. En consecuencia, se pueden encontrar distintos niveles de aplicación, ya sea un "nivel culto" que es aquel donde podemos encontrar a los juristas y las personas estudiosas de este derecho, un "nivel de aplicación efectiva" manifestado en las actuaciones, ya sea de la autoridad o de los magistrados en la vida ordinaria, y por último un "nivel popular", en el cual existirían distintos subniveles de acuerdo al grado de cultura de la gente, que no es perita o experta en derecho y que trata de ajustarse a él, aunque a veces no acierte. Es este nivel popular el que tiene una gran importancia, ya que es en este nivel en el que se efectúa la mayor parte de los actos jurídicos y que son hechos con el asesoramiento de un técnico solo en caso de duda.

Por lo tanto, dice García-Gallo, el derecho de una determinada época es uno solo y el mismo, aunque en él pueden darse distintos niveles de aplicación y conocimiento, por lo tanto el problema radicaría en las posibilidades de conocimiento y aplicación de este derecho y de aquí la importancia que tiene el nivel popular de conocimiento en la época postclásica y por ende en la formación de lo que se denomina derecho vulgar⁷.

Por otra parte, y de la misma forma en que distintos autores han tratado el surgimiento de esta nueva forma de derecho y que la han llamado derecho romano vulgar, existen otros que reconociendo la validez y enraizamiento de esta calificación y sin por ello contradecirla, hablan de que más allá de existir un derecho vulgar, lo que se dio fue una predominancia del derecho de la práctica, fenómeno que se da en especial durante el periodo del Dominado, que se inicia a partir del siglo III d.C.

Este derecho de la práctica tendría su razón de ser y de existencia en el enfrentamiento que existe entre el derecho legislado, el cual manifiesta la voluntad y la facultad legislativa del emperador, y la costumbre, que es vista como una enemiga de la certeza que otorgaba el derecho legislado, pero que a su vez es la forma que se tuvo de adaptar el derecho a las cambiantes necesidades de la época.

Es importante recalcar que la costumbre se vería constantemente limitada en pos de defender la validez de las normas escritas o legisladas de la época, ya que si el emperador es el único capaz de crear una norma de derecho, no queda mucho lugar para la costumbre, aunque sea esta la llamada a interpretar dichas normas.

De esta manera se puede enfrentar una pugna o conflicto entre el derecho oficial y el derecho de la práctica, el cual se da en distintas épocas y bajo distintos argumentos y formalidades, pero, para el fenómeno que aquí intentamos exponer, esto es el derecho romano vulgar, se hace más patente e importante. Es a partir del siglo III, con el advenimiento del Dominado, como forma política y legislativa, que este conflicto se pone de manifiesto con mayor fuerza:

⁷ MONTANOS FERRIN, Ema y SÁNCHEZ-ARCILLA, José. *Op. cit.*, pág. 340.

“... surgiría con fuerza el divorcio entre el derecho oficial y el derecho de la práctica –señala Iglesias–, en estos momentos la jurisprudencia oficial se ha desentendido de las necesidades de la práctica y se ha puesto al servicio del poder, que pretende configurar la sociedad por medio de la ley, conforme a unos esquemas que responden a los intereses de política imperial y no a las necesidades de la sociedad”⁸.

Siguiendo con esta línea de análisis, y para no caer en una confusión, no se debe suponer que la existencia de estos dos conceptos trajeran consigo la existencia de dos ordenamientos jurídicos separados y distintos, esto porque el derecho legislado nace con una finalidad determinada, cual es el que en definitiva sea utilizado y aplicado por la sociedad y para esto cuenta con el apoyo del poder político:

“No son dos círculos separados, sino secantes, que a veces pueden coincidir –o al menos así puede parecerlo– plenamente, desapareciendo entonces la oposición... y a veces puede ofrecer grandes diferencias”⁹.

Esta yuxtaposición, en que muchas veces se subordina al derecho de la práctica frente al derecho legislado o viceversa, va a variar de acuerdo a cada ordenamiento jurídico y es así como se puede ver que este fenómeno no se da o no se puede observar en la parte oriental¹⁰ del Imperio, y si afecta en forma clara a la parte occidental por distintos factores, sean estos de carácter político, económico o religiosos.

El estudio, por ende, de lo que llamamos derecho romano vulgar debe ser realizado en el lugar donde este surgió, que por lo demás es en donde puede tener mayores efectos tendientes a encontrar o vislumbrar una identificación adecuada. Durante el Dominado asistimos a un continuo enfrentamiento entre dos formas de crear y aplicar el derecho, estas son la voluntad imperial, reflejada en el emperador y sus constituciones, y las aspiraciones sociales por hacer aplicable el derecho a sus diversos problemas. Es esta oposición la que se ve reflejada en último término, ya que en definitiva se encontrarán juristas que tratan de preservar los principios y formas heredadas aun a costa de sacrificar y de defraudar las aspiraciones de su época, frente a otros que, con confusiones e incongruencias, aplicando estos mismos principios jurídicos, tratan de entregar nuevas respuestas y soluciones, obviando muchas veces la rigidez y la extrema lógica de los sistemas heredados, pero que con esto, la más de las veces inconscientemente, van creando una nueva forma de formular el derecho y dan origen a nuevos sistemas, mejor adaptados a una sociedad cambiante.

Pero es importante aclararlo: en esta época tanto el derecho oficial como el derecho romano vulgar o de la práctica se oponían y chocan con la tradición jurídica del derecho romano clásico, aunque como solución son admitidos y por tanto diferentes. Esta desavenencia se produce sustancialmente porque tiene un origen o fuente distinta, y si bien este origen es la voluntad del príncipe, que en nuestro período de análisis es la única forma de creación, renovación e interpretación del derecho, dio pie a la existencia de una especie de sistema jurídico yuxtapuesto, semejante o distinto si se quiere, que fue el que en definitiva le dio vida a una estructura jurídica que en cierta forma estaba agonizante, el cual denominamos derecho romano vulgar.

Luego de este breve paso por la discusión que existió y existe en cuanto a qué se considera derecho romano vulgar, enunciaremos, en la medida de lo posible, algunos conceptos que

⁸ IGLESIAS FERREIROS, Aquilino. *La creación del derecho, una historia de la formación de un derecho estatal español*, Manual, Tomo I, 2ª edición corregida, Madrid, 1996, pág. 176.

⁹ IGLESIAS FERREIROS, Aquilino. *Op. cit.*, pág. 177.

¹⁰ Esto más que nada por la metódica labor de estudio y rescate de las obras jurídicas clásicas que se llevó a cabo en las universidades que a la época existían en esta parte del imperio como también por el impulso que tuvo la labor jurisprudencial bajo el gobierno de Justiniano, que dio origen a lo que hoy llamamos *Corpus Iuris Civilis*, y que provocó un renacimiento en las formas clásicas de estudiar, aplicar y crear el derecho.

nos ayuden a identificar al derecho romano vulgar como una parte del derecho romano post-clásico y asimismo establecer de manera escueta algunos conceptos o definiciones de derecho postclásico.

En cuanto a la definición de derecho romano vulgar podemos citar a Pérez-Prendes¹¹, que dice, “damos el nombre vulgarización al resultado del proceso de transformación que en el periodo postclásico (aproximadamente desde el 230 d.C. hasta el fin del imperio) sufrió el derecho romano”. Cabe hacer notar que este autor hace idénticos a conceptos que se influyen mutuamente pero que en su esencia son distintos. Por otra parte Aquilino Iglesias dice: “el derecho romano vulgar... se presenta como el derecho que, frente al oficial que el poder político trata de imponer, la misma sociedad hace surgir para dar respuestas a sus necesidades”¹²; en tanto, Barrientos lo define como “empobrecimiento interno de la forma de hacer derecho y que tuvo como principal tendencia la compilación y simplificación de los textos de los juristas clásicos más afamados... la costumbre pasa a ser una fuente independiente de derecho que ya no se integra a través de la jurisprudencia”¹³.

Asimismo, y como ya se dijo anteriormente, tanto Brunner como Mitteis lo definen como “derecho romano degenerado y simplificado por interpretaciones erradas e influencias provinciales”; otros autores hablan de que este derecho sería “derecho romano clásico influenciado por prácticas, usos, y costumbres provinciales. Influyen también el cristianismo y los derechos de los pueblos germánicos vecindados en las tierras del imperio”. Wieacker, al tratar este tema, dice que el derecho vulgar es “un abandono del nivel estilístico propio de una jurisprudencia estilizada”; mientras García Gallo dice que “se daba en la práctica (el derecho romano vulgar) dentro de concepciones romanas, sin la preocupación rigurosa de atenerse a la letra de los textos y a través del cual la sociedad resolvía sus problemas y negocios jurídicos conforme a usos y costumbres”.

Con estas conceptualizaciones se puede afirmar entonces que el derecho romano vulgar no implicó necesariamente una corrupción o degeneración del derecho existente, sino que fue una forma de derecho que nació para adaptar este derecho a las nuevas necesidades. El derecho romano vulgar dio pie, sin duda, a una simplificación y a la vez un alejamiento de los tecnicismos clásicos, pero su fin era lograr una rápida adaptación del derecho tanto a las necesidades sociales como también utilitarias y psicológicas de una sociedad enfrentada a cambios tanto externos como internos, que exigieron de su sistema jurídico una rápida y expedita forma de solución de controversias y problemas.

Sin embargo, como ya se dijo anteriormente, se debe aclarar que si bien el derecho vulgar es una parte del derecho postclásico, no se puede utilizar el concepto de derecho vulgar para englobar a todo el derecho postclásico, porque, como dice Maximiano Errázuriz, “el derecho postclásico procura establecer principios de los que se deducen las soluciones (generalización). Desaparece el procedimiento formulario y los medios procesales dejan de ser el corazón del derecho privado. Se gesta un sistema de derechos subjetivos en que la acción solo es la consecuencia del derecho que se tiene”. En cambio, y en palabras de este autor, el derecho romano vulgar tiene su manifestación en cuanto a que “se hacen resúmenes simplificados de obras de jurisprudencia romana clásica... predomina la costumbre por sobre la fuente legislada, se pretende adaptar los textos clásicos a las situaciones actuales y se trata de hacer más fácil el uso de las normas que se consideran oscuras con un fin de práctica forense”¹⁴.

¹¹ PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Curso de historia del Derecho español, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 351-352.

¹² IGLESIAS FERREIROS, Aquilino. *Op. cit.*, pág. 176.

¹³ BARRIENTOS, Javier. Lecciones de introducción a la historia del derecho chileno.

¹⁴ ERRÁZURIZ Maximiano. “Apuntes de Derecho Romano, historia externa, bases de aplicación, periodificación y fuentes, estructura política y organización administrativa”. 1ª edición, 1989. Editorial Jurídica de Chile, págs. 52 y ss.

Por último, es importante analizar cuáles son los factores predominantes que provocaron el nacimiento de este derecho vulgar a partir del derecho romano postclásico y que han sido aceptados por la mayor parte de los historiadores que han tratado de explicar este tema y entre los cuales se encuentran el cristianismo, las invasiones germánicas, la crisis política y económica que afectó tanto al imperio como a las provincias, como también afectó por último a la ciudadanía y al mismo derecho romano postclásico. Pasaremos, por tanto, a explicar de forma breve cada uno de estos factores o elementos que de una u otra forma dieron origen a lo que llamamos derecho romano vulgar:

1. La crisis política y económica que a partir del siglo III afecta al Imperio y que influencia directa o indirectamente el desarrollo de la ciencia jurídica. La crisis tanto política como militar produce una fragmentación del Imperio, lo cual provoca que las distintas provincias comiencen a actuar y relacionarse de manera independiente; la forma de vida urbana da paso a una continua ruralización de la sociedad, y que, por lo tanto, los problemas que en ella surgen no encuentran una adecuada respuesta dentro de los esquemas tradicionales que entregaba el derecho romano clásico; de forma paralela se dio paso a una profunda crisis económica que tiene sus raíces profundas en la creciente insuficiencia de la base social sobre la cual recaen los impuestos para sostener todo el aparataje militar y burocrático del Imperio, lo que unido a un proceso inflacionario que no pudo ser detenido y a un continuo deterioro de la producción agrícola, produjo un menoscabo en las finanzas públicas. Esto es para algunos autores el factor determinante en la dictación de la *Constitutio Antoniniana* del año 212 d.C.¹⁵, que otorgó la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio y que es el paso final de la romanización jurídica en el ámbito personal y el primer paso de muchos que dieron origen al derecho postclásico y al derecho romano vulgar.

2. El derecho romano postclásico y la imposibilidad de acceder a obras jurídicas originales. La crisis mencionada anteriormente, unida a la ampliación de forma desmesurada de la base de población —que tenía sin duda distintos grados de romanización—, sobre la cual se aplicaba el derecho romano, provocó un enfrentamiento entre las instituciones y formalismos del derecho romano clásico con los usos y costumbres de las provincias. Esto, si se liga a la imposibilidad o dificultad que tenían los juristas y magistrados provinciales para acceder a textos de derecho originales, provocó que se procediera a “resumir o epitomar las obras de mayor prestigio de los grandes jurisconsultos con fines procesales”¹⁶. Es esta imposibilidad la que lleva a los jueces ya sea a improvisar soluciones o a aplicar los ordenamientos jurídicos existentes dentro de su provincia, lo cual produce un continuo roce entre las instituciones romanas y las indígenas, las cuales contribuyen a aumentar el uso de las formas jurídicas “vulgares”; también debe mencionarse que no solo la falta de textos de derecho fue la causa del nacimiento del derecho vulgar, sino que también se produjo durante la época del Dominado una carencia cada vez más aguda de juristas capaces de aplicar correctamente el derecho romano, lo cual da origen a un derecho “mucho más pobre e imperfecto, carente de estudios doctrinales que se limita a resumir y deformar, a veces hasta extremos inconcebibles de ignorancia (*interpretationes*), lo más elemental de los postclásicos sin manejar ni entender a los clásicos”¹⁷.

¹⁵ Esta *Constitutio* en parte decía: Es menester ante todo referir a la divinidad las causas y motivos (de nuestros hechos); también yo tendría que dar gracias a los dioses inmortales, porque con la presente victoria me honraron y guardaron salvo. Así, pues, creo de este modo poder satisfacer con magnificencia y piedad su grandeza al asociar el culto de los dioses a cuantos miles de hombres se agreguen a los nuestros. Otorgo, (pues), a todos cuantos se hallan en el orbe de la ciudadanía romana, sin que quede nadie sin una ciudadanía, excepto los dediticios. En efecto, conviene que a todos, no solo contribuyan en todo lo demás, sino que participen también de la victoria. Y esta constitución manifiesta la grandeza del pueblo romano...” (Traducción de Alvaro D’Ors) ESCUDERO, José Antonio. Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas, Madrid, 1987, pág. 119.

¹⁶ MONTANOS FERRIN, Ema y SÁNCHEZ ARCILLA, José. *Op. cit.*, pág. 310.

¹⁷ PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Curso de historia del Derecho español, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 352.

Además, y como signo evidente de este proceso, la ciencia jurídica se burocratiza y se sustituye, lo que hasta ese momento era la interpretación del derecho por la ejecución de los designios del príncipe¹⁸; ello produce, vuelvo a repetir, una pérdida de la perfección técnica de la época clásica, la cual solo deja o hace aplicable aquello considerado útil para la solución de los conflictos jurídicos.

Con esto el derecho postclásico comienza un avance paulatino hacia el uso de las formas jurídicas vulgares en desmedro de aquellas formas jurídicas romanas más clásicas y formales tanto en las provincias como en las mismas ciudades del Imperio. Esto último influenciado por lo que se dijo anteriormente, la carencia de textos jurídicos originales, como también por la importancia cada vez más concreta del *Dominus* en la creación de derecho a través de la legislación imperial que se manifiesta a través de *constitutiones* y *leges*.

3. El cristianismo. Si bien el influjo de esta nueva religión no se dejó sentir hasta avanzado el siglo II d.C., su fuerza y alcance se hace ya patente con la dictación por parte de Constantino del edicto de Milán en el año 313, el cual declaró la libertad de cultos dentro del Imperio (aunque Galerio unos años atrás ya había aceptado a la Iglesia como una entidad válida y terminó con las persecuciones), y recibe la consagración definitiva bajo el reinado de Teodosio II que la declaró la religión oficial del Imperio en el año 380; tuvo una influencia determinante no solo en el ámbito del derecho, sino que sobre toda la sociedad de la época.

Sin embargo, "sería erróneo considerar como derecho vulgar todas las innovaciones de origen cristianos que la legislación imperial introduce de modo consciente en el sistema jurídico"¹⁹.

No cabe duda alguna que el cristianismo produjo cambios trascendentales y permanentes dentro de la estructura social romana, y como dice Menéndez Pidal: "el cristianismo, en fin, señalaba a la comunidad humana fines supraterrénos, muy por encima de los destinos de la orgullosa *urbe eterna* y anteponía resueltamente a la ciudadanía romana otra universalidad, más extensa y más potente, no conquistada por las victorias de los *imperatores* militares, sino por el martirio de hombres humildes de todas partes, puestos en irreductible rebeldía contra todo el pasado de Roma".

Esto se dejó sentir con fuerza en el sistema jurídico, y se manifiesta en los siguientes aspectos:

- a. La Iglesia adopta y aplica las formas e instituciones romanas, "*ecclesia vivit de lege romana*". Es así que pasa de ser un conjunto de comunidades locales, bajo la autoridad de un obispo, a constituirse, debido a la quiebra de la sociedad urbana romana, en diócesis al estilo romano a cargo de un obispo "elegido por el clero y el pueblo, quienes al ejercer su potestad sobre comunidades urbanas y rurales de un determinado distrito, conformaron lo que en el futuro propiamente sería la jurisdicción episcopal"²⁰.
- b. La Iglesia, a imitación del sistema romano, da origen a instituciones jurídicas propias, las cuales con el tiempo son recogidas en lo que conocemos como derecho canónico. Este derecho toma las formas y la técnica del derecho romano y, por lo tanto, podemos considerarlo como un sucesor de la legislación romana.

Del mismo modo la ley romana toma aspectos del cristianismo y manifiesta profundas muestras de subjetivización, lo cual era el producto directo de la influencia de la nueva religión en los distintos estratos de la sociedad y en especial en el plano de los juristas. A

¹⁸ MONTANOS FERRIN, Ema y SÁNCHEZ ARCILLA, José. *Op. cit.*, pág. 311.

¹⁹ PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Curso de historia del derecho español, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 353.

²⁰ ESCUDERO, José Antonio. Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas, Madrid, 1987, pág. 171.

modo de ejemplo, el derecho en la época clásica emana de la acción que se tiene para poder ejercerlo; en cambio, en la época postclásica y en el derecho romano vulgar la acción emana del derecho que tiene un determinado titular, lo cual pone de manifiesto las formas subjetivas que el derecho adopta por la influencia de la nueva religión.

- c. Por último, los concilios comienzan a tener una influencia cada vez más gravitante dentro de la dictación, promulgación y creación de nuevas normas jurídicas, lo cual tiene su manifestación más directa dentro del reino visigodo, en particular durante su periodo toledano católico.

4. Influencia de los germanos. A partir del siglo III d.C. comienzan a producirse lo que dentro de la historia se conoce como las *migraciones germánicas*, las cuales entre otras consecuencias produjo un nuevo choque entre el derecho romano y aquellos ordenamientos jurídicos germanos que eran completamente ajenos y extraños frente al ordenamiento jurídico romano. El elemento germano tuvo en definitiva una especie de efecto catalizador dentro del proceso de vulgarización del derecho romano, ya que si bien dentro de los pueblos que ingresaron en el Imperio existían algunos con un grado de romanización mayor, como en el caso de los visigodos, esta no era pareja dentro de la totalidad de los pueblos germanos que entraron en contacto con el Imperio, y de la misma forma el grado de romanización que existía entre los germanos influyó de manera decisiva en el grado de adaptación que estos tuvieron frente a las instituciones jurídicas de Roma.

Analizados ya los factores que de una u otra forma dieron origen a lo que denominamos derecho romano vulgar, podemos decir a modo de recapitulación:

- i. Se debe hacer la distinción entre lo que se denomina vulgarización, como proceso de cambio (para bien o mal) que se vivió en el Imperio a partir del siglo III d.C., y la rama jurídica de este mismo proceso, en una relación, si se quiere, de género a especie, cual es el derecho romano vulgar. Esto no implicó necesariamente que estemos frente a un derecho degenerado o en decadencia, sino que es un derecho que nace con el fin de dar respuestas rápidas y concretas a la situación y problemas sociales que se viven durante el Bajo Imperio, así como también se da paso a consideraciones de tipo psicológicas, utilitarias o afectivas que tenían su fuente directa en el advenimiento del cristianismo.
- ii. Podemos definir a este derecho romano vulgar, siguiendo a García-Gallo, como "Aquel que se daba en la práctica, dentro de concepciones romanas, sin la preocupación rigurosa de atenerse a la letra de los textos y a través del cual la sociedad resolvía sus problemas y negocios jurídicos conforme a usos y costumbres". Podemos agregar a esta definición diciendo que el derecho romano vulgar es "Aquel derecho romano que, influenciado y simplificado por el elemento germánico, el cristianismo y la costumbre jurídica de las provincias del Imperio, fue la forma jurídica que se dio la sociedad romana a partir del siglo III con el fin de dar una solución rápida y efectiva a los problemas jurídicos que se suscitaban entre sus integrantes".
- iii. Las características de este derecho romano vulgar son:
 1. *Tendencia simplificadora*: lo que se manifestaba en el continuo desprecio y desuso en que cayeron aquellas distinciones clásicas del derecho romano.
 2. *Tendencia práctica*: los problemas jurídicos se solucionaban de una forma pragmática, tomando una importancia fundamental, dentro de este sistema, la costumbre como fuente creadora de derecho.
 3. *Tendencia naturalista*: se incorporan consideraciones de tipo económicas y sociales dentro de las normas y estructuras jurídicas, silenciándose a su vez las categorías conceptuales y la autonomía del derecho jurisprudencial.
 4. *Tendencia moralizante*: que se deriva del peso cada vez mayor que el cristianismo tiene dentro del Imperio.

Para finalizar citaré la opinión de distintos autores respecto de la importancia o relieve que tuvo el derecho romano vulgar como una de las formas jurídicas que forman parte de los antecedentes directos que tiene nuestro ordenamiento jurídico en su etapa formativa:

“Si la vulgarización (refiriéndose al derecho romano vulgar) significó una pérdida de perfección técnico-jurídica para la jurisprudencia romana, no hay que olvidar que hizo posible la aplicación en mayor medida de los principios del Derecho de Roma, logró adaptar este Derecho a las necesidades y facilitó el encuentro con el Derecho germánico, gracias a la común dosis de arcaísmo que en ambos existía...”²¹

Otro autor al tratar el tema dice: “Este Derecho (el derecho romano vulgar), que en la práctica se desarrolló en las Hispanias, como en otras partes, supone un gran retroceso en muchos aspectos sobre el clásico, pero también supuso un progreso respecto de algunas necesidades de la práctica jurídica, aun no muy en amplio número”²².

A su vez, Iglesias trata al derecho vulgar como: “Identificado el derecho romano vulgar con el derecho de la práctica, se presenta como el derecho que, frente al oficial que el poder político trata de imponer, la misma sociedad hace surgir para dar respuestas a sus necesidades... es también obra de juristas, que se apartan, sin embargo, de los tópicos de los que están al servicio del derecho oficial. Si ese apartarse de la lógica jurídica puede ser un síntoma de una formación inferior puede también ser manifestación de una nueva lógica que se abre camino con dificultad”²³.

“El derecho romano vulgar resultó ser así algo fundamentalmente pragmático, influido además por concepciones moralizantes que debilitaron la estricta lógica de los principios jurídicos... marginó las grandes distinciones conceptuales de aquel derecho clásico, eliminó sus más significativas construcciones procesales y simplificó, en suma, el gran aparato teórico en beneficio de una aplicación más práctica y sencilla”²⁴.

De este modo hemos concluido el estudio, de forma escueta y sencilla, del derecho romano vulgar, dejando en claro las distintas posturas que existen al respecto y que permiten encaminar y focalizar uno de los fenómenos más interesantes dentro de la historia del Derecho y que más adelante será el fundamento o sustrato de la vulgarización del derecho legislado.

CAPÍTULO II

La descodificación y su discusión histórica y jurídica

Han pasado ya casi 23 años desde la publicación de la obra de Natalino Irti²⁵, “La edad de la descodificación”, y sin embargo poco y nada se ha escrito a su respecto, lo cual puede tener tres interpretaciones:

1. Que lo expuesto en esas páginas no era aplicable a todos los ordenamientos jurídicos y que por tanto la estructura tanto jurídica como mental de la codificación pervive íntegramente hasta hoy, o
2. Que la descodificación es una parte de una transformación aún más compleja, lo que se denomina “globalización”, entendiéndose por esto la creación de un sistema jurídico internacional y que tendría una jerarquía y aplicación por sobre los ordenamientos jurídicos nacionales,

²¹ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio; GARCÍA MARÍN, José María: El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 93.

²² PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Op. cit.*, pág. 354.

²³ IGLESIAS FERREIROS, Aquilino. *Op. cit.*, págs. 176 a 178.

²⁴ ESCUDERO, José Antonio. *Op. cit.*, pág. 126.

²⁵ IRTI, Natalino. La edad de la descodificación, traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona, 1992.

3. Por último, entender que la “descodificación” tiene su fuerza y alcances propios y que, en consecuencia, nos encontramos inmersos dentro de un proceso de cambio (tanto en la forma como en la aplicación práctica del derecho) que supera con creces a la doctrina y más aún a los historiadores especializados en la materia, que utilizando la expresión popular “los árboles no dejan ver el bosque”, que todavía se encuentra anclada en conceptos y clasificaciones del siglo XIX y que se niegan a aceptar que la vieja estructura del Código, con sus principios y valores, están ya de cierto modo añejas y pasadas de moda.

Fue este cambio el que predijo Irti en su obra, que si bien en términos formales él reduce a dos materias jurídicas, abrió las puertas y los ojos de muchas personas que descubrieron que el derecho es algo vivo, que necesariamente debe ir de la mano con el espectro social en el cual se encuentra inmerso, reviviendo fuentes jurídicas abandonadas por la codificación y en definitiva mostrando al mundo jurídico que la estructura del código si bien en su momento fue la mejor herramienta jurídica, esta se vio superada por las circunstancias y en definitiva ha provocado un estancamiento y petrificación jurídica que los principios de la codificación no son los precisamente más idóneos para solucionarlos.

Nos centraremos, pues, en tratar de explicar en qué consiste lo que Irti llamó descodificación, así como también veremos el fenómeno del cual forma parte, que es la globalización y en especial la jurídica, y daremos una breve reseña del debate que este nuevo concepto a creado en el ámbito de los historiadores como de los juristas.

1. Irti y su obra

En el año 1978 se publica la obra “La edad de la descodificación”, que viene a resumir y recopilar una serie de estudios que hasta la fecha había publicado Natalino Irti, en los cuales trataba distintas materias pero siempre orientadas hacia un mismo fin: demostrar que en materia jurídica, en especial en ciertas áreas como arrendamientos y dominio, se comenzaba a vivir un nuevo proceso que él llama descodificación, que en términos simples consistía en el cambio de la estructura jurídica del código y su sustitución por leyes o formas jurídicas más sencillas y acordes con el continuo cambio de las instituciones sociales que estaba llamada a regir.

La obra de Natalino Irti trata de forma original y crítica un fenómeno que se va forjando desde el momento mismo en que se dictaron los distintos códigos dentro de Europa (que es el marco territorial y temporal de su obra); este fenómeno es el surgimiento de distintas leyes específicas y especiales que entraban a reglamentar aspectos que el código no podía abarcar, ya sea por una razón de contenido o por desconocimiento de una realidad determinada en el momento de su dictación. Lo que hace diferente a la obra de este autor italiano es que logra visualizar un cambio profundo dentro de la estructura jurídico-mental del siglo XX y en especial a partir de 1920.

Irti nos pone de manifiesto que el código como estructura jurídica ha perdido terreno, dando paso a otras estructuras jurídicas como son las constituciones y las normas especiales, lo cual pone en evidencia que el código ya no es el centro de la legislación de una nación, sino que pasa a ser parte de una multiplicidad de normas especiales que tiene su base en la Constitución y no en los principios generales que contiene el código:

“El Código Civil ha perdido el carácter de centro del sistema de fuentes: ya no más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas en la Constitución; ya no más sede de principios generales, ahora expresados, para singulares categorías de bienes o clases de sujetos, por las leyes externas”²⁶.

²⁶ IRTI, Natalino. La edad de la descodificación (Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria), Barcelona, 1992, pág. 37.

La importancia de esta obra no radica en el origen de un nuevo concepto histórico doctrinario, sino que más bien pone de manifiesto un cambio profundo en la forma de crear derecho.

Basta decir que la obra de Irti es una colección de distintos artículos que sobre el tema escribió este jurista italiano, en los cuales se trata la descodificación como una nueva estructura que superó de forma paulatina el esquema que ofrecía el código civil a partir del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX.

Con el surgimiento de distintas leyes especiales, como las denomina el autor, que extraen de la regulación general del código civil materias específicas y determinadas, esto, a los ojos de cualquier persona educada en el sistema jurídico actual, no presenta mayor novedad; sin embargo, ante los ojos del jurista y en especial del historiador del derecho no puede pasar desapercibido, y aquí radica la importancia de lo que vislumbró Irti en su obra, ya que el nacimiento y operatividad de estas normas o leyes especiales rompen el esquema del código civil como norma general y que contiene todos los principios jurídicos que norman y regulan a una sociedad.

Este cambio estructural en el sistema jurídico queda aún más de manifiesto con el nacimiento del constitucionalismo y su manifestación jurídica que son las constituciones, que vienen a reemplazar a los distintos códigos civiles con relación a que ya no son estos quienes contienen los principios generales que rigen el sistema jurídico, sino que estos principios generales están contenidos en la constitución:

“La relación de género a especie ya no se da entre Código Civil y ley especial, sino que entre Constitución y ley especial: la constelación se recompone en torno a un nuevo centro, desde el que se expanden principios diferentes a los del Código Civil”²⁷.

Por lo tanto, se cambia la forma y el fondo que existe en la relación entre las distintas leyes especiales y el código civil, ya que, antes del surgimiento de la constitución, el código era el centro del sistema (monosistema en palabras de Irti) en torno al cual se entrecruzaban y actuaban distintas normas especiales que tenían la función tanto de interpretar los principios y normas contenidas en el código como también el de regular ciertas materias que no eran tratadas en este y que eran la razón de ser de su dictación.

Con el surgimiento de la constitución se produce una mutación en el sistema, ya que es esta la que pasa a estar en el centro del sistema normativo y el código civil pasa a ser una más de las normas especiales que giran alrededor de la norma fundamental (polisistema como lo denomina Irti) y que debe cumplir con la misma función de interpretar y llevar a la práctica los distintos principios en ella contenida, pero que además tiene solo una nota que la diferencia respecto de las otras normas especiales, debido a que ambos tipos de normas jurídicas están o tienen que estar en concordancia a lo ordenado en la norma fundamental, cual es que el código como norma jurídica es anterior a la constitución y a las demás normas especiales:

“Un sistema que ya no abarca un cuerpo definido de leyes asume un nuevo valor. Ya no *monosistema*, correlativo a las estructuras del Código Civil desarrollado según el diseño y las participaciones de este..., sino *polisistema* como visión de conjunto, o marco de principios, en el que se inscriben una *pluralidad de microsistemas y de lógicas de sector*, el Código Civil es solo una parte del *sistema* (o polisistema) del *derecho privado*, que tiene en el centro en la constitución y del que irradia un haz de núcleos legislativos”²⁸.

²⁷ *Ibid.*, pág. 97.

²⁸ *Ibid.*, pág. 98.

Otro punto importante de destacar, entre tantos que existen en esta obra, es la visión que el autor tiene respecto de la labor del jurista dentro de este nuevo sistema de normas. Este cambio viene dado y es provocado, a su vez, por el paso del monosistema al polisistema jurídico, porque en el primero, el del jurista, era quien:

“cumpliendo la función de *teoría general del derecho*, elabora y afina conceptos y categorías jurídicas, que serán después aplicadas en otras disciplinas jurídicas...”

El saber del civilista es, por decirlo así, un *saber jurídico total*; su lenguaje, el lenguaje de la ciencia jurídica; sus conceptos, los instrumentos de lectura válidos para cualquier norma”²⁹.

El cambio se da para el autor en que el jurista, de ser un creador de derecho, pasa a tener una función de mera interpretación o exégesis de las distintas leyes especiales y se limita a construir microsistemas en los cuales se integran las distintas normas especiales que se van creando, y tal como los llama Irti, el jurista ya no es el “custodio de los principios generales del ordenamiento (trasladados al plano de las normas constitucionales y de las normas realizadoras), se define ahora como el *técnico de los microsistemas*: exégeta y organizador de un conjunto de normas especiales”³⁰.

Lamentable, es el término que utiliza Irti, pero refleja una cruda realidad, el jurista como tal ya no existe y ha sido reemplazado por técnicos jurídicos, especialistas en un determinado ámbito legal, pero que a la vez demuestran la incapacidad de ver al derecho como una todo armónico y concordante en su creación e interpretación y por lo demás cada vez más disociado con las personas a quienes debe dirigir y orientar: “...*fragmentación del saber jurídico* y restricción de cada estudioso a particulares leyes o grupos de leyes. La tecnocracia de la sociedad industrial no podrá sino involucrar también a los estudiosos jurídicos: no pide un saber general, sino circunscritas y limitadas *competencias*, utilizables para las finalidades preestablecidas.

“Al jurista no le corresponde ya decidir el destino de la sociedad, ni vigilar y custodiar los supremos principios del código civil...”

En nuestros años, el jurista es un personaje secundario y más bien incómodo... la elección de finalidades ya no le pertenece; otros, decidiendo y proyectando, piden al jurista una contribución técnica, que se inserta en los ritmos de la sociedad industrial”³¹.

No queda más que decir al respecto que solo es un crudo y triste análisis de la realidad en que estamos inmersos y de la cual debemos salir, porque el jurista, en una nueva etapa de creación del derecho, debe ser el pilar fundamental sobre el cual se estructure un nuevo sistema jurídico que no esté basado solamente en la interpretación y aplicación de leyes, sino que en la aplicación del derecho y por lo tanto en la obtención de justicia dentro de la sociedad y entre las personas.

2. Dos posturas frente a la descodificación

La obra de Natalino Irti, como todo texto novedoso e interesante, no ha pasado desapercibida y ha generado en torno a él un interesante debate tanto doctrinario e histórico.

Debate bastante amplio y que tiene, por lo tanto, múltiples y distintas formas de ser enfocado.

Los autores que tratan el tema son muchos y no podríamos por lo tanto referirnos a todos ellos, por lo que nos remitiremos a aquellos autores nacionales y extranjeros que puedan sintetizar de mejor manera las distintas posiciones que existen al respecto.

Es así como don Alejandro Guzmán Brito y don Luis Díez-Picazo, al tratar el tema de la descodificación lo hacen desde una perspectiva escéptica en el sentido que no ven en ella más

²⁹ *Ibid.*, pág. 82.

³⁰ *Ibid.*, pág. 93.

³¹ *Ibid.*, págs. 104 y ss.

que una transformación formal en las fuentes jurídicas, entendiéndose por ello que el surgimiento de las leyes especiales, en la denominación de Irti, es un fenómeno aislado en razón de que estas solo afectan a determinadas materias dentro de la estructura general del código.

Dentro de este esquema es que Guzmán Brito³² distingue la existencia de una descodificación formal y otra material; la formal estaría dada por la surgimiento y aplicación de la denominadas leyes especiales; la material, a su vez, se presentaría como la superación del esquema del código como texto normativo fundamental para dar un paso más allá en la técnica jurídica y que nos llevaría a una nueva etapa en el estudio del derecho.

Para este autor, solo estaría presente dentro de la obra de Irti el primero de estos fenómenos, esto es, la descodificación formal en razón de que la integridad del código como cuerpo normativo no se vería influenciado con el surgimiento de estas nuevas leyes, sino que su efecto estaría limitado a aquellas materias para las cuales fueron dictadas y que establecen una forma distinta de regulación a la establecida en el código, pero sin producir una descodificación en términos materiales de este último.

Señala Guzmán Brito que: "El volumen total de esta legislación externa de derecho especial, singular y nuevo... produce el espejismo de la progresiva inanidad y vacuidad del código; pero ello implica confundir la descodificación formal y material y subsumirla en una sola. En ello radica el error de Irti. Su teoría falla por no haber distinguido con precisión la descodificación formal y la descodificación material"³³.

A su vez, Díez-Picazo³⁴ analiza el fenómeno de la descodificación planteado por Irti en un sentido diverso al de Guzmán Brito.

Este autor español establece que la descodificación tiene su germen en el código mismo, esto, porque en él se anidan y dan forma al ideal racionalista del predominio de la razón por sobre las otras ciencias y del ideal del progreso indefinido: "La codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo..."³⁵.

"... en el proceso de codificación como racionalización había dos líneas, que pueden denominarse de perfección cuantitativas y de perfección cualitativa..."³⁶.

El código reflejaba, según este autor, la idea de un derecho realizado por todos los ciudadanos, el código recoge la realidad existente en un momento determinado y la deja petrificada y pretendía que siempre fuera la misma.

Díez-Picazo señala entonces que frente a una realidad en permanente cambio, con nuevas exigencias y necesidades, la estructura pétrea del código comienza a sufrir una continua confrontación con lo que él denomina factores de descodificación.

Estos factores de descodificación, según Díez-Picazo son:

1. las leyes especiales
2. la jurisprudencia
3. la doctrina
4. la influencia que tiene la constitución sobre la estructura del código
5. el influjo que puede tener sobre el código las nuevas normas de la Comunidad Europea.

Lógicamente, estos dos últimos, y en especial el quinto por ser propio de la comunidad europea y su proceso de integración y el constitucionalismo por ser un proceso que en Iberoamérica no se ha plasmado de la manera más permanente dentro de la estructura político-social de los países que la integran, factores de descodificación solo serían aplicables a

³² GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno". Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ), tomo 90 N° 1, 1993.

³³ *Ibid.*, pág. 55.

³⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. "Codificación, descodificación y recodificación", en Anuario de Derecho Civil, tomo XLV N° 2, Madrid, 1992.

³⁵ *Ibid.*, pág. 474.

³⁶ *Ibid.*, pág. 475.

Europa y no a todas las naciones que se sustentan jurídicamente sobre la base de los códigos, pero lo importante radica en la identificación de la jurisprudencia y la doctrina como fuentes o factores de descodificación, puntos que serán tratados dentro de esta tesis como parte de un cambio aún más complejo que la descodificación propiamente tal.

Díez-Picazo reconoce la influencia que tienen la jurisprudencia y la doctrina, en función de que logran hacer aplicable las normas contenidas en el código a esta realidad cambiante, pero demuestra cierto margen de duda respecto a si esta influencia es beneficiosa para la estructura general de los códigos; sin embargo, nos muestra que bajo estas influencias se ha comenzado a perder la idea de que el código como estructura jurídico-legislativa es un texto de fácil acceso y entendimiento y se ha transformado poco a poco en textos abigarrados y confusos.

Lo dicho por los autores anteriormente tratados pudiere parecer que no tendría alguna conexión, pero, sin embargo, ambos autores llegan a una misma conclusión, esta es que el código como forma legislativa está llamado a sobrevivir a la descodificación, a través de un fenómeno que ambos llaman recodificación³⁷.

Ambos autores desde sus perspectivas de análisis ven la necesaria trascendencia de los principios codificadores tradicionales, los cuales con la evolución que necesariamente ha provocado el proceso de descodificación, surgen con nueva fuerza en aquellos códigos de "segunda generación" como los llama Díez-Picazo y que tiene como característica fundamental la existencia de los llamados "conceptos válvulas", que le permiten en este caso a la jurisprudencia abordar aquellas materias o cuestiones que el legislador no previó o esté en la incapacidad de asumir adecuadamente a través de una norma legal.

Frente a la posición ya expuesta existe una postura que ve en la descodificación un proceso complejo y que dice relación directa con distintos factores, ya sea sociales, filosóficos, jurídicos etc., y que muestran a la descodificación como una especie de final en la etapa codificadora y la entrada en un nuevo concepto que implica un retorno a las fuentes originarias sobre las cuales se estructuraba el sistema jurídico antes de la codificación.

Lo cual quiere decir que la labor del jurista, entiéndase por ello tanto a los jueces, la doctrina universitaria y la labor diaria de los abogados, ha tomado un nuevo aire y vuelve a tener el lugar de privilegio que tenía y que no debió haber perdido.

Al respecto existen diversos autores, entre los cuales podemos nombrar a Bernardino Bravo Lira, Ricardo Luis Lorenzetti, José Peirano Facio, que abordan el tema desde esta perspectiva.

Para estos autores, la descodificación como fenómeno jurídico es un complejo conjunto de cambio y creación de una nueva forma de legislar en contrapartida de aquellos que ven en la descodificación un peligro o una manifestación de una especie de crisis del derecho que afecta al conjunto del ordenamiento jurídico³⁸.

De la misma forma se ve en la descodificación al fenómeno que deja atrás a la codificación y que provoca el retorno a aquel derecho o *ius commune* que regía ampliamente tanto en Europa como en América, antes de los códigos, ya que como dice Bravo Lira en el artículo citado:

"Con el *ius commune* sucede algo parecido a lo que en literatura ocurre con los vocablos y giros gramaticales neolatinos. Los autores y obras de punta, más audaces y creadores, dejan atrás estilos y maneras de otras épocas, pero no pueden dejar atrás la lengua misma, la trama neolatina del castellano. De la misma manera, el jurista opera sobre la base del saber y las prácticas de raíz romano canónicas"³⁹.

³⁷ Con relación a este tema se pueden ver los trabajos, ya citados, de Alejandro Guzmán Brito (págs. 59 y ss.) como también el de Luis Díez-Picazo (págs. 481 y ss.).

³⁸ PEIRANO FACIO, Jorge. "La descodificación en el derecho actual". Inédito.

³⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. "Estudio jurídico y Estado modernizador". Revista Chilena de Derecho (RChD), Vol. 25 N° 3 (1998), pág. 651.

“De todos modos –señala en otro trabajo– el derecho común está presente en los códigos, como hemos visto, si bien en virtud de la potestad de los gobernantes y no de la autoridad de los juristas.

“Esto fue lo que se extinguió con la codificación: esa corriente viva de autores y obras jurídicas que alimentaba al derecho común. En su lugar se impuso la ley como principal y casi única fuente del derecho”⁴⁰.

La descodificación para estos autores no hace sino que manifestar la peligrosa evolución que tuvo el código frente al racionalismo, que luego de la codificación dio lugar a un proceso que se le denominó “positivismo legal”, en el cual la ley debía ser cumplida con independencia a su contenido, que en Chile tiene como exponentes a Claro Solar y Miguel Luis Amunátegui, lo cual implica que la ley para aplicarse no debe ser justa, sino que debe cumplir solo con los trámites formales previstos en la constitución⁴¹.

Frente a este cambio de mentalidad se produce en palabras de este autor un desenlace que llevó a los ciudadanos o individuos a una carencia de protección frente a la *potestas* de los gobernantes, ya que la *autoridad* que tenía el juez para hacerle frente se ve desplazada al enfrentarla con la ley de aplicación general y que rige a todos los ciudadanos⁴².

Esto, lo que provoca, es una crisis en el derecho codificado, una especie de crisis del derecho que en Chile ya se venía comentando desde los años 30⁴³, se pone de manifiesto que tanto la legislación como la propia realidad en la cual se ve inmerso el derecho sobrepasan con creces los límites de la codificación.

Así, para este autor, el código como estructura jurídica se ha visto sobrepasada y es necesario realizar una retrospectiva y ver que el derecho codificado tiene sus raíces en un derecho de juristas; que la ley por la ley no solo es un sistema injusto, sino que provoca distorsiones y crisis muchas veces incontroladas y más peligrosas que las mismas leyes; en palabras de este autor: “solo en la medida en que se reconozca la intrínseca riqueza del derecho codificado podrá este superar la crisis del legalismo y florecer de nuevo, quizás, otra vez, más bien como un derecho de juristas que como derecho legislado”⁴⁴.

La descodificación no constituye una amenaza para el sistema jurídico, como puede verse dentro de las líneas antes transcritas, sino que más bien debe tratarse como una especie de salida que la sociedad y el derecho han creado para poder adaptarse y seguir creciendo dentro de un sistema legal que les permita tener un adecuado sistema jurídico.

La descodificación no es un fenómeno aislado de uno u otro país o nación⁴⁵, la antigua derogación tácita o expresa que existía entre las distintas normas que se creaban y que de una forma u otra eran la manera en que en derecho se renovaba, da paso a una especie de sistema que las deja de aplicar no porque se ha promulgado una nueva norma, sino porque esta ha perdido prestigio o validez dentro del ente social que estaba llamado a regular.

Surgen de esta forma los llamados microsistemas de Irti, las normas ya no se caracterizan por abarcar una gran amplitud de temas y problemas, sino que se hacen cada vez más específicas y particulares.

El código pierde, por tanto, su imagen de ser un ordenamiento completo, deja de abarcar todas las materias, no solo existe una descodificación legislativa, sino que también una especie de explosión que desintegra el antiguo sistema y que abarca tanto a la ley como a la doctrina y a la jurisprudencia, lo cual es llamado por Lorenzetti como un “big bang legislativo”⁴⁶.

⁴⁰ BRAVO LIRA, Bernardino. “Arbitrio judicial y legalismo/juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”. RDJ Tomo 86 1990, pág. 63.

⁴¹ BRAVO LIRA, Bernardino. “La codificación en Chile”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ). N° 12, 1987-1988, pág. 89.

⁴² *Ibid.*, nota 40, pág. 67.

⁴³ BRAVO LIRA, Bernardino. *Op. cit.*, pág. 90.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 93.

⁴⁵ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pág. 44.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La descodificación y fractura del Derecho Civil”. Revista jurídica argentina La Ley, 1994, pág. 725.

El código pierde esa característica esencial y que era el fundamento de su creación, la regulación de forma igualitaria de las conductas jurídico privadas de los ciudadanos de un Estado; el código era una garantía de separación entre el ciudadano y el Estado.

Sin embargo, estos ideales hoy se ven superados, se ha dado paso a una multiplicidad de microsistemas que conviven con el código, a su vez la igualdad legislativa es un sueño olvidado, porque las mismas normas que se crean tienden al particularismo y tiene efectos distributivos precisos⁴⁷.

Para Lorenzetti, la creación continua y exuberante de normas, la creencia que frente a un problema nuevo es necesaria la creación de una nueva ley, ha provocado una desacralización y también un desprestigio tanto del código como de las normas especiales que se han creado⁴⁸ y que a su vez, como lo distingue Irti, hacen que el código se vuelva una norma residual.

Este autor además plantea que la continua producción de normas conlleva implícito una multiplicidad de consecuencias que pueden ser positivas o negativas, dependiendo del punto de vista por el cual se observen. Pero el punto más interesante es el análisis que realiza frente a la estructura legislativa y su desarrollo casuístico: "cuando imperaba el casuismo, las leyes se organizaban alrededor del caso, siguiendo su lógica; surge el código, el orden se funda en conceptos racionales; cuando estos se saturan surgen otros criterios de ordenamiento"⁴⁹.

De esta forma, sostiene este autor argentino, los límites que tendría la descodificación, estarían dados por el sistema en que estas normas efectúan dicha regulación hasta un nivel tal que se llegaría a una saturación del sistema legislativo. En este aspecto las normas del código se han ensanchado y estirado a través de la interpretación hasta el punto en que se le ha transformado en algo muy distinto de lo que en principio regulaba⁵⁰.

Hemos visto que las posiciones frente a la descodificación son múltiples y con características que las diferencian de manera bastante marcada, pero la descodificación, como lo dice Peirano, no significa que el código ya no exista o no sea el fundamento sobre el cual se apoya una nueva estructura jurídica y normativa⁵¹.

Sin embargo, se debe tener en cuenta una situación que la descodificación como estructura jurídico-normativa ha dejado de manifiesto, dicha situación es el poner al desnudo la imposibilidad de los distintos cuerpos normativos y en especial de los códigos de regular la totalidad de las situaciones jurídicas que se producen en una sociedad en continuo cambio; los hechos superan lenta y paulatinamente al derecho codificado y en especial al derecho legislado (que es el tronco o forma principal del fenómeno de descodificación).

Cabe entonces preguntarse qué hacer frente a esta nuevo proceso de cambio que implica la descodificación, en el sentido de que se amplían y crecen los límites en que el derecho como ciencia está llamado a regular. La superación del código y de la ley como formas jurídicas y más bien como fuentes principales de derecho es un tema que aún no se trata de forma cabal, y lo que es más imperativo, no se puede pretender solucionar y responder estas preguntas a través de la reformulación de los códigos o a través de la dictación de nuevas normas.

Es necesario volver la mirada y dar una nueva y primordial importancia a la labor del juez y su manifestación práctica, la jurisprudencia, como también el trabajo de quienes estudian y analizan el derecho, la doctrina, sin que esto implique el dejar de lado la fuente legislada, la cual de forma innegable es el sustento último sobre el cual se afirma y entiende la labor de estos, pero tampoco se puede dejar de reconocer la importantísima labor de jueces y doctores en la adaptación de las normas jurídicas frente a las distintas y nuevas situaciones en que el derecho, de forma amplia, debe y tiene que ser la ciencia reguladora y normativa *per se*.

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, pág. 726.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. "Las normas fundamentales de derecho privado", pág. 24.

⁴⁹ *Ibid.*, nota 48, pág. 41.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 43.

⁵¹ PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pág. 54.

CAPÍTULO III

La vulgarización del derecho legislado

Hemos visto y analizado lo que se entiende y ha estudiado con referencia a la descodificación y la vulgarización jurídica que sufrió el derecho romano. Cabe entonces abocarse de lleno a tratar el tema principal de esta tesis, demostrar que la situación jurídica en la cual estamos sumergidos no es una descodificación, sino que es una vulgarización jurídica, con características y distinciones propias que manifiestan tal vez de forma clara y precisa el paso a una nueva etapa de estudio en la ciencia del derecho.

El surgimiento de esta idea no fue algo dado por el azar, porque al ver la realidad en que estamos inmersos y al compararla con el ordenamiento jurídico que se nos enseña, podemos sorprendernos frente a la mutabilidad que dichas normas han sufrido frente al uso y, por qué no decirlo, al desuso, y la mayoría de las veces al mal uso que se hace de ellas, lo cual provoca la múltiples distorsiones y problemas en los cuales nos vemos inmersos hoy día, pero que de la misma manera han sido el vehículo y el catalizador por el cual la sociedad ha logrado adaptar y utilizar un ordenamiento jurídico creado hace más de un siglo y que no contemplaba las soluciones jurídicas necesarias para una sociedad en continua evolución.

Significa esto que existe una crisis en nuestro sistema jurídico o más bien que estamos en presencia de una nueva forma de crear y de utilizar el derecho, lo que implica una reestructuración en sus fuentes y en su aplicación teórica y práctica.

Si fuéramos partidarios de la primera opción, deberíamos tratar de encontrar la solución dentro del sistema mismo, lo cual necesariamente nos lleva a pensar en una nueva codificación o recodificación como la llaman algunos de los autores analizados y citados en el capítulo anterior.

Sin embargo, esta "solución" no pasaría de ser un mero calmante o analgésico, utilizando terminología médica, frente al real problema al cual estamos llamados y ante el cual debemos encontrar un remedio.

Una recodificación, aunque integre y replantee los principios rectores creados dentro de nuestra legislación, sea esta civil, penal, comercial etc., implica, sin lugar a dudas, un nuevo estancamiento de las normas contenidas en estos códigos, y que transcurrido un lapso de 10 a 15 años, nos volveríamos a encontrar con las mismas dificultades y problemas que toda codificación crea, siendo el principal de ellos, ya lo hemos dicho, un estancamiento del ordenamiento normativo, y por lo tanto la solución sería en definitiva más perniciosa que el problema mismo que a través de ella se pretendió solucionar.

En virtud de esto, no sería novedoso que luego de la nueva codificación o recodificación se cayera en un círculo vicioso en el cual la solución, la más fácil por lo demás, frente a los problemas que se planteen con relación a estos nuevos códigos, estaría en la dictación de nuevos códigos y de nuevas leyes, con lo cual se reiniciaría este círculo y se renovarían con nuevo ímpetu y vigor el ciclo que posteriormente produciría una nueva codificación, ya no de segunda generación como la llama Díez-Picazo⁵², sino que de tercera, cuarta y hasta de quinta generación.

Por esta y otras razones (que exceden con creces el fin de este trabajo) creo que no es el camino por el cual debe andar nuestro ordenamiento jurídico en pos de superar dichos problemas e interrogantes.

Nos inclinamos, entonces, hacia la segunda solución, esta es, la de ver la salida a esta "crisis" en la evolución implícita y necesaria que está contenida en la base de nuestro orden jurídico, y que nos lleva a un reestudio de los métodos de crear normas jurídicas, así como también en el modo en como deben ser utilizadas y estudiadas en las esferas y ámbitos en que ello corresponda.

⁵² Ver nota 34.

La esfera de utilización de las nuevas normas e instituciones está en directa relación con nuestros jueces y legisladores y también con quienes son actores principales en el adecuado empleo de dichas normas, que son los abogados.

En la segunda esfera, esto es, en el estudio y creación de las doctrinas jurídicas acordes con la legislación y con la realidad social, encontramos la labor fundamental que tiene y que necesariamente debe ser retomada por las universidades, a través de sus profesores y juristas, pero también con la colaboración directa de sus estudiantes, quienes deben ser los llamados a producir la renovación continua y permanente de las cátedras de estudio y de la labor de investigación dentro de las aulas universitarias.

Es en este nuevo sistema donde nace y está inmerso el concepto de vulgarización del derecho legislado, en virtud de que este proceso nos lleva paulatinamente a un cambio o renovación de las fuentes del derecho, al pasar del predominio de la fuente legislada —la ley y el código— al resurgimiento de aquellas fuentes que hasta hoy son llamadas indirectas, la jurisprudencia y la doctrina.

A primera vista, la palabra “vulgar” y en especial el proceso de “vulgarización” que menciono y que constituye el fin de esta investigación, puede provocar una impresión negativa y peyorativa de la materia tratada y que puede dar a entender que el término o la palabra vulgar significa una caída y disminución de fondo en nuestro orden jurídico.

Necesario es entonces aclarar los alcances que tiene dentro de esta investigación la palabra vulgarización, y por lo tanto debemos decir que el proceso de vulgarización del cual tratamos en esta investigación, tiene como participantes a los mismos factores (aunque pueden agregarse algunos particulares en relación con nuestra propia época) que se analizaron en relación con la vulgarización del derecho romano y que ambos procesos pudiesen tener manifestaciones similares, entendiéndose, por tales, la deformación de instituciones y formas de utilización y conocimiento del derecho, que difieren radicalmente en sus efectos y consecuencias.

Ya sabemos que la vulgarización que afectó al derecho romano tuvo como principal efecto el transformar las fuentes sobre las cuales se estructuraba el orden jurídico romano. El derecho romano clásico, que tenía su fuente directa en la jurisprudencia y en la doctrina de los juristas pasa a tener una fuente netamente legislada en las constituciones y leyes que dictaba el emperador, y por lo tanto surge un derecho romano vulgar que es la consecuencia, como lo establece Iglesias, del enfrentamiento entre “el derecho de la práctica y el derecho oficial del emperador”.

De esta forma, si el efecto de la vulgarización romana es el de crear un nuevo derecho legislado, el efecto propio de la vulgarización del derecho legislado es el contrario. Justamente, la vulgarización del derecho que hoy vive nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico en particular, es la consecuencia directa del anacronismo al que están sujetos nuestros códigos y leyes, lo cual ha provocado que nuestros jueces, abogados y juristas tengan que retomar el papel, que por cierto jamás debieron dejar, de abordar y permitir la adaptación de las normas ya vigentes a una sociedad en constante cambio, pero, y lo que es más importante, han debido asumir una labor creadora de instituciones y normas jurídicas, labor que les era ajena y extraña (por no decir desconocida), y que es el principal efecto de esta nueva vulgarización.

Por esto no puede mirarse a la vulgarización del derecho legislado como un proceso de decaimiento y oscurantismo dentro de nuestra legislación. Es más, la vulgarización y sus efectos permiten la adaptación inmediata (o en un menor lapso), y lo que es más importante, la adaptación continua del ordenamiento jurídico frente a la necesidad de soluciones jurídicas que una sociedad necesita.

La consecuencia natural y lógica de esta evolución será que, sobre la base de una legislación que contiene los principios y normas de aplicación general para todos los integrantes de una sociedad, se estructurará un sistema jurídico basado en el estudio efectuado de dichas normas por los juristas y por su aplicación diaria y constante por los jueces y abogados.

Esto permitirá una evolución constante del ordenamiento jurídico, la creación de nuevas instituciones y normas aplicables a cada caso, sin la necesidad de una nueva ley que trate el problema en particular, fenómeno por lo demás muy frecuente en nuestro país y en otras naciones.

Este cambio no solo traerá consigo un ahorro cuantitativo de tiempo (por la demora que existe y existirá en la creación de normas jurídicas legisladas), sino que también –lo que es más trascendente– se evitarán las injusticias e iniquidades que muchas veces produce la dictación de dichas normas, las cuales la mayoría de las veces solo pueden ser utilizadas por quienes tienen los medios económicos para acudir a un tribunal.

El dar mayor libertad a los jueces y a los juristas en la aplicación de las normas jurídicas, no implica el dar libertad absoluta para adoptar nuevas soluciones y normas que incluso contradigan las propias normas, sino que se traduzca en definitiva en la posibilidad de poder solucionar un conflicto sobre la base de instituciones y normas distintas a las que puedan estar contenidas en una ley particular.

Esto no se debe confundir con lo planteado en nuestros códigos actuales que obligan al juez a pronunciarse sobre un determinado asunto sometido a su jurisdicción aun cuando no exista ley que lo resuelva; tampoco se puede hablar de dar a la analogía un campo de aplicación desmesurado, no debe ser entendido como un proceso de cambio que sea similar al del *common law* anglosajón.

La vulgarización pretende y tiene como fin cambiar la mentalidad en la forma de crear normas jurídicas, como también provocar un cambio de fondo en razón de lograr que sean los juristas quienes, como personas e instituciones con la autoridad competente, puedan estructurar y dar forma a un nuevo sistema normativo distinto al contenido dentro de las actuales normas codificadas y legisladas.

Lo que se pretende es volver de cierta forma a los orígenes del derecho, sin que este retorno implique un retroceso sino que más bien dar un paso adelante en la evolución que toda ciencia debe tener; debe perderse el miedo al cambio producido por las nuevas configuraciones jurídicas que puedan crear la jurisprudencia y la doctrina.

No se debe olvidar que todos los sistemas jurídicos que tuvieron como fuente de estudio y aplicación a la labor de los juristas y en la casuística, tenía en su base un tramado de leyes, que aunque mínimas siempre fueron necesarias.

La codificación rompió esta cadena natural y la sana convivencia y la armonía que tenían hasta ese momento las distintas fuentes de derecho. Relegó a un segundo plano instituciones tan importantes como el estudio del Derecho como ciencia, para suplirlos con un legalismo extremo cuya única consecuencia fue el alejamiento del Derecho de su fin que es el de hacer justicia y, en definitiva, de su sustitución por el fin de hacer cumplir la ley por la ley, independiente si esta era justa o no.

La ley y el código paulatinamente están dando paso a la jurisprudencia y a la doctrina, transformación que hemos denominado vulgarización del derecho legislado.

Este cambio en nuestro ordenamiento jurídico contiene causas y consecuencias, algunas similares a la vulgarización del derecho romano y otras propias de nuestra vulgarización; dentro de los factores que producen este proceso podemos mencionar:

1. La jurisprudencia.
2. La doctrina: creada por los juristas y en la elaboración forense propia de los abogados.
3. La universidad.
4. La globalización y su manifestación jurídica: el derecho internacional público y privado.
5. La costumbre: que se manifiesta en el uso cotidiano que le da a la sociedad a las distintas normas contenidas, ya sea en los códigos y en las distintas leyes particulares.

Estos, en especial los tres primeros, y otras causas de vulgarización, son las que a continuación pasamos a desarrollar.

1. *La vulgarización en la jurisprudencia y la doctrina*

a. El Poder Judicial y la Magistratura

Hemos planteado ya que en nuestro proceso de vulgarización juegan un rol destacado la labor que realizan los jueces y los abogados en su misión de hacer aplicable el derecho contenido en las leyes y en los códigos.

Pero aquí las mencionamos como causas de una vulgarización jurídica. En esta breve exposición trataremos de contestar esta interrogante.

La labor del juez y del abogado dentro de todo sistema social es fundamental: uno tiene la función de impartir justicia, otro el de lograr que esta justicia se cumpla, tanto el uno como el otro son parte integral de todo sistema social y de todo sistema jurídico.

Son los vehículos mediante los cuales el derecho logra su fin: la JUSTICIA, y destaco esta palabra porque es en definitiva la obtención de la justicia la que otorga a un tribunal y a un abogado el prestigio y el reconocimiento dentro de la sociedad; la justicia va necesariamente más allá del simple cumplimiento de ley, es dar a cada uno lo suyo y por tanto debe estar por encima de la ley y debe ser una finalidad que tanto juez y abogado deben perseguir, aunque la ley les imponga o manifieste otros fines que estén en contradicción con ella.

Interesante es el debate que ha surgido en torno a la misión del juez frente al sistema legal y su deber de dar justicia social. Así lo manifiestan los distintos textos que han surgido y los distintos seminarios y cátedras que se multiplican constantemente con el fin de poder encaminar esta discusión. Sin embargo, cabe destacar que la discusión no está dirigida a la función del juez de hacer cumplir la ley, sino que cómo lograr que el juez y el abogado logren en realidad otorgar e impartir justicia dentro del sistema social.

Las labores del abogado y del juez están íntimamente relacionadas y nos abocaremos, en primer lugar, a la misión del juez por considerarla de mayor trascendencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y por considerarla que es el pilar fundamental dentro de esta nueva vulgarización jurídica.

El debate alrededor de la labor que deben cumplir los jueces y la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico ha sido y es, por decir lo menos, intenso y apasionado, pero la mayoría de los autores que abordan el tema siempre coinciden en un punto fundamental que es el dar a la magistratura un papel primordial y ser el principal eslabón entre la labor del juez, la justicia y las personas:

“Es a nuestros jueces a quienes les corresponde la labor de administrar justicia, en forma pronta y cumplida... ¿pero qué papel juegan el derecho y la ley en este proceso de cambio? ¿Qué papel tendremos jueces y abogados?”⁵³. Al respecto, es interesante lo que plantean otros autores que dentro de las soluciones frente a lo que llaman una crisis del Poder Judicial, plantean no solo que es este poder el que está en crisis, sino que sostienen que el mismo concepto de justicia lo está: “Se ha difundido una idea de acuerdo con lo cual lo justo debe ser asimilado a lo conveniente y lo querido”⁵⁴ “...despreocupación que los tribunales y jueces tienen por sus tendencias y decisiones anteriores. En efecto, es posible apreciar, y cada vez con mayor frecuencia, decisiones disímiles o contradictorias ante hechos similares e idénticas normas aplicables”⁵⁵.

⁵³ CERVANTES VILLAGRA, Edgar (Pdte. de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica): Lección inaugural del ciclo lectivo 1993, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. En 150 años de la creación de la Facultad de Derecho (1843-1993), libro conmemorativo. Universidad de Costa Rica. San José de Costa Rica, 1993, págs. 13 y sgte.

⁵⁴ CONCHA ZAVALA, Germán: “¿Crisis del Poder Judicial?”, Revista Forum N° 3, año 1991, pág. 67.

⁵⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro: “Revitalizar el comentario de Jurisprudencia”, RChD, Índice de la RChD vols. I (1974) - XXV (1998), año 1998, pág. XIV.

Dicha crisis planteada no es más que el reflejo de este momento de cambio en la estructura misma de nuestro sistema jurídico, cambio que afecta en primera instancia a los jueces, por que son ellos los que se ven enfrentados a situaciones que las más de las veces no encuentra solución dentro de las normas que integran nuestra legislación.

Frente a esta disyuntiva, no cabe más que plantearse que estamos en presencia de un verdadero proceso de vulgarización jurídica.

Pero todo proceso de cambio tiene necesariamente un origen, este justamente estaría dado, en un primer momento, por el estancamiento del derecho codificado y legislado en su posibilidad de dar soluciones rápidas y precisas a los problemas jurídicos que se presentan en una sociedad. Sin embargo, el paso fundamental lo habría dado la propia Constitución de 1980 al crear un sistema de garantías y el medio de protegerlas, que es el recurso de protección⁵⁶.

Al respecto, es importante volver a repetir que la vulgarización tiene alcances mucho más extensos, y por lo mismo más difíciles de especificar y limitar, pero que de todos modos se convierte en una forma ventajosa y excelente de mejora sustancial en nuestra jurisprudencia.

No debe olvidarse la continua y cada vez mayor influencia que los distintos fallos de nuestras cortes tienen sobre la forma futura de plantear una determinada cuestión a un tribunal. Basta analizar un escrito, un alegato para poder ver la gran cantidad de citas a jurisprudencia que se hace en ello con el fin de ilustrar al juez en una determinada materia. No es esto un síntoma claro de vulgarización, por cierto que existe una norma aún vigente que dice que las sentencias solo tienen un valor relativo dentro de nuestro ordenamiento, mas no está claramente sobrepasada en vista de la continua práctica forense de abogados y jueces. En este respecto, un autor que plantea, y no sin razón, que más importantes que tener buenas leyes es tener buenos jueces⁵⁷.

Por esto, planteamos un resurgimiento en la labor creadora y original del juez dentro de todo sistema jurídico, factor de trascendental importancia y porque es la principal causa de lo que llamamos vulgarización del derecho legislado: "las diferencias son tan grandes que solo el juez, y con todos los recursos a su alcance, puede enfrentar el desafío que le presenten la diarias contradicciones y resolver conflictos dentro del marco de leyes unas leyes desajustadas, en el tiempo o las circunstancias, con la realidad"⁵⁸.

Hay quienes podrían pensar que se está frente de una descodificación material (como la llama Guzmán Brito), pero ya advertimos que la descodificación tiene un ámbito netamente legal, por lo tanto no queda más que determinar que lo que existe realmente es una vulgarización de nuestras estructuras jurídicas y legales. En el ámbito de nuestros jueces estamos en presencia de un renacer de la *iurisdictio*, que el autor identifica con el uso que se le dio al recurso de queja dentro del sistema legal, y que terminó por adentrarse definitivamente en materia legal, sobre todo con el advenimiento del ya mencionado recurso de protección⁵⁹.

Es el juez, dentro de este proceso vulgarizador, quien adapta y reacondiciona un conjunto de normas que quedan atrasadas con relación a las situaciones que deben regular "no siendo posible en las leyes decidir todos los casos que puedan ocurrir, principalmente variados de infinitas circunstancias, el prudente arbitrio del juez tiene mucha parte en la justicia de la decisión"⁶⁰.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil". RDJ Tomo XCIII, año 1996, págs. 120-123.

⁵⁷ Ver nota 41, pág. 93.

⁵⁸ MACLEAN G., Roberto. "Réquiem para el espíritu del legislador, la cultura de servicio en la administración de justicia", RDJ tomo XCIV N° 1, año 1997, pág. 6.

⁵⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. "Los abogados y el Estado en Chile, del Estado modernizador al Estado subsidiario". RDJ tomo XCVI, año 1997, pág. 124.

⁶⁰ BRAVO LIRA, Bernardino. "*Judex, Minister aequitatis*", AHDE tomo LXI, año 1991, Madrid, pág. 123.

En este proceso de vulgarización jurídica los grandes beneficiados no serán las grandes instituciones, sean estas públicas o privadas, sino que la sociedad en su conjunto, porque tendrá en el juez al actor y defensor que necesita para enfrentar los usos y los abusos que se pueden cometer con las normas contenidas en los códigos y en especial con aquellas contenidas dentro de una ley particular.

La Magistratura debe ser la encargada no de aplicar la ley, sino de hacer cumplir el derecho que puede o no estar contenido en ella, velar por el logro de soluciones justas y equitativas a los problemas que se le presenten, aunque ella se encuentre fuera de un marco estrictamente legal; tiene que perderse el miedo a la norma suprallegal; "la crisis de la ley es la crisis del Parlamento" afirma un autor, y siguiendo esto dice que la identidad del derecho con la ley solo debe darse y fundarse en un concepto material, en virtud del cual la ley solo contiene derecho en la medida que afecte la relación general entre el Estado y la sociedad⁶¹; el juez como integrante necesario del ente social no puede por lo tanto estar o pretender ser un agente independiente y cerrado a ella misma. Concordamos en este punto con lo dicho por Carlos Cerda⁶²: el juez debe ser un juez social, debe evitar la disociación entre el derecho del tribunal y del acontecer social. A través del juez se logra la justicia, pero la justicia vista desde un punto de vista de autoridad y no como un foco de poder frente a otro u otros⁶³.

La ley enfrentada con la justicia pasa obligatoriamente a un segundo plano, la aplicación de la ley no trae consigo de manera necesaria la obtención de justicia, el juez en su función creadora de soluciones pasa a ser un factor de vulgarización inconsciente dentro del sistema legal.

Por tanto, la creación de estas nuevas soluciones lleva implícita la creación de nuevas instituciones y nuevos sistemas que tal vez no se demuestran de forma clara hoy, pero que, de una forma u otra, aparecerán cruda y realmente en el futuro y que terminarán por finalizar el paso de una etapa de derecho codificado y legislado a una nueva etapa dentro de la historia del derecho en la cual la casuística y la necesidad de soluciones justas y rápidas tendrán una importancia radical dentro del ordenamiento jurídico como para hablar de un verdadero renacer de la labor del jurista y de la magistratura a través de la vulgarización que aquí planteamos.

Como cierre de esta reflexión acerca de la labor de los jueces dentro de nuestro orden jurídico y también fuera de él, como integrantes y parte fundamental de la sociedad moderna, citaremos a quienes de una forma acertada han visto este proceso de cambio, al cual llamamos vulgarización del derecho legislado. Al respecto dice Díaz Roca⁶⁴: "Contra lo que algunas veces se ha afirmado, esta ordenación (el ordenamiento jurídico) es de una claridad cartesiana y de una coherencia a toda prueba, pero, en definitiva, ¿es realista? La mejor respuesta es que pronto dejó de serlo. La práctica demostró que, a pesar del buen funcionamiento general del sistema, las decisiones de los Tribunales tenían una trascendencia normativa imposible de desconocer y que en las sociedades crecientemente complejas que el liberalismo iba propiciando, la misión de la jurisprudencia era esencial... eran indispensables para la efectividad social de los mandatos de las leyes y para la evitación de las antinomias del Ordenamiento...". En el sentido contrario se expresa Novoa Monreal al decir, entre otras cosas, que "la jurisprudencia se ocupa casi exclusivamente de los errores y de los defectos de toda clase que se contienen en las leyes positivas... se convierte en un verdadero sirviente del azar, en cualquier momento escasas palabras derogatorias del legislador convierten en basura bibliotecas enteras... la jurisprudencia marcha con un retraso enorme respecto de otras ciencias..."⁶⁵; a su vez, en esta misma obra y citando a Kirchmann, este autor nacional dice

⁶¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del derecho, principios del ordenamiento constitucional. Editorial Tecnos S.A. 1991, pág. 23.

⁶² CERDA FERNÁNDEZ, Carlos. "Iuris Dictio". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992.

⁶³ GARAPON, Antoine. "Juez y democracia, una reflexión muy actual". Flor del Viento Ediciones 1997, pág. 183.

⁶⁴ DÍAZ ROCA, Rafael. Teoría General del Derecho. Editorial Tecnos S.A. 1997, pág. 238.

⁶⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. Una crítica al derecho tradicional (Obras escogidas). Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar. Año 1993, págs. 22 y sgte.

respecto de la ley positiva: “al estar provistas de poder y de sanciones, ellas se imponen a su objeto, aunque su mandato sea un desacierto... su defectuosa elaboración conduce a que se presenten lagunas, contradicciones, oscuridades y dudas... muchas leyes positivas arraigan en el puro arbitrio; de allí pasan a la ciencia, la cual se encontrará en la ingrata tarea de sistematizar lo arbitrario”.

Ambas posiciones expuestas a primera vista dejan ver una abierta contradicción, pero si se extrae el fondo de ellas se puede vislumbrar el ferviente llamado que hacen (una desde un punto de vista positivo al ver sus virtudes y la otra desde el negativo al percatarse de los vicios y problemas que acarrea la legislación positiva) a la magistratura para que retome el rol fundamental que tiene dentro de un sistema jurídico, que no solo es el de interpretar la ley, sino que además tiene el deber de aplicar el derecho, por encima de la ley positiva con el fin de obtener el fin último de este: LA JUSTICIA.

“El derecho solo tiene razón de ser en la medida en que conserve su utilidad como instrumento para la paz social y el desarrollo humano”⁶⁶.

b. La doctrina:

Pasamos a analizar la segunda causa de este proceso de vulgarización, que es la doctrina, pero para efectos prácticos de este trabajo la tomaremos solo en el sentido que le cabe como función de los abogados en el desarrollo de las instituciones jurídicas.

Hecha esta aclaración, abordamos un tema que no deja de ser difícil, pero, que sin embargo, trataremos de analizarlo de forma breve y concisa. Sabido es por quien estudia derecho que la doctrina hasta ahora solo tiene valor, al igual que la jurisprudencia, como fuente general de derecho. Pero, al mismo tiempo, quién podría negar que al momento de plantear un asunto ante un tribunal, al hacer una exposición, no se recurre a aquellos planteamientos e ideas que han surgido de quienes han estudiado las normas y han establecido ciertas pautas, definiciones y marcos de acción en los cuales se usa y se invocan las normas ante los tribunales y en los seminarios y exposiciones acerca de un tema jurídico determinado.

Reconociendo lo que aquí se ha expuesto, se podrá entender de mejor forma la función y principal labor que tienen los abogados y sus doctrinas frente al ordenamiento jurídico. Desde el momento mismo en que el código civil y los demás cuerpos codificados comenzaron a regir, nacieron distintas corrientes de pensamiento que tendían de una forma u otra a explicar el contenido de las normas en ellos contenidas.

Estas explicaciones no tenían otro fin más que lograr la adecuación de las normas del código con relación a la realidad que estaba llamada a regular, además de corregir las contradicciones y lagunas que pudiese contener. No rompe esto con la creencia de que el código contenía todo el derecho conocido de una forma armónica y sistemática, que carecía de lagunas y contradicciones.

Una afirmación como la planteada en el párrafo anterior, era impensable hace 80 o más años, pero la realidad demuestra que en definitiva era así; la tinta del código no se había secado aún cuando ya era necesario hacerle correcciones y adecuaciones de todo tipo, legales o no, para poder hacerlo aplicable en el contexto social.

Eso podríamos llamarlo como los primeros pasos o una prevulgarización, ya que dentro de esta tesis la descodificación tiene un carácter netamente legislativo, para la doctrina, como causa de vulgarización, esta se da definitivamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando los distintos autores y en especial los abogados se dan cuenta que la base del código se hace insuficiente para poder solucionar todos las dificultades que se les presentaban y comienzan entonces a plantear los distintos problemas que mostraban tanto los códigos como la misma legislación especial que se dictaba, pero a la vez dan y crean soluciones que poco a poco comienzan a desenvolverse fuera del plano estrictamente legal.

⁶⁶ Cervantes Villagra, Edgar: *Op. cit.*, pág. 14.

La labor del abogado, pasa, al igual que la jurisprudencia, a ser fundamental, es el abogado quien establece el primer eslabón de la vulgarización, al interpretar la norma frente a un problema jurídico determinado y dar una solución muy distinta a la que la misma norma otorga, y de la misma forma plantearlo al juez, quien debe resolver en consideración de los argumentos expuestos por aquel, da el puntapié inicial de la cadena de vulgarización que tiene, dentro de la esfera de los juristas, al juez como punto principal.

Decimos esto porque la vulgarización en un plano no docto y de estudio está dado directamente por el uso que de las normas hacen quienes son legos en la materia y que, por lo tanto, van creando una costumbre frente a los dilemas y situaciones jurídicas que se les presentan y que, sin embargo, la norma no ayuda a solucionar en su totalidad.

El abogado es quien integra en un primer momento la labor desempeñada por los jueces y sus sentencias, con el trabajo desempeñado por los mismos abogados, en su misión de integrar las normas con los problemas que le son presentados a su solución.

Al respecto, los autores han coincidido en que la misión del abogado paulatinamente ha llegado a tener una importancia radical dentro de nuestro sistema jurídico; unos identifican este proceso con la evolución del Estado, otros con la necesaria evolución jurídica que ha tenido nuestro sistema u orden normativo, pero todos coinciden en un mismo punto, la labor del abogado está orientada hacia la búsqueda de la justicia implícita en cada cuestión debatida y que si se debe ir o traspasar los marcos normales de un sistema jurídico legislado, esto se debe hacer sin temor, ya que el fin de todo auxiliar de la administración de justicia es encauzar toda su labor en pos de lograr que este principio o anhelo se pueda cumplir, y de la misma manera, está llamado a tutelar.

Dentro de esta etapa de resurgimiento de la labor del jurista, que denominamos vulgarización, corresponde citar entonces aquellos autores que han puesto en el tapete esta evolución, tal vez con otros nombres o definiciones, pero que pueden ser subsumidas dentro del nuevo concepto que aquí tratamos de explicar. Es así como Bravo Lira⁶⁷, al tratar este tema, dice que “la decodificación pone en marcha una radical renovación de los métodos y formas de trabajo del jurista y en especial de los hombres de derecho. El predominio de la dogmática, de la exégesis y la subsunción que caracterizó a la época del derecho codificado, cede paso a los avances de la tópica, la jurisprudencia y la *iurisdictio*”.

Otros autores, dentro de esta misma línea de análisis, dicen que “el abogado debe dirigirse al juez apoyando las razones que expone en los textos legales y aportando en su discurso una *interpretación jurídica* del hecho que se juzga...”⁶⁸; sin embargo, el autor comete un pequeño error, ya que si bien el interés que une al juez con el abogado es el mismo, no es el que el autor en la obra establece, el cumplimiento de la ley, sino que lo que busca el abogado y el juez es lo justo, la justicia implícita en toda controversia sometida al dictamen de un tribunal, y esta no se logra, necesariamente, a través de la aplicación estricta de la ley. Se logra aplicando el derecho en la amplitud y coherencia que, la más de las veces, implica encontrar esta justicia fuera de los alcances de una ley o de leyes determinadas y particulares.

De la misma forma Balaguer⁶⁹, en la obra citada anteriormente, dice: “allá, donde la ciencia del derecho se desarrolla, se manifiesta con una clara pretensión de objetividad y de certeza... del tratamiento lógico formal del derecho, con pretensión de conocer la verdad, se evoluciona hacia el dialéctico, destinado a justificar la decisión”.

Respecto de la natural relación existente entre la jurisprudencia y el abogado, Vergara⁷⁰ dice que “un mayor esfuerzo de crítica jurisprudencial al mismo tiempo redundará en una mayor cultura jurídica, en un mejor material de enseñanza y de crítica del derecho”.

⁶⁷ BRAVO LIRA, Bernardino. “Estudios de derecho y cultura de abogados”. REHJ N° 20, año 1998, pág. 105.

⁶⁸ FROSINI, Vittorio. La letra y el espíritu de la ley. Editorial Ariel, S.A. Barcelona 1995, pág. 27.

⁶⁹ Op. cit., pág. 28.

⁷⁰ Op. cit., pág. 15.

Estas breves líneas transcritas ponen en evidencia la importancia que tiene el abogado en esta etapa de vulgarización, es él quien constante y diariamente está inmerso dentro de los distintos tópicos y aspectos, positivos o negativos, que el desarrollo social y tecnológico han provocado en la sociedad.

Es el abogado quien palpa de manera directa los influjos de esta vulgarización, y es sin lugar a dudas quien debe llevarlos por buen camino y que de estas influencias emanen las soluciones adecuadas a través de los jueces y tribunales, imponiéndose de esta forma un derecho culto y estudiado por sobre el derecho legislado que las mayoría de las veces no se puede calificar con estos adjetivos.

2. *La universidad y la vulgarización*

Este punto lo abordaremos de la forma más concisa posible, no porque carezca de importancia, sino porque requiere un estudio más acabado del que se le puede dar en una investigación de este tipo.

Intensa ha sido la discusión a este respecto, se ha hablado de crisis de la enseñanza del Derecho en Chile, y por qué no, se puede extender a otras naciones que han hecho de la codificación y de la ley el pilar de su sistema jurídico. Es indudable que la enseñanza de un derecho solo basado en la ley y sus principios tarde o temprano desemboca en una crisis, pero ¿estamos en presencia de ella?

Creo que no, y por las siguientes razones:

1. Porque la enseñanza universitaria nunca ha desligado al Derecho de su situación social, y en especial no ha sido extirpado del todo el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia.
2. A través de las cátedras universitarias, en especial la de Historia del Derecho, se da a conocer y se estudia la evolución que esta ciencia ha tenido y por lo tanto pueden analizarse los distintos fenómenos y circunstancias que afectan a un ordenamiento jurídico.
3. Por último, y la más importante, la universidad es el lugar donde se cultivan los saberes, como lo dicen las Partidas, y el cultivo de estos saberes consiste justamente en estudiar uno de ellos, el derecho, con la amplitud, el rigor, y las exigencias propias que se le deben pedir a una universidad, a sus alumnos y profesores.

El Derecho como ciencia tiene un pilar fundamental en su evolución y estudio en la universidad, es en ella donde se acogen y estudian nuevas teorías y posiciones respecto de temas jurídicos determinados, es en ella donde están dadas las condiciones para que se desarrollen las ciencias jurídicas en particular.

No olvidar que fue en las universidades donde se forjó el derecho, en base al estudio y aplicación de las fuentes clásicas del derecho occidental, derecho romano y canónico, que hoy forma parte integral de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto es ella la llamada a guiar e integrar dentro, de este periodo de vulgarización, las instituciones y reglas que se creen.

La universidad es quien forma a nuestros jueces, abogados y estudiantes de derecho y es el cimiento de esta nueva vulgarización del derecho legislado.

CONCLUSIÓN

La conclusión que se pretende demostrar consiste en que si bien existe un claro proceso de descodificación en nuestro sistema de normas, esta se encuentra inmersa dentro de una etapa o periodo cuyas consecuencias y causas aún no están del todo descritas, y que podemos llamar vulgarización del derecho legislado.

El tema de esta investigación, se dijo desde un principio, excede largamente la extensión normal de una tesis, sin embargo he tratado de darle la mayor profundidad posible dentro de las limitaciones que tiene un trabajo de este tipo.

No ha sido mi intención el plantear el presente tema con la arrogancia de quien quiere entregar un concepto novedoso, enmascarándose en un estudio histórico, lo que pretendo es dar un pequeño aporte a la investigación jurídica, y espero que sea un real aporte para quien se interese por desarrollar este tema de la vulgarización desde una perspectiva creadora e innovadora. Sin embargo, no debe confundirse este objetivo con pretender que se impone la necesidad de un cambio que nos lleve a un sistema parecido al del *common law* anglosajón; el cambio propuesto es el repensar y volver a hacer del derecho una ciencia, en el gran sentido que tiene este concepto, es tomar nuestra larga tradición jurídica creada sobre la base de la jurisprudencia y la doctrina y mejorar nuestra propia forma de organización social y jurídica, de esta manera hacer más fácil la obtención de un valor o de un principio sobre el cual se estructura toda forma social: la justicia. No sin razón se afirma que el peor mal que puede existir en una sociedad no es la desigualdad, sino que la injusticia.

Para esto debe necesariamente reestructurarse el sistema de derechos y crearse uno nuevo a la manera de los antiguos ordenamientos jurídicos hechos sobre la base de los deberes que cada persona tiene respecto de la otra. *El derecho a* no es más que una declaración de voluntad que difícilmente tiene un real cumplimiento y tampoco se tienen las herramientas necesarias para darles una debida protección; en cambio, *el deber de*, implica necesariamente un poder de exigir a otro de forma directa el cumplimiento de aquellos compromisos adoptados de común acuerdo dentro de la sociedad, y por lo mismo su transgresión se hace mucho más difícil y complicada.

El juez, el abogado, la universidad y la sociedad en su conjunto son los grandes actores de este nuevo cambio, que debe ser conducido con sabiduría y destreza por los tres primeros, es la única manera que tiene la sociedad de evolucionar en armonía con su sistema jurídico y de lograr sus fines de justicia y equidad a los cuales esta implícita y explícitamente llamada a cumplir.

Solo cabe reiterar mis agradecimientos a quienes me apoyaron en esta investigación, y espero que quienes la lean sepan sacar de ella conclusiones que les permitan abordar los distintos temas jurídicos y no jurídicos desde una nueva perspectiva.

BIBLIOGRAFÍA

I. *Libros:*

1. IRTI, Natalino. La edad de la descodificación (Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria), Barcelona, 1992.
2. ESCUDERO, José Antonio. Curso de historia del derecho, fuentes e instituciones político-administrativas, Gráficas Solana, Madrid, 1987.
3. BRAVO LIRA, Bernardino. Codificación y descodificación en Iberoamérica.
4. CLAVERO, Bartolomé. Institución histórica del derecho, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992.
5. CERDA FERNÁNDEZ, Carlos. Jurisdictio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
6. FRISCH PHILLIP, Walter y GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Metodología jurídica en jurisprudencia y legislación, Editorial Porrúa, México, 1997.
7. AFTALION, Enrique; GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José. Introducción al derecho, S.A. Editora e Impresora Buenos Aires, 1967.
8. F. Clemente de Diego. La jurisprudencia como fuente de derecho, Madrid, 1925.
9. PUIG BRUTAU, José. La jurisprudencia como fuente de derecho. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950.
10. IGLESIA FERREIROS, Aquilino. La creación del derecho, Manual, Tomo I, Una historia de la formación de un derecho estatal español, 2ª edición corregida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.
11. MONTANOS FERRÍN, Emma y SÁNCHEZ ARCILLA, José. Historia del derecho y de las instituciones (3 tomos), Editorial Dikynson, 1991.

12. IGLESIAS, Juan. Derecho romano, instituciones de derecho privado, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1972.
13. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del derecho, principios del ordenamiento constitucional, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991.
14. FROSINI, Vittorio. La letra y el espíritu de la ley, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995.
15. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Metodología de la ciencia del derecho, segunda edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1997.
16. NEUBORNE, Burt. El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana, Cuadernos Civitas, Universitat Pompeu Fabra, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1995.
17. GARAPON, Antoine. Juez y democracia, una reflexión muy actual. Flor del Viento Ediciones, 1997.
18. NOVOA MONREAL, Eduardo. Una crítica al derecho tradicional. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.
19. DÍAZ ROCA, Rafael. Teoría general del derecho, Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1997.
20. BONET NAVARRO, Angel. Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Talleres Editoriales Cometa S.A., Zaragoza, 1981.
21. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. La imaginación jurídica. Editorial Debate S.A., Madrid, 1992.
22. LORENZETTI, Ricardo Luis. Las normas fundamentales de derecho privado.
23. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Curso de historia del Derecho español, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983.
24. BARRIENTOS, Javier. Lecciones de introducción a la historia del derecho chileno. Editorial Gráficos, Chile, 1996.
25. GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio; GARCÍA MARÍN, José María. El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 1982.
26. ERRÁZURIZ, Maximiano. "Apuntes de Derecho Romano, historia externa, bases de aplicación, periodificación y fuentes, estructura política y organización administrativa". 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989.

II. Artículos y monografías.

1. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. "La elaboración de la ley", Revista Chilena de Derecho, Tomo XXIV (1997), págs. 315-319.
2. CEA EGAÑA, José Luis. "El Parlamento en el futuro del derecho y de la democracia", RChD, Tomo XVIII (1990), págs. 21-34.
3. CONCHA GUTIÉRREZ, Carlos. "¿Crisis Jurídica en Chile?", RChD, Tomo XIII (1986), págs. 33-37.
4. GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. "El punto de comprensión en la hermenéutica jurídica", RChD, Tomo XXII (1995), págs. 7-22.
5. BRAVO LIRA, Bernardino. "Arbitrio Judicial y Legalismo, juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la Codificación", RDJ, Tomo LXXXVII N° 3 (1990).
6. BARROS B., Enrique. "Tensiones del derecho actual", RDJ, Tomo LXXXVIII N° 1 (1991), págs. 9-25.
7. FUEYO LANERI, Fernando. "El fraude a la ley", RDJ, Tomo LXXXVIII N° 1 (1991), págs. 25-44.
8. GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Codificación, Descodificación y Recodificación del derecho civil chileno", RDJ, Tomo XC N° 2, 1992, págs. 39-62.
9. BRAVO LIRA, Bernardino. "Los abogados y el Estado en Chile, del Estado modernizador al Estado Subsidiario", RDJ, Tomo XCIV N° 3, págs. 117-133.
10. MACLEAN, Roberto. "Réquiem para el espíritu del legislador, la cultura de servicio en la administración de justicia", RDJ, Tomo XCIV N° 1, 1997.
11. BRAVO LIRA, Bernardino. "Judex, Minister aequitatis", AHDE (Madrid), Tomo LXI, 1991.
12. BRAVO LIRA, Bernardino. "Estudios de derecho y cultura de abogados", REHJ N° 20, 1998.
13. VERGARA BLANCO, Alejandro. "Revitalizar el comentario de jurisprudencia", Índice de la RChD, 1998.
14. DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", RDJ, Tomo XCIII, 1996, págs. 120-123.
15. BRAVO LIRA, Bernardino. "Del Estado modernizador al Estado subsidiario", REHJ N° 17, 1995.
16. BRAVO LIRA, Bernardino. "La codificación en Chile", REHJ N° 12, 1987-1988.
17. LORENZETTI, Ricardo Luis. "La descodificación y la fractura del derecho civil", revista argentina La Ley, 1994.
18. BRAVO LIRA, Bernardino. "Estudio jurídico y Estado modernizador", RChD, Vol. N° 25, 1998.
19. DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. "Codificación, descodificación y recodificación", Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV N° 2, 1992.

20. PEIRANO FACIO, Jorge. "La descodificación en el derecho actual", Inédito.
21. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. "La descodificación, ¿un tema de historiadores?", Revista de Historia del Derecho N° 21, Buenos Aires, 1993.
22. 150 años de la creación de la Facultad de Derecho (1843-1993), varios autores, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José de Costa Rica, 1993.
23. KASER, Max. "Derecho romano vulgar tardío". Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), Tomo XXX, Madrid, 1960.
24. CONCHA ZAVALA, Germán. "¿Crisis del poder judicial?", Revista Forum N° 3, año 1991.