

# OCASO DEL IDEAL CODIFICADOR<sup>1</sup>

Santiago Montt Oyarzún<sup>2</sup>

*En vez de dar cualquier tipo de respuesta general...  
les propongo considerar de cerca ciertos casos particulares*

*Y este es el peligro de la matemática contemporánea,  
que trata de nivelar las diferencias e igualar todo.  
Yo me esfuerzo, por el contrario,  
por acentuar la diversidad de las reglas gramaticales.*

Ludwig Wittgenstein.

## La codificación, fenómeno jurídico ilustrado

Para un lector no entendido en Derecho, resulta habitual concebir este amplio y profundo ámbito de la cultura, como un simple equivalente del conjunto de las leyes y reglamentos vigentes. Dicha reducción del universo de la justicia a los actos de gobierno, tanto en su vertiente legal como administrativa, tiene sus orígenes en la codificación, hija intelectual del racionalismo ilustrado del Siglo XVIII.

También en términos generales, suele presentarse la noción de la codificación como el intento de reemplazar un cúmulo de legislación de una determinada materia, repartida, incoherente y vetusta, en un sólo texto armónico y unitario, llamado código.

Sin embargo, la verdadera relevancia de la codificación no parece radicar en los textos legales que llevan tal nombre. En la generalidad de los casos, estos no

---

<sup>1</sup> Un estudio histórico-jurídico de notable interés, que permite comprender el modelo sistemático subyacente a la codificación en contraste con el casuismo del derecho anterior, fue realizado por Víctor tau Anzoátegui, en "Casuismo y Sistema", Buenos Aires, 1992.

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho, Universidad de Chile. Actualmente cursa el quinto año de la carrera. Ayudante de los Profesores Srs. Bernardino Bravo Lira y José Luis Cea Egaña.

hicieron sino recoger el Derecho Común<sup>3</sup> y el Derecho Patrio válido hasta antes de sus promulgaciones. Por su parte, la idea de compilar determinadas materias en un sólo libro data desde hace muchos siglos.

Por el contrario, pareciera que el aspecto sustancial de éste fenómeno del Siglo XVIII y XIX se encuentra en la radical transformación que generó en la concepción de tres pilares fundamentales de toda estructura jurídica: el rol del juez, la autoridad<sup>4</sup> de los juristas y la seguridad jurídica<sup>5</sup>.

En este nuevo modelo nacido hace más de dos siglos, se consideró indispensable disminuir al mínimo el arbitrio<sup>6</sup> de los jueces, como también la autoridad de los juristas, para entregar la creación del Derecho a legisladores y gobernantes a través de una sola herramienta fundamental: la ley. Con una concepción inversamente proporcional, mediante la reducción de los mencionados pilares, aseguraban acrecentar el tercero de ellos, la seguridad jurídica.

Existe un suceso simbólico, que hoy permite comprender esta convicción de los codificadores con extrema claridad. Se trata de la abolición de la máxima *odia restringi, favores convenit ampliari*, la que sin duda representó el más fuerte asesto a jueces y juristas<sup>7</sup>. En este sentido, nuestro Código Civil fue original y ejemplar al plasmar esta derogación en forma expresa, en su artículo 23, que establece exactamente lo contrario: *lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su aplicación...*

<sup>3</sup> Por Derecho Común se entiende el conjunto de fuentes constituidas por el Derecho Romano y el Derecho Canónico, tal como fuere reconstruido, articulado e interpretado por los juristas medievales. En caso del primero, su núcleo estaba representado por el *Corpus Iuris Civilis* del emperador romano Justiniano, su interpretación proveniente de la *Glossa Ordinaria* de Acursio (Siglo XIII) y de Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) y sus seguidores. En el segundo, por la reunión de textos legales canónicos en el *Corpus Iuris Canonici* y su interpretación por decretistas y decretalistas.

<sup>4</sup> *Autoridad* está tomado en el sentido etimológico romano, esto es, como saber socialmente reconocido.

<sup>5</sup> *Seguridad jurídica* puede ser definida para efectos de este artículo, como la capacidad de predicción del comportamiento de los tribunales en la decisión de conflictos de relevancia jurídica.

<sup>6</sup> *Arbitrio* hace referencia a la facultad de los jueces para dar o no valor a distintas normas del Derecho Nacional conforme a los postulados del Derecho Común, lo que determina en definitiva, la capacidad de solución de los conflictos caso a caso, tomando en consideración todas las particularidades de cada uno de ellos.

<sup>7</sup> Sobre la codificación y su impacto en la judicatura, Bernardino Bravo Lira, *La Codificación de los Derechos en Europa e Iberoamérica y su Disociación del Derecho Común*, en "Revista Chilena de Historia del Derecho 15", 1989; sobre la codificación en Chile, Bernardino Bravo Lira, *La Codificación en Chile 1811-1907, Dentro de la Codificación Europea e Hispanoamérica*, en "Revista de Estudios Históricos Jurídicos 12", 1987.

También puede citarse como claro ejemplo del espíritu codificador, esta vez en lo que se refiere a la reducción del rol de los juristas, una conocida anécdota, que si bien puede no ser cierta, al menos resulta iluminadora. Se dice que Napoleón, al enterarse de los primeros comentarios realizados por los juristas a su código, habría exclamado *Mon Code est perdu* (mi código está perdido). Si el objetivo de los códigos era ser lógicos, precisos y exhaustivos en sus materias, para así dejar fuera toda posibilidad de discreción ya sea de jueces como de juristas, entonces el primer comentario de uno de éstos últimos hacía tambalear el paradigma.

### Fundamentos espirituales del programa codificador

La pregunta que surge de lo anteriormente expuesto se refiere a cuáles serían las motivaciones de los codificadores para reducir tan significativamente la vigencia del Derecho Común y sus protagonistas, y por el contrario, intentar acrecentar la seguridad jurídica a costa de ellos y en beneficio de la ley codificada. A continuación se esbozan tres posibles respuestas, intentado con ello dar una hipótesis del origen de este trascendental fenómeno en la Historia del Derecho.

Comenzando por los factores políticos, tal vez los más relevantes en este caso, cabe señalar que el Estado Moderno se encontraba en el apogeo de su expansión durante la época de la codificación. En este contexto, el fenómeno en estudio representa la culminación del Estado, en su sostenido esfuerzo desde fines de la Edad Media, por dominar todos los ámbitos del poder político, toda vez que el Soberano, luego de tener prácticamente concretado su triunfo sobre los señores<sup>8</sup>, dominó la última rama de la actual conformación estatal: la administración de justicia.

El juez educado en el Derecho Común se presentaba como un "enemigo natural" del príncipe, por cuanto se atribuía la facultad de derogar casuísticamente las leyes promulgadas por éste último, modificando en definitiva la decisión legal tomada por la autoridad estatal con pretensiones de uniformidad y rigor. La estrategia seguida para anular el poder de la judicatura fue absorberla dentro del

---

<sup>8</sup> El concepto *señores* hace alusión a la existencia de porderes y jurisdicción radicadas en personas distintas al rey e independientes del mismo, ya sea en el marco del feudalismo o fuera de él, como el caso de España, donde no hubo un verdadero feudalismo.

aparato estatal, otorgándole un rol secundario: simplemente subsumir los hechos de la realidad en los dictámenes del legislador, esto es, encuadrar el caso en alguna de las normas legales dictadas con anterioridad.

De tal modo, con el Derecho Común exiliado en las bibliotecas, con la autoridad de los juristas corriendo igual suerte, y con los jueces esclavizados a la ley, el Estado eliminaba el más fuerte contrapunto de sus actos potestativos, abriendo las puertas para hacer y deshacer a completa voluntad<sup>9</sup>.

Enseguida, se presenta un segundo motivo, fundamentado en el cientificismo, aspecto esencial de la visión ilustrada del mundo, propia del Siglo XVIII. La física newtoniana demostró ser el modelo de la realidad más poderoso ideado por el ser humano. Con la impactante precisión de sus resultados, este sistema no tardó en dar lugar a una visión filosófica y universal conocida como *determinismo*, a cuyo alrededor orbitaron una variedad de fenómenos culturales propios del mundo de las humanidades, entre otros, la codificación.

La codificación se encuentra enmarcada dentro los parámetros mecánicos del determinismo: la sociedad podría ser perfectamente regida y controlada por leyes tan precisas y coordinadas como las que rigen el movimiento de los cuerpos. En dicha concepción, la figura fundamental era el legislador, asociado con el ideal del buen científico, en tanto entes capaces de dominar y modelar con total exactitud los ámbitos sometidos bajo su tutela.

En dicho escenario, el jurista ya no era necesario, no jugaba ningún papel relevante, y el juez pasó a ser una especie de "ayudante de laboratorio", cuya única tarea sería "mirar por el telescopio" y constatar si los hombres se mueven o no conforme a las normas del gran "físico-legislador".

Por último, la tercera causa o motivación en estudio se relaciona directamente con la seguridad jurídica. La vida urbana adquiría, en esta época, grandes dimensiones; el tráfico del comercio y las diversas inversiones se tornaban de mayores magnitudes y riesgos; en síntesis, la vida económica, ad portas de la revolución industrial, requería de un sistema más preciso y exacto, donde la necesidad de

---

<sup>9</sup> Significativo es el caso de la Alemania nazi, que usó igual estrategia aunque exacerbada, al nombrar a jueces no letrados, e incluso sin educación superior. De dicha manera, se aseguraba que las órdenes dadas desde el Gobierno a la Judicatura se supplieran fielmente y sin resistencia, ello en atención a la incorregible costumbre de los letrados de hacer las cosas de acuerdo a los principios de justicia en la Universidad.

predecir las soluciones de los tribunales tomaba el carácter de dato esencial en el desarrollo de los negocios. Por otra parte, la salida de escena del antiguo y tradicional Derecho Común permitía a futuro reemplazar fácilmente las disposiciones por otras nuevas, más adecuadas al ritmo y carácter del comercio moderno. En consecuencia, no puede pasarse por alto el hecho que el desarrollo económico y comercial, propio de una burguesía surgente, fue un factor también decisivo en la consolidación de los ideales presentados por la codificación.

### Ocaso de un paradigma

Teniendo en cuenta los factores que animaron a la codificación en tanto paradigma, es posible comprender su posterior desarrollo, y actualmente su decadencia. Mientras sus fundamentos se mantuvieron vigentes el modelo dominó y se expandió; sin embargo, desde mediados de este siglo la codificación ha hecho crisis, encontrándonos hoy en día en su ocaso, tanto así que se habla ya de la descodificación<sup>10</sup>.

Revisando tales factores o motivaciones, es posible constatar lo afirmado. La amplitud del Estado es un hecho que está en discusión desde hace algunas décadas, sin encontrar todavía solución. No obstante, a pesar de no haber consenso, existe al menos una proporción importante de la población que lucha y presiona por retroceder el campo de acción estatal<sup>11</sup>. En tal sentido, el reestablecimiento del recurso de protección<sup>12</sup> en la Constitución de 1980 vuelve a posicionar a la

<sup>10</sup> Aunque crítico respecto de dicho fenómeno a nivel nacional como internacional, Alejandro Guzmán Brito lo analiza y estudia en relación a nuestro Código Civil en *Codificación, Descodificación y Recodificación del Derecho Civil Chileno*, artículo publicado en "Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales", Tomo XC n° 2, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

<sup>11</sup> Una visión ética del Estado y su reducción en Joaquín García-Huidobro, *La Reconstitución del Estado*, en "Naturaleza y política", Edeval, Valparaíso, 1997. Sobre este fenómeno en la historia chilena, Mario Góngora, en *Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado de Chile en los Siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, 4ª ed., 1992, en el apéndice de dicha edición se recoge una valiosa discusión sobre el tema entre el autor y Arturo Fontaine. Desde una perspectiva institucional, Bernardino Bravo Lira, *Del Estado Modernizador al Estado Subsidiario Trayectoria Institucional de Chile, 1891-1995*, en "Revista de Estudios Históricos-Jurídicos 17", 1995.

<sup>12</sup> Hablamos aquí de reestablecimiento del recurso de protección por la extraordinaria importancia y utilización que tuvieron en América Indiana las acciones y recursos judiciales contra los actos gobierno. Sobre la materia, Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano*, Santiago, 1951, págs. 264-297; Bernardino Bravo Lira, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, págs. 123-169.

judicatura como un importante contrapeso, y como un fundamental protector del ciudadano frente a la potestad estatal, en particular en su vertiente administrativa.

Respecto a la influencia de las ciencias naturales, es sabido que a comienzos del Siglo XX, la teoría de la relatividad, la física cuántica y otras ramas de dicho saber produjeron un quiebre irreconciliable con la visión determinista del mundo, descubriendo ámbitos de la realidad que no responden a dicha concepción<sup>13</sup>. Algo similar se produjo también en el campo del lenguaje. El radical cambio aportado desde las universidades inglesas, a través de figuras como Wittgenstein y los seguidores del análisis del lenguaje, echaron por tierra este pilar del modelo desde el interior más profundo de las ciencias sociales. En la medida en que el lenguaje corriente, sobre el cual funciona el Derecho, carece de una estructura lógico-formal que permita dar una representación figurativa de la realidad, la pretensión de obtener una absoluta precisión en las proposiciones normativas se convirtió en una quimera del pasado.

En tal sentido, conceptos como la apertura del lenguaje, aportados por Waissman e importados al campo del Derecho por Hart, en conjunto con el aporte de otros grandes teóricos del Derecho tributarios en parte de la anterior corriente filosófica, rehabilitaron al juez y al jurista como piezas fundamentales del ordenamiento jurídico. Por lo demás, lo anterior no hacía sino confirmar un movimiento que ya se daba en las legislaciones, puesto que las necesidades concretas del desempeño de la justicia habían debilitado el modelo en la práctica<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> No obstante la infinidad de bibliografía sobre el tema, una visión sintética del cambio de mentalidad en las ciencias es expuesto con simpleza y precisión por el filósofo Jeremy W. Hayward en su exposición *Método Científico y Validación*, editado por el científico chileno Francisco Valera, en "Un Puente para dos Miradas", Dolmen Ediciones, Santiago, 1997. Dicho libro reúne interesantísimas exposiciones y conversaciones de una serie de científicos de estatura internacional dedicados al estudio del cerebro, la inteligencia y el entendimiento, con el Dalai Lama, en un intento de comprensión paralela y contrastada de las ciencias y el budismo. Un libro relevante y constantemente citado sobre las transformaciones de mentalidad científica en general, Thomas S. Kuhn, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1993.

<sup>14</sup> A modo de ejemplo, en materia de valoración de la prueba en el ámbito penal, el Código de Procedimiento Penal chileno de 1906, ya se alejaba del modelo codificador. Este modelo postulaba la prueba tasada legalmente, donde el valor probatorio de cada uno de los antecedentes debía estar establecido a priori en la misma ley, de modo de no dejar ningún espacio al juez en el proceso de apreciación de la misma. Ahora bien, el artículo 484 original de este cuerpo legal, hoy 456 bis dentro de un sistema de prueba tasada, sobrepujó la convicción del juzgador a cualquier otro parámetro, disponiendo que "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que

A su vez, el propio desarrollo de la doctrina creada por los juristas en torno a los Códigos, también resultó en la práctica incongruente con el ideal codificador. Son pocas las disposiciones importantes que no poseen dos o más interpretaciones disímiles, situación que obliga a los tribunales en virtud de su prudencia, no sólo a recurrir a la doctrina, sino a aceptar algunas en vez de otras, dictando fallos que serían distintos e incluso opuestos, si la doctrina escogida hubiese sido la alternativa.

La codificación muere hoy porque la realidad destruyó los cimientos arquitectónicos sobre los cuales se sostenía. El rol de juristas y jueces se sobrepuso naturalmente al plan de los codificadores, y con ello, disolvió sus fundamentos ideológicos. La única base que sigue sólidamente en pie es la necesidad de seguridad jurídica, la que sólo es suficiente para que el ideal agonice. La tarea hoy es rehabilitar al juez, devolverle su dignidad y un espacio propio en una nueva visión global de la judicatura, que invite a los más capacitados estudiantes de Derecho a seguir la carrera judicial.

---

los juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, *la convicción* de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley". Para mejor comprensión del artículo, cabe hacer mención a lo señalado por sus autores en el mensaje de dicho Código "Es la conciencia (del juez) la que apoderándose de todos los medios probatorios, y apreciándolos con sano criterio, viene en último resultado a atribuirles su justo valor y a determinar si el hecho ha o no existido" (año 1894).