

Paper de trabajo.

# La Decadencia de la Codificación y la Tiranía del Papel.

Barrientos, Pedro.

Cita:

Barrientos, Pedro (2017). *La Decadencia de la Codificación y la Tiranía del Papel*. Paper de trabajo.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/30>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pzZQ/mVv>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.  
Para ver una copia de esta licencia, visite  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

# La Decadencia de la Codificación. Y la Tiranía del Papel.

PEDRO BARRIENTOS  
*Universidad Nacional de Córdoba*  
[orcid.org/0000-0001-9219-3351](https://orcid.org/0000-0001-9219-3351)<sup>1</sup>  
2 de octubre de 2017

---

<sup>1</sup> Comentarios y sugerencias pueden ser remitidos al autor a [barrientosloayza@gmail.com](mailto:barrientosloayza@gmail.com).

## Resumen

La doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico están en crisis; con dicha perspectiva, abordo el estudio de la variable *codificación* desde los albores del derecho romano hasta nuestros días y cómo, la visión de la *función creadora del juez*, se dividió entre la perspectiva del *derecho continental* con Bentham a la cabeza y el *common law* con Sir Blackstone. Posteriormente trato la cuestión de la *legística* no necesariamente conocida por los legisladores y con ello la inevitable *tiranía del papel* debido a que se genera —ante la falta de creación pretoriana—desgobierno judicial, falta de independencia judicial y violencia institucional. Finalizo sosteniendo una serie de conclusiones y proponiendo trabajos futuros de investigación.

[The doctrine of natural law and legal positivism are in crisis; with this perspective, I approach the study of the variable codification from the dawn of Roman law to the present day and how the vision of the creative function of the judge was divided between the perspective of continental law with Bentham at the head and common law with Sir Blackstone. Later I treat the issue of Legislation Theory not necessarily known by legislators and with it the inevitable tyranny of the role due to judicial mismanagement, lack of judicial independence and institutional violence. I conclude by supporting a series of conclusions and proposing future research work.]

*Keywords:* Codificación, Derecho Continental, Common Law, Derecho Natural, Positivismo, Tercera Vía

## 1. Introducción

La *codificación* implica ser en términos sencillos —y desde mi punto de vista—, la tendencia existente en algunos sistemas romanistas de «empaquetar» minuciosamente leyes y normas en forma escrita muchas veces sin ninguna técnica legislativa; es en verdad, pretender regular conductas a las que los individuos deben someterse y así ejercer sobre ellos algún tipo de poder sobre estos (Foucault, 1988) y también sobre los operadores del derecho quienes inevitablemente —en nombre del positivismo— deben acatar normas que muchas de las veces aparentan legalidad pero no siempre

ser legítimas. Las consecuencias son obvias y a ello denomino *violencia institucional* como en anteriores trabajos ya me referí oportunamente (Barrientos, 2016)<sup>2</sup>.

Relacionado con el tópico de la *codificación* en el ámbito del derecho — hoy globalizado— existen notorias diferencias entre los sistemas romanistas o continentales respecto del *common law*; algunos proferirán entre uno y otro sistema sus beneficios como así también sus desventajas. Lo cierto es que durante los años de pregrado cuestionaba la bondad de la codificación y su notoria estructura pétrea a comparación de la dinámica dada en el *common law* y a la *función creadora del derecho* que asumen los jueces con mayor *independencia judicial* que en los sistemas continentales.

Con el transcurso de los años hube también de tomar inevitablemente contacto con la cuestión de la argumentación legislativa o *legística* (Brenna, Bichachi & Molinari, 2013; Atienza, 2001) y en especial —actualmente— con el *análisis del discurso* (Calsamiglia Blancafort & Tusón Valls, 2001) precisamente para así poder debatir la interpretación de las normas y la correcta hermenéutica de las mismas, no por capricho propio sino por sobre todas las cosas para poder así contribuir como operador del derecho en el mentado *dar a cada uno lo suyo* de Ulpiano.

Advierto que actualmente, a diferencia de años anteriores, la doctrina foránea pretende plasmar los criterios y estudios efectuados en materia de técnica legislativa una y otra vez para la materialización de normas jurídicas y así poder responder adecuadamente a los problemas sociales que vienen aconteciendo dada la naturaleza del ser humano en permanente estado de evolución y de conflicto.

Considero, con algunos de los argumentos que vertiré, que el fenómeno de la codificación está perdiendo vitalidad y fuerza. Las razones son bastas y no se trata de un conflicto netamente jurídico sino más que todo del desarrollo de estudios estrechamente vinculados con el derecho los que —como vectores— van confluyendo en la problemática de la constante interpretación que se debe efectuar de aquél papel escrito por los legisladores y a la que los operadores del derecho se aferran porque la misma ley los obliga a hacerlo con lo que, por un lado, al no contar con márgenes amplios de actuación *no crean el derecho* y por ende no solucionan ni menos aún heterocomponen los conflictos suscitados. Por otro lado, al no poseer margen de actuación se afecta también su independencia judicial y como consecuen-

---

<sup>2</sup> Ver «[Violencia Institucional: Hacia un nuevo enfoque](#)»

cia de ello al aplicar normas pétreas o vetustas inevitablemente provocan aquella *violencia institucional* aparentando con sentencias legalidad como legitimidad cuando en verdad son *cosas juzgadas írritas*. De allí sostengo que en verdad existe la «tiranía del papel».

Pretendo contribuir con los siguientes aspectos:

1. Efectuar el análisis de la variable *codificación* desde la óptica de la semiótica del derecho.
2. Abordar descriptivamente el fenómeno de la codificación desde la era pre y post-justiniana hasta nuestros días.
3. Analizar las circunstancias que determinaron la bifurcación entre el sistema del *common law* y el sistema continental o romanista.
4. Establecer que en verdad de los hechos los legisladores son seres humanos con virtudes y con falencias, especialmente en cuanto a legística se refiere.
5. Que a nivel latinoamericano los proyectos iberoamericanos de derecho procesal adoptan iguales contingencias a momento de adjetivizar las normas sustantivas.
6. Como resultado de lo anterior, establecer la existencia de desgobierno judicial, falta de independencia judicial y —como su inefable resultado— violencia institucional.
7. Finalmente —a fin de apuntalar el objeto de investigación— trataré aspectos referidos al motivo de existencia de un abanico de interpretaciones de las normas de derecho que precisamente ponen en jaque la codificación en sí o mejor aún, que la codificación está en decadencia.

El fenómeno de la codificación en otras épocas o momentos históricos fue inevitable por lo que su causa teleológica tenía razón de ser para dichas épocas y circunstancias socio culturales y políticas. Hoy, la pretensión de codificar o establecer premisas y consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de determinadas y específicas conductas carece de razón de ser y coarta al juzgador a *crear el derecho* a momento de heterocomponer los conflictos avasallando así la garantía constitucional de la independencia judicial (del juzgador y del justiciable).

En los sistemas romanistas (de algunos países), los justiciables, los operadores del derecho y la sociedad civil son prisioneros de la «tiranía del

papel» en el que se plasman normas, leyes, decretos, resoluciones y cualesquier forma prescriptiva de conductas redactados de forma tal que no gestionan adecuadamente los conflictos. Los problemas sociales día a día son sumamente dinámicos porque la sociedad civil evoluciona (o involuciona); consecuentemente se debe reivindicar para los juzgadores un margen de libertad sin ataduras y fomentar así la verdadera creación del derecho que vaya acorde con aquél dinamismo social de inevitable existencia.

La idea principal de éste *paper* es dejar en claro, que no pretendo establecer ni reivindicar anarquía alguna; lo que sí sostengo es que se debe ser sincero como Estado de Derecho y establecer tan solo específicas regulaciones normativas a modo de *principios jurídicos* a fin de evitar interpretaciones disímiles como hoy acontece en varios países. En verdad, es la jurisprudencia la verdadera rectora en materia de regulaciones sociales, consecuentemente debe retomarse como sistema judicial aquél basado en los precedentes jurisprudenciales tal como así lo pregonaba Blackstone a fines del S.XVIII (Blackstone & Lewis, 1922).

## 2. La Semiosis y la Semiótica del Derecho

La *semiótica del derecho* es:

*«... un método de investigación que examina minuciosamente los procesos heurísticos del modelo propuesto por la teoría de los signos del filósofo americano Charles Sanders Peirce. La semiótica jurídica investiga la naturaleza, la estructura, el funcionamiento y los efectos del lenguaje legal, examinando la constitución de hechos y relaciones jurídicas y conceptos estructurales para la ciencia del derecho, como la validez, la vigencia y la eficacia de las normas jurídicas. Asumiendo que la naturaleza dialógica de todo proceso de conocimiento y la producción de lenguajes de los procesos de positivación legal no escapan a ello, es posible investigar la aplicación de las normas jurídicas en una instancia comunicacional...» (Von Oertzen de Araujo, 2014)*

Ahora bien, habida cuenta que propuse efectuar el análisis de la variable *codificación* desde la óptica de la semiótica del derecho, debo establecer las siguientes premisas:

**1a. Premisa:** Una cuestión es la *semiosis* y otra muy distinta la *semiótica*. La *semiosis* es un fenómeno, esto —en términos peircianos— es «... una

*acción o influencia que es o implica una cooperación entre tres sujetos, como por ejemplo, un signo, su objeto y su interpretante, no pudiendo resolverse de ninguna manera tal influencia tri-relativa en una influencia entre parejas. . . »* (Peirce, Hartshorne & Weiss, 1932:5.484). Mientras que la *semiótica* es un discurso teórico sobre los fenómenos semióticos (Eco & Lozano, 1992).

- 2a. Premisa:** La *semiótica* estudia todos los procesos culturales como *procesos de comunicación* (Eco, 1999).
- 3a. Premisa:** El umbral superior de la *semiótica* está representado por el linde entre aquellos fenómenos culturales que sin lugar a dudas son «signos» (vg. el término<sup>3</sup> *codificación*) y aquellos fenómenos culturales que pueden poseer otras funciones no comunicativas (Eco, 1999).
- 4a. Premisa:** La *semiótica* posee tres *dimensiones* o *descripciones* bajo las cuales es posible acercarse al *fenómeno de la semiosis*; estas son la *sintaxis*, la *semántica* y la *pragmática* (Morris, 1938; Eco & Lozano, 1992).
- 5a. Premisa:** Evidentemente la *semiótica* estudia tanto la estructura abstracta de los *sistemas* de significación como asimismo los *procesos* comunicación. Sin embargo, la oposición *significación/comunicación* no corresponde a la oposición *semántica/pragmática* (Eco & Lozano, 1992).
- 6a. Premisa:** Lo que acontece en la vida real por los pasillos de tribunales —en la circulamos quienes litigamos a diario— nos confronta con una inefable realidad ya destacada por Bar-Hillel, 1968; Kelsen, 1991; Eco & Lozano, 1992; Calsamiglia Blancafort & Tusón Valls, 2001 y Von Oertzen de Araujo, 2014 entre otros:
  - 6.1. Las normas, las leyes, los códigos que se estudian a diario (desde pregrado) fueron y son manipulados por los legisladores (*homo politicus*), las partes, los operadores del derecho y por la propia creación pretoriana (jurisprudencia).
  - 6.2. Esto acontece porque las normas jurídicas para ser efectivamente *normas jurídicas* deben poseer tres cualidades claras y concretas:
    - 6.1.1. Deben poseer *validez*; esto es que deben estar redactadas tomando en cuenta lo que la Teoría de la Legislación estableció para que posean a su vez *cualidad sintáctica*, cuestión esta

---

<sup>3</sup> Unidad mínima aislable en el análisis morfológico.

que no sucede debido a que los legisladores son hombres políticos más que especializados en la materia.

- 6.1.2. Deben poseer *vigencia*; esto es que deben adquirir desde su diseño *calidad semántica* entendida como una necesaria robustez ante el fenómeno de su interpretación, su dependencia esencial de la comunicación como asimismo del contexto lingüístico y extralingüístico; cuestión esta que inevitablemente no se posee menos aún ante la presencia de legisladores no capacitados para diseñar normas.
- 6.1.3. Deben poseer *imperatividad*; esto es que deben poseer una *calidad pragmática* entendida ésta última como aquella teoría que considera que *hablar es hacer* y que cada enunciado emitido posee: un significado *literal* o proposicional, una dimensión *intencional* y una dimensión que *repercute* en la audiencia; cuestión esta que es abusada a diario por los operadores del derecho.

### 3. ¿Qué es la codificación?

La codificación es aquella forma de elaborar o conjuncionar todas las leyes referidas a una materia en forma sistemática.

Para la RAE *codificación* implica toda aquella acción y efecto de *codificar* —que como verbo transitivo— proviene a su vez del latín *codex*, *-īcis* 'código' y *-ficar* que refiere los siguientes conceptos:

1. Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático.
2. Transformar mediante las reglas de un código la formulación de un mensaje.

Por su parte *código* proviene del latín *\*codīcus*, derivado regresivo de *codicillus* 'codicilo' entendido como:

1. Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada.
2. Recopilación sistemática de diversas leyes.

Y *codicilo* que proviene del latín *codicillus* diminutivo de *codex*, *-īcis* 'código' entendido como:



1. Toda disposición de última voluntad que no contiene la institución del heredero y que puede otorgarse en ausencia de testamento o como complemento de él.
2. Documento que contiene el codicilo.

El «Diccionario del Español Jurídico – DEJ» (RAE–CGPJ, 2016) refiere que el término *codificación* es:

Toda «*Ordenación sistemática de normas en un cuerpo legal único de contenido uniforme*»

Consecuentemente adviértase que *codificar* —conforme establece así la RAE–AALE (2010)— se trata de un verbo con relación formal entre *base* y *morfema* por lo que atendiendo a su pauta morfológica cabe hablar de una «derivación por sufijación» de *base nominal* (N) no así de *base adjetival* (A) como a continuación se refiere:

*N–ificar* (codificar) ≠ *A–ificar* (clarificar)

Sostiene la RAE–AALE (2010) que los verbos en *–ificar* responden sobre todo a los esquemas *A–ificar* y *N–ificar* y que este sufijo es prolongación del latino *ificāre*; así entonces, la interpretación que predomina en los verbos *–ificar* es la causativa, de modo que *codificar* es ‘convertir en código’ (las normas jurídicas).

Ahora bien, siguiendo a Bar–Hillel (1968) y Eco & Lozano (1992), es evidente que la pragmática no solamente atañe a los fenómenos de interpretación (de signos, enunciados, textos o expresiones indicadoras) sino también «... *la dependencia esencial de la comunicación, en lenguaje natural, del hablante y del oyente, del contexto lingüístico y del contexto extralingüístico, de la disponibilidad del conocimiento de fondo y de la buena voluntad de los participantes en el acto comunicativo...*»

En ese sentido, el término *codificación* o *codificar* hace referencia —en lenguaje natural— no solamente a aquella «ordenación sistemática de normas en un cuerpo legal único», sino así también a cualquier norma general así dispuesta por el legislador que puede estar o no comprendida en un único cuerpo —físicamente hablando— que aborda el mismo tópico en cuestión o que regula una determinada conducta o materia y que poseería una naturaleza o finalidad de *disposición de última voluntad*. De allí el carácter eminente pétreo de todo «código» y por ende, susceptible de diversas interpretaciones

—de las normas allí habidas— conforme el curso del tiempo tanto como resultado de un nuevo *proceso cultural* o de un nuevo *proceso de comunicación*, ambos susceptibles de ser objeto de estudio por la *semiótica del derecho* tal como así avizoró Eco (1999), Eco & Lozano (1992) y actualmente Von Oertzen de Araujo (2014).

El proceso semiósico —desde Roma a la fecha— respecto del «signo» *codificación* o *codificar* es continuo ya que (i) se trata de un objeto dinámico (ii) fué y es representado por un *representamen* y (iii) el significado de este *representamen* puede traducirse en un *interpretante*, esto es, en otro *representamen* conforme fué y aún sigue cambiando el *proceso cultural* y/o el *proceso de comunicación* respecto de dicho «signo» (Peirce, Hartshorne & Weiss, 1932; Eco & Lozano, 1992). De suyo, las implicaciones de lo observado precedentemente también caen dentro de la órbita de la semántica como asimismo de la pragmática —como *dimensiones*— de un enfoque semiótico (del derecho).

## 4. La codificación en ciernes

La historia del derecho romano demuestra que el fenómeno de codificación consistía en «codificar» —valga la redundancia— netamente principios jurídicos nada más ni nada menos.

Desde el punto de vista político, la historia de Roma ha sido motivo de tres períodos consecutivos desde su fundación hasta su desaparición lo que abarcó por cierto cientos de años. Así, se puede establecer que el romano se encontró durante la (i) monarquía, (ii) la república y el (iii) imperio con sistemas jurídicos que iban diferenciándose y consolidándose con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, desde la óptica exclusiva del desarrollo histórico del derecho romano se pueden advertir cuatro períodos: (i) *Derecho Quiritario*, (ii) *Derecho Honorario o de Gentes*, (iii) *Derecho Jurisprudencial* y finalmente (iv) Derecho de la Codificación.

### 4.1. Período del Derecho Quiritario

El *Derecho Quiritario*, surgido desde la fundación de Roma hasta la creación de la Pretura (365 A.C), se caracterizó por ser netamente *consuetudinario* nutrido por dos claras fuentes: la primera, la *costumbre* en sí y la segunda —ante la necesidad de mayor fijeza y publicidad (Argüello, 2000)— por la

«Ley de las XII Tablas». Sin embargo se advierte que los principios generales eran el sostén principal.

El valor jurídico de la costumbre a lo largo del desarrollo del derecho romano adquirió valoraciones axiológicamente disímiles; primero, Juliano<sup>4</sup>, en el *Digesta o Pandectæ* (1, 3, 32, 1) admitía:

«... que las leyes pueden ser derogadas, no solo por el voto del legislador, sino por el consentimiento de todos, o sea, por la costumbre...»

Así, el desuso de una ley (*desuetudo*) se fundaba:

«... en la equivalencia de valor jurídico de la norma escrita, que es la resultante del expreso consentimiento del pueblo, y de la norma no escrita, que es producto de su tácita aceptación...»

Opinión contraria establecía una constitución del emperador Constantino (Cód. 8, 52, 2) que restringía «... el valor de la costumbre y la considera fuente subsidiaria del derecho, que de ninguna manera puede prevalecer sobre la razón y la ley...»

No obstante que en este período reinaba la *costumbre* también es cierto que en el período de la Monarquía los comicios curiados sancionaron algunas leyes tales como las *leges regiae* atribuidas a Rómulo, Numa Pompilio y Servio Tulio. Con posterioridad, las *leges regiae* fueron recopiladas por el pontífice Sexto Papirio en cuyo homenaje se designo a dicha recopilación *Ius Civile Papirianum*.

Respecto a la «Ley de las XII Tablas» ésta surgió hacia la mitad del Siglo V a. de C. en plena época republicana. Fué redactada por un colegio de magistrados extraordinarios, los *decemviri legibus scribundis*, de allí que a la «Ley de las XII Tablas» también se la denomina «ley o código decenviral».

Según Argüello (2000) su principal aporte o valor radica «... en haber comprendido, siguiendo la forma de mandatos y prohibiciones breves, dentro de principios generales, todo el derecho público y privado...» por lo que «... mediante este cuerpo legal se logró fijar el derecho consuetudinario... introduciéndole algunos principios nuevos para conciliar los encontrados intereses de las dos clases sociales en pugna...» con lo cual se explica la coexistencia entre *costumbre* y la propia «Ley de las XII Tablas» o, dicho en términos más simples, entre las normas aristócratas y las plebeyas. Un milenio después, dice Argüello (2000), se repitió este intento de codificación a través de Justiniano y su *Corpus Iuris Civilis* (527 a 565 d. de Cristo) como más adelante se desarrolla.

<sup>4</sup> Célebre jurisconsulto en la época de Adriano.

## 4.2. Derecho Honorario o de Gentes

Establecido el período de la República —125 años después— se creó la pretura urbana a través de la *Lex Licinia de Consulatu* (367 a. de C.); se trataba de una magistratura patricia con poderes jurisdiccionales que antes ejercían los cónsules. Así, con tales facultades, el pretor empezó a elaborar con sus edictos el *derecho honorario o de gentes* puesto que así se dió un «... *valioso aporte para la jerarquización y universalización del sistema jurídico del pueblo romano...* » también a través de principios jurídicos (Argüello, 2000).

En este período se materializó el *ius edicendi* a través de (i) los edictos de los magistrados y (ii) los edictos del pretor; sin embargo, también surtieron efectos —como fuentes formales— (iii) la *Ley Comicial* y (iv) los *plebiscita*.

El *ius edicendi* se cristalizó en los contenidos de los *edicta* consistente en publicaciones que hacían los magistrados para dar a conocer los principios que se proponían aplicar durante el año de ejercicio de sus funciones, enumerando los derechos y las reclamaciones tanto del *ius civile* como del *ius honorarium* «... *que estaban dispuestos a proteger e indicando la clase de remedios que pensaban otorgar en cada caso...* » (Argüello, 2000).

El pretor se valió de medidas procesales como las *datio actionis* consistentes en conceder acciones que si no estaban amparadas por el *ius civile* se trataban de protecciones concedidas en razones de estricta equidad; luego siguió la creación de las *denegatio actionis* y la *exceptio*. También, el pretor contaba con medidas extraprocesales que fuera del *iudicium* insertaba en las relaciones de los particulares la nota de equidad como aquellas previstas en cuestiones de cautelares o *praetoriae stipulationes* o la posibilidad de retrotraer una situación de hecho a su estado anterior (*in integrum restitutiones*).

Ante los *edicta* y su continua proliferación en el período del imperio el 130 d. de C. se decidió conferir estabilidad de los mismos poniendo en orden el Jurisconsulto Salvio Juliano la masa edictal a través del *Edicto Perpetuo* (de Salvio Juliano).

Con la aparición de la *Ley Comicial* se consagra —a través de las Institutas de Gayo (1, 3) e Institutas de Justiniano (1, 2, 4) — que:

*Lex est quod populus iubet atque constituit* (Gaius, 170 d. de C.)

*Lex est quod populus romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* (García del Corral, 2004)

Esto es que, a través de una Ley Comicial, se consagraba «... *lo que el pueblo manda y establece...* » con lo cual —a través de un organismo estatal

competente— se creaba el derecho «...por la espontánea y continua repetición de actos por parte del pueblo...» a través de las *leges rogatae*<sup>5</sup>, *datae*<sup>6</sup> y *dictae*<sup>7</sup> (Argüello, 2000).

Además de las *leges rogatae, datae* y *dictae* se encontraban las leyes comiciales prohibitivas denominadas *leges perfectae*<sup>8</sup>, *minus quam perfectae*<sup>9</sup> e *imperfectae*<sup>10</sup> que atendían las consecuencias que se seguirían de su eventual incumplimiento.

Desde la sanción de la *Lex Hortensia* (287 a. de C.) las *plebiscita* —otro tipo de fuente de derecho en este período— se trataban de decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* a propuesta del tribuno y que por cierto, se los equiparó a la misma *lex* y, por ende, los tornaba obligatorios para los plebeyos y para los patricios.

### 4.3. Período del Derecho Jurisprudencial

Con la *iuris interpretatio* de Roma, existían expertos jurisconsultos quienes asesoraban a los particulares, jueces y magistrados y que, al «...apreciar situaciones nuevas producidas por la creciente complejidad de la vida romana...» sugerían soluciones «...acordes con la ordenación jurídica en general...» (Argüello, 2000). Así, esta actividad y sus resultados llevó al florecimiento del derecho jurisprudencial que habría tomado inicio los años 100 a 50 a. de C., gracias a la aparición de Quinto Mucio Scaevola y su pupilo Cicerón.

Ya en el imperio, se determinó que el derecho debía imponerse ya no a través de la jurisprudencia sino a través de constituciones imperiales dictadas por los príncipes; no obstante ello, en verdad de los hechos, la jurisprudencia existió desde la misma fundación de Roma como Estado-Ciudad.

Respecto a los estadios de desarrollo del derecho jurisprudencial se puede establecer que tuvo su inicio con (i) la jurisprudencia pontifical a través de los *libri pontificales*; buscando excluir y secularizar la jurisprudencia

---

<sup>5</sup> Ley romana por excelencia ya que era votada por el pueblo reunido en comicio a propuesta de un magistrado.

<sup>6</sup> Dictadas por magistrados encargados de la administración de provincias o colonias romanas.

<sup>7</sup> Estatutos con normas para la administración de bienes del Estado Romano o de sus Municipios.

<sup>8</sup> Eran las que declaraban la nulidad de los actos que las contravenían.

<sup>9</sup> Eran las que sin declarar la nulidad del acto establecían una pena en caso de violación.

<sup>10</sup> Las que no establecían ni nulidades ni sanciones.

de lo sacerdotal aparece el (ii) *ius Flavianum* (304 a. de C.). Materializada la exclaustración definitiva de la jurisprudencia sacerdotal se publica (iii) el *ius Aelianum* y la *Tripertita*<sup>11</sup> siguiéndole (iv) la *jurisprudencia laica* con las consultas públicas de Tiberio Coruncanio, el desarrollo de la *iuris interpretatio* y la elevación como fuente formal del derecho a través del *ius publice respondendi* de Augusto<sup>12</sup>. Siguieron al desarrollo de éste período de jurisprudencia laica (v) las escuelas de proculeyanos y sabinianos y (vi) la jurisprudencia clásica oportunidad en la cual se prohibía a los jueces apartarse de la jurisprudencia unánime<sup>13</sup>.

Es entonces, como sostiene Argüello (2000), que en este período la labor del jurisconsulto no se centraba únicamente en el *agere, cavere, respondere e instruere* sino que aparece el *scribere*.

#### 4.4. Período de la Codificación (pre justiniana, justiniana y post justiniana)

Se advierte que en este período la codificación se basaba en ordenar no solamente las constituciones imperiales sino así también la producción obtenida con la *iuris interpretatio*: jurisprudencia clásica y principios de derecho. Así, durante los Severos —agotada la producción jurisprudencial y centrada la potestad legislativa en la autoridad absoluta del soberano— creció la elaboración de las constituciones del príncipe lo que es fantásticamente descripto por Ulpiano:

«*Quod principi placuit, legis habet vigorem*»<sup>14</sup> (Dig. 1, 4, 1, pr., Argüello, 2000; García del Corral, 2004)

Existieron —previos a la compilación justiniana— trabajos compilatorios de las constituciones imperiales denominados *codex* o *codices*; así se encuentran entre ellos el (i) el *Codex Gregorianus* que ordena las *leges* desde Septimio Severo hasta Maximiliano y Diocleciano. Luego, se encuentra (ii) el *Codex Hermogenianus* elaborado como complemento y continuación del anterior;

<sup>11</sup> Considerada como el primer tratado sistemático del derecho.

<sup>12</sup> Fundador del Imperio Romano.

<sup>13</sup> En Bolivia es lo que actualmente está aconteciendo con el proferimiento de la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 1321/2016-S2 de 16 de diciembre de 2016 que establece como *ratio decidendi*: La función obligatoria de uniformar la jurisprudencia por los máximos tribunales de justicia dentro de cada una de sus jurisdicciones.

<sup>14</sup> «Lo que agradó al príncipe, con fuerza de ley» o «Lo que al príncipe le plazca tendrá vigor»

el (iii) *Codex Theodosianus* con la que se ordenan las leyes imperiales sancionadas a partir de Constantino y constituyó un importante antecedente para la compilación Justiniana. Con posterioridad, ya sancionado el *Codex Theodosianus* aparecen (iv) las *Novellae* dictadas por los sucesores de Teodosio.

Además de estas compilaciones «estatales» aparecieron (v) las compilaciones privadas de *iura* y de *leges* tales como los *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* y finalmente el «Libro de Derecho Siro-Romano».

Iniciadas las constituciones constantinianas aconteció un fenómeno de notable dispersión y contradicción en el derecho jurisprudencial que motivó a que en el Oriente Teodosio II (426 d.de C.) promulgue una constitución replicada a su vez en Occidente por Valentiniano bajo el nombre de (vi) «Ley de Citas» mediante la cual se concedía valor legal —dice Argüello (2000)— a las obras de Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino ordenándose a los jueces a que éstos no debían:

«... apartarse de ellas en sus sentencias judiciales. Cuando las opiniones de los cinco clásicos fueran desacordes, el Juez debía atenerse al criterio de la mayoría; si había empate, se daba preferencia a la opinión de Papiniano y sólo en caso de silencio de éste o si ninguno de los jurisconsultos citados hubiere expresado su parecer sobre el asunto, podía el juez resolver según su libre apreciación...»

Como sostiene Argüello (2000), evidentemente se «... creaba un tribunal de muertos, un jurado de difuntos, que reducía el papel del juez a contar maquinalmente los votos...»

Acontecida la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. de C.) era necesario codificar el derecho romano vigente en todas aquellas poblaciones dominadas por los bárbaros y así, los líderes bárbaros en el occidente germánico ordenaron regir —para sus «súbditos romanos»— las denominadas (vii) *leges romanae barbarorum*, entre ellas: la *lex romana visigothorum* para España y las Galias; la *lex romana burgundionum* o *Papiani responsa* para la Galia Oriental y, finalmente, el *Edictum Theodorici* para los ostrogodos en la península itálica.

Finalmente, una vez que Justiniano gobernara Bizancio (527 d. de C.) se pretendió restaurar el Imperio Romano bajo un solo emperador, una sola iglesia y un solo derecho. Así, bajo la dirección personal de Justiniano y el control directo de Triboniano, diversas comisiones legislativas —entre 528 a

534— efectuaron una compilación general del *ius* y de las *leges* denominado (viii) *Corpus Iuris Civilis* (Argüello, 2000; García del Corral, 2004). El *Corpus Iuris Civilis* contenía cuatro partes:

**Primera Parte:** Doce (12) libros de constituciones imperiales o *Codex Iustinianus*

**Segunda Parte:** Una recopilación en cincuenta (50) libros de obras de jurisprudencia clásica o *Digesta* o *Pandectæ*

**Tercera Parte:** Una exposición en cuatro (4) libros de los principios elementales del derecho o *Institutiones*

**Cuarta Parte:** Una colección de las constituciones promulgadas por Justiniano después de la entrada en vigencia de su codificación, llamada *Novellæ*

Fallecido Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis* influyó en las legislaciones y derechos de los países por tratarse ya no de un «derecho de una nación» sino de una fuerza intelectual independiente (Argüello, 2000) que evidentemente a la postre llegó a América latina.

En un principio, Justiniano pretendió que no se altere su producción jurídica, no obstante ello de forma inevitable empezaron a realizarse comentarios en griego dado que en Bizancio era la lengua oficial. Así, se fueron produciendo no solamente comentarios sino así también índices<sup>15</sup> y paráfrasis<sup>16</sup> como las «Paráfrasis de Teófilo a las Institutas» compuesta en griego y que efectúa una verdadera exégesis de aquella.

Con posterioridad, dada la dispersión normativa que existía, fue el Emperador León el Isáurico (714–741) quien empezó a codificar de forma breve, accesible y en griego lo que denominó como *Egloga*; esta corriente siguió con el *Prochiron* del Emperador Basilio el Macedonio (867–886) y la *Epanagoge* de su hijo León el Sabio (886–911).

El Emperador Basilio «El Macedonio» mientras continuaba en vida trató de reemplazar completamente el *Corpus Iuris Civilis* con piezas escogidas y en griego; sin embargo, una vez fallecido éste su hijo León el Sabio concluyó con la obra en cuestión a la que se denominó *Basílicas* comprendidas en sesenta libros y de amplia repercusión hacia fines del siglo X. Con este

<sup>15</sup> Sumario, lista ordenada de los títulos, capítulos, secciones, etc., que componen una norma.

<sup>16</sup> Explicación o interpretación amplificativa de un texto para ilustrarlo o hacerlo más claro o inteligible.



trabajo que evidencia el espíritu codificador de oriente implicó también la decadencia de estudio de la obra de Justiniano.

Un Juez de Tesalónica llamado Constantino Armenopulo publicó el 1345 su *Manuale legum* escrito en seis libros, de allí que se lo denominaría *Hexabiblos* y se lo considera como la fuente del derecho griego durante varios siglos.

Una vez que cayera el Imperio Romano de Occidente (476) el derecho romano se fué manteniendo vigente a través de las leyes romano–bárbaras más aún cuando Justiniano falleciera con lo cual la legislación justiniana se tornó efímera.

Ya durante la Edad Media solo continuaban vigentes *epítomes*<sup>17</sup> de las obras más antiguas, breves glosas y colecciones de formularios.

El renacimiento del derecho romano se dió el año el año 1090 a través del monje Irnerio quien había descubierto un manuscrito del Digesto con el cual realizó un estudio filológico llamando así la atención a diversos juristas de la época tales como los llamados «cuatro doctores»: Búlgaro «el boca de oro» (*os aureum*); Martino Gosia, apegado a la letra de la ley (*copia legum*); Jacobo de Porta Ravenata, elegido por Irnerio para suceder en la dirección de la escuela (*id quod ego*) y Hugo de Alberico, que se adentraba más en el espíritu de la ley que en su letra (*mens legum*) (Argüello, 2000). Todos ellos, fueron conocidos como miembros de la Escuela de Bolonia o Escuela de los Glosadores ya que al texto del *Corpus Iuris Civilis* intercalaban glosas interlineales, glosas marginales buscando así paralelismos, citas dispersas, contradicciones, etc. El trabajo de los glosadores fué materializado por Acursio con su *Glosa Acursiana* (1250).

Con posterioridad, ya en el siglo XIV les sucede la Escuela de los Comentaristas o Postglosadores con Bártolo de Sacoferrato y Baldo de Ubaldis quienes se caracterizaron por elaborar teorías fundadas en las citas habidas del *Corpus Iuris Civilis* con lo cual se alejaron en demasía de las pretensiones y espíritu de Justiniano pero que sin embargo fundaron la ciencia jurídica moderna.

Durante la Europa Medieval tanto Alemania, Francia como España incorporan el *Corpus Iuris Civilis* a sus derechos positivos; sin embargo, a dicho fenómeno de *recepción* fué Inglaterra cultura jurídica que repelió el derecho continental implantando así el *Common Law*, como en el siguiente

---

<sup>17</sup> Resumen o compendio de una obra extensa, que expone lo fundamental o más preciso de la materia tratada en ella.

acápite se aborda.

Durante el advenimiento de la edad moderna (Siglo XV) surgieron diversas escuelas ante el *Corpus Iuris Civilis* como derecho europeo fundamental (Argüello, 2000); entre ellas se encontraron la escuela del *Humanismo Jurídico* cuyo interés respecto del *Corpus Iuris Civilis* era tan solo histórico y sociológico. Con posterioridad, como otra postura surge el *Usus modernus pandectarum* cuyo objeto era el de adaptar el *Corpus Iuris Civilis* a las necesidades forenses de la época tal como así lo hizo Savigny durante el Siglo XIX y su Escuela Histórica como reacción a la Escuela del Derecho Natural (Grocio & Leibniz) y su noción de un «derecho perpetuo».

Estos movimientos que fueron desarrollándose —según Argüello (2000)— entre los que se encuentran el humanismo, el iusnaturalismo racionalista, el historicismo y la pandectística alemana (Windscheid) hubieron de poner en vigencia al derecho romano olvidado durante el medioevo. Sin embargo, con el inicio del «movimiento codificador» se pone en jaque nuevamente la vigencia del derecho romano, en especial desde la sanción del Código de Napoleón (1804) y del Código Alemán (1900) con lo que se inició la denominada «crisis del derecho romano».

No obstante, en los países latinoamericanos se promovieron las ideas como sueños de San Martín y Bolívar con la frase «Una sea la patria de los americanos»; y es con esta idea que ante los problemas comunes —tanto sociales, políticos, culturales— surgió una visión socio-política unitaria (Argüello, 2000) a través de sus máximos exponentes de la codificación latinoamericana tales como: Dalmacio Vélez Sarsfield, Andrés Bello y Augusto de Teixeira de Freitas.

## **5. Sir Blackstone vs. Jeremy Bentham (el legislador de América)**

Como referí precedentemente, ya en la Europa Medieval fué Inglaterra quien repelió el derecho continental implantando así el *Common Law*; pero este fenómeno no fue azaroso ni así tampoco fruto del capricho de la época sino muy por el contrario, se debe al arduo trabajo que fueron realizando dos grandes pensadores de la época: Sir Blackstone y Bentham cuyas posturas filosóficas fueron determinantes para el resto de los países.

El contexto se desarrolla durante fines del Siglo XVIII y comienzos del XIX. Existía por aquellas épocas dos claras posturas: la primera de ellas la seguida por el *common law* que sostuvo —en términos llanos— un sistema de derecho apuntalado por *precedentes vinculantes* —no comparables con la jurisprudencia habida en los sistemas jurídicos continentales— y, la segunda, contrariamente a la tradición jurídica inglesa que abogó por la codificación sistemática de las leyes, la terminación de un sistema jurídico basado en la jurisprudencia y la *racionalización de las leyes* según el principio de utilidad (Brunon-Ernst, 2013). La primera de las posturas fué sostenida por Sir William Blackstone SL KC (10 de julio de 1723 – 14 de febrero de 1780) y a la segunda por Jeremy Bentham (15 de febrero de 1748 – 6 de junio de 1832).

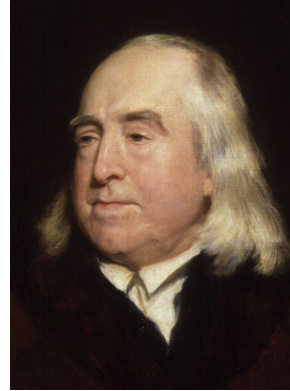


Figura 1: Jeremy Bentham.

Por un lado se tenía a Sir Blackstone, jurista inglés, juez, político y conocido por escribir los *Commentaries on the Laws of England*<sup>18</sup> y, por otro lado, se tenía a Jeremy Bentham como filósofo inglés, reformador social y considerado como uno de los fundadores del utilitarismo moderno ya que Bentham era un jurista, pero un tipo muy particular de jurista al combinar su educación legal con una postura radical sobre los fundamentos ideológicos sobre los que debía construirse una nueva sociedad, de allí su fuerte inclinación hacia la codificación.

Si bien Bentham no fué el precursor de la corriente del utilitarismo, también es cierto que fue el primero en pensar que el objetivo de un gobierno es promover la felicidad de sus súbditos, pero así también fue el primero en llevar esta teoría a un tono sin precedentes, aplicándola sistemáticamente a todos los ámbitos del individuo y la vida colectiva. Así, en las décadas de 1770 y 1780, Bentham trabajó en la reforma legal, examinando las aplicaciones de su principio a la ley y la legislación marcando su interés por sus códigos utilitarios y para ello necesitaba una nación dispuesta a implementarlos; con esta finalidad escribió al presidente americano Madison

<sup>18</sup> Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra.

(1811) así como a diferentes legislaturas estatales involucrándose luego en las revoluciones española y portuguesa.

Con posterioridad escribió para Grecia para ofrecer un nuevo sistema de gobierno en su emancipación del poder otomano también mantenía correspondencia epistolar con Argentina y Colombia precisamente para impulsar sus reformas con el revolucionario sudamericano Bolívar, de allí que fué llamado el «Legislador del Mundo».

En el contexto del *commonwealth*<sup>19</sup> los códigos eran ajenos a la tradición legal inglesa. Sin embargo, esto no significa que no haya habido debate en Gran Bretaña sobre una posible codificación del derecho consuetudinario, especialmente a principios del siglo XIX.

El sistema jurídico inglés se trata de un sistema de derecho común basado en la regla del *precedente* pero con poca intervención legislativa. Sin embargo, esto no implicaba que el parlamento inglés no aprobase tanto proyectos de ley privados como proyectos de ley públicos que se caracterizó por ser un trabajo legislativo de menor cantidad y alcance, en comparación con los estándares actuales que acontecen en los sistemas continentales o romanistas.

Bentham, lógicamente era un feroz crítico del *common law* a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX especialmente cuando éste asistió a las conferencias de Blackstone y leyó sus *Commentaries on the Laws of England*.

Durante los años 1765 a 1769, Blackstone escribió un tratado de cuatro volúmenes sobre las leyes de Inglaterra que comprendía los derechos de las personas, los derechos de las cosas, los derechos privados y las injusticias públicas constituyendo un trabajo muy influyente tanto en Gran Bretaña, en las colonias americanas y en los primeros Estados Unidos de América. Según Brunon-Ernst (2013) el trabajo realizado por Blackstone tuvo aceptación puesto que pretendía ser exhaustivo y accesible a los miembros del público no entrenados



Figura 2: Sir Blackstone.

<sup>19</sup> *Commonwealth* es un término inglés tradicional para una comunidad política fundada para el bien común.

legalmente. No obstante, como Blackstone trató de hacer accesible el derecho común a todos, fue criticado en ese momento como un intento de codificar el derecho consuetudinario.

Como muchos otros filósofos antes que él, Blackstone sostenía que las leyes humanas se fundan en la *ley de la naturaleza* y la *ley de la revelación* entendidas estas últimas como las leyes divinas reveladas al hombre por Dios en la tradición judeocristiano–islámica. Por ello Blackstone elogiaba al sistema jurídico inglés que se basaba en una reverencia por la tradición mientras que para Bentham lo que era bueno no era la tradición, sino más bien la capacidad de una ley para producir más placer que dolor y para el mayor número de personas (axioma del utilitarismo).

Entonces, la postura de Blackstone (Blackstone & Lewis, 1922) es clara ya que sostenía:

*«... Y, en efecto, es uno de los rasgos característicos de la libertad inglesa, que nuestra ley común depende de la costumbre; que lleva consigo esta evidencia interna de libertad, que probablemente fue introducida por el consentimiento voluntario del pueblo...»<sup>20</sup>*

Blackstone abogaba por la capacidad de los jueces para juzgar con justicia:

*«... ¿Cómo se conocen estas costumbres o máximas y quién determina su validez? La respuesta es, por los jueces en los diversos tribunales de justicia. Son los depositarios de las leyes [...] Pues es una regla establecida para respetar precedentes, donde los mismos puntos vuelven en litigio...»<sup>21</sup>*

De igual manera sostenía Blackstone que los jueces (y los abogados) son los únicos que conocen estas costumbres que por su naturaleza (las costumbres) son parte no escrita y parte escrita al mismo tiempo.

Como se puede apreciar, las posiciones entre Blackstone y Bentham eran filosóficamente contrarias; Blackstone fué renuente a la codificación y

---

<sup>20</sup> «... And indeed it is one of the characteristic marks of English liberty, that our common law depends upon custom; which carries this internal evidence of freedom along with it, that it probably was introduced by the voluntary consent of the people...»

<sup>21</sup> «... How are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositories of the laws. [...] For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation...»

mantuvo la tradición del *commonwealth* y Bentham, por su lado, por fin hubo de materializar su código utilitarista llevado a cabo por los franceses en las postrimerías de la Revolución Francesa lo que se conoce como el Código Napoleónico (1804).

Bentham elogió el intento de Napoleón I, sin embargo, en el momento en que Bentham escribía este elogio había una creciente desconfianza hacia los códigos napoleónicos basándose en que la inteligencia de un hombre —en el caso del Código Civil francés— o de un grupo de hombres (François-Denis Tronchet, Jean-Etienne-Marie Portalis, Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu y Jacques Maleville) pudieran sustituir la sabiduría de una nación por lo que se pensó que estos códigos eran imperfectos y sólo podían condenarse al fracaso (Brunon-Ernst, 2013).

## 6. La legística y sus ratios

Las tres dimensiones o cualidades que deben caracterizar cualitativamente a toda norma jurídica tales como *validez/cualidad sintáctica*, *vigencia/cualidad semántica* e *imperatividad/cualidad pragmática* son permanentemente manipuladas por lo cual sostengo con verdadero ahínco que estas dimensiones no confluyen como vectores hacia un solo punto cual no es otro que la obtención como concreción de la virtud de la justicia sino, muy por el contrario, hacia las necesidades netamente políticas de los gobiernos de turno.

Bentham (1838–1843) cuando escribió su *Nomography* (Bentham, Zapatero & Pabón, 2000; Brunon-Ernst, 2013) sostuvo:

*«... Por lo tanto, no sólo el individuo está impedido de conocer y comprender lo que en ésta y aquella ocasión el significado del legislador es o fue cuando escribió, pero en cierto sentido el propio legislador está impedido de entender lo que él mismo está haciendo mientras él escribe. Lo que puede o no haberle sucedido es saber cuál es el significado, el deseo y la intención propios en ese momento; pero lo que seguramente le sucederá es no saber cuál habría sido su deseo y su intención...»<sup>22</sup>*

---

<sup>22</sup> «... Hence, not only is the individual prevented from knowing and understanding what on this and that occasion the meaning of the legislator is, or was when he wrote, but in a certain sense the legislator is himself prevented from understanding what he himself is doing while he writes. What may or may not have happened to him is, to know what is own meaning, wish and intention is at the time...»

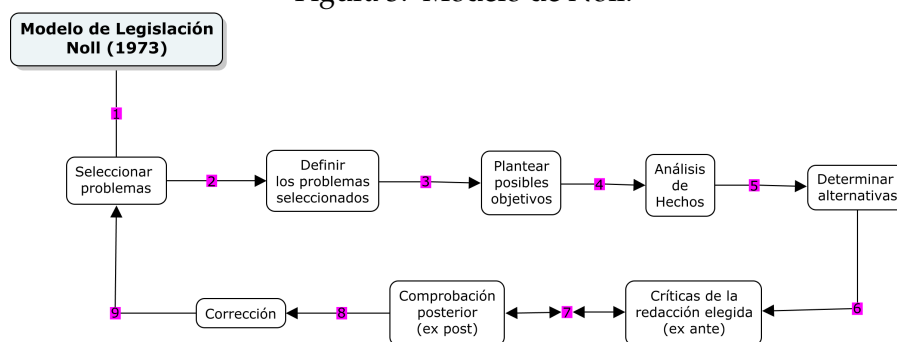
Con este contexto se han ido desarrollando estudios más sistematizados en cuando a la técnica legislativa se refiere o *legística*. Kaufmann (2006), advierte la reciente creación de la «Teoría de la Legislación» como ciencia luego de los aportes de diversos autores entre los que se puede mencionar a Montesquieu, Bentham (Brunon-Ernst, 2013), Zitelmann (1903), más recientemente Atienza (2001) y Brenna, Bichachi & Molinari (2013) a nivel latinoamericano.

Esta «Teoría de la Legislación» es una ciencia multidisciplinaria para lo cual se deben acudir a investigaciones teórico-lingüísticas; entonces, el método legislativo, en el que el *ser* y el *deber ser* juegan uno con otro tiene importancia central el análisis de la realidad y la orientación valorativa.

Atienza (2001) considera lo multidisciplinario de la «Teoría de la Legislación» y apunala sus argumentos en cinco (5) racionalidades que fundan a la producción de las leyes: Una racionalidad lingüística, una racionalidad jurídico-formal, una racionalidad pragmática, una racionalidad teleológica y, finalmente, una racionalidad ética. Todas estas racionalidades deben interactuar a fin que se pueda obtener una unidad, o al menos alguna articulación entre los saberes que efectivamente están implicados en los estudios sobre la legislación.

Atienza (2001) sostiene la existencia de modelos a fin de demostrar el proceso de la legislación; dos de ellos pertenecen a un enfoque de la «Teoría Racional» puestos por Noll (1973) y por Wróblewski (1979).

Figura 3: Modelo de Noll.

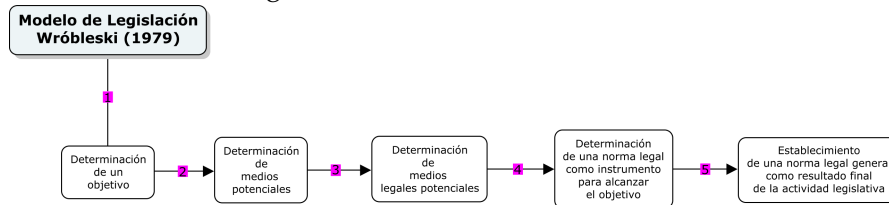


Fuente: Noll (1973); Van der Velden (1985) y Atienza (2001).

Van der Velden (1985), considera que el modelo de Noll —como un modelo circular— considera el proceso de la legislación *ex ante* y *ex post* mientras que el modelo de Wróblewski —como un modelo lineal— sólo

considera el proceso de la legislación *ex ante*.

Figura 4: Modelo de Wróblewski.



Fuente: Wróblewski (1979); Van der Velden (1985) y Atienza (2001).

Atienza (2001) al efectuar la crítica de ambos modelos sostiene:

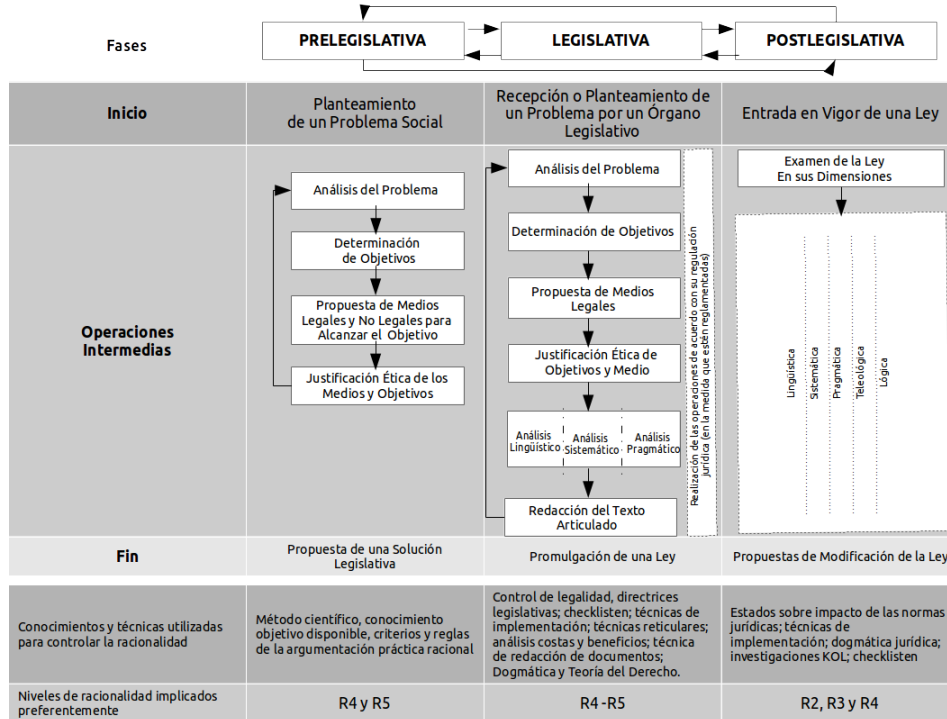
- i. Que no indican el orden temporal de las acciones.
- ii. Se basan en ejemplos primitivos de modelos de toma de decisión.
- iii. Parten de una serie de presupuestos inadmisibles:
  - iii.1. En ambos casos el punto de partida es el legislador.
  - iii.2. Se supone que en el proceso de la legislación sólo se produce una ley cada vez.
  - iii.3. La figura del legislador se ve como algo monolítico.
  - iii.4. Se prescinde del contexto del proceso de la legislación.

Posteriormente, Atienza (2001) efectúa un análisis y posterior crítica al «Modelo Interdisciplinar del iter legislativo» propuesto por Losano (1984) y concluye afirmando que todos los modelos de legislación estudiados pecan porque en ninguno de ellos se distinguen las fases pre-legislativa, legislativa y post-legislativa. Conforme a ello, el autor propone y contribuye un Modelo Legislativo para la «Teoría de la Legislación» en el cual se combinan los modelos de los autores por él estudiados e incorpora las racionalidades por él propuestas.

La contribución efectuada por Atienza (2001) es magnífica pero sostengo —con fundadas razones— que su aporte es plenamente válido y vigente para sociedades e idiosincrasias en las cuales exista una verdadera independencia entre sus órganos de estado; esto es una verdadera independencia funcional entre órgano ejecutivo, legislativo y jurisdiccional. Lo cierto es que en tanto y en cuanto existan legisladores políticos (en la mayoría de las



Figura 5: Contribución para una Teoría de la Legislación.



Fuente: Atienza (2001).

veces sin preparación en técnica legislativa) y jueces políticos (dependientes del gobierno de turno) no será aplicable racionalidad alguna así propuesta y, si la norma se encuentra ajustada a la propuesta formulada, no cabe duda alguna que de alguna manera será utilizada políticamente en contra del más vulnerable no así en derecho como más adelante así trataré.

## 7. El Anteproyecto del Código Procesal Civil y Penal Modelo para Iberoamérica

Las tres dimensiones o cualidades de toda norma jurídica (sustantiva como adjetiva)<sup>23</sup> son permanentemente manipuladas y no pueden uniformar una «idiosincrasia iberoamericana» por más loable que sea la pretensión en sí.

Durante el año 1967, en la Ciudad de Caracas se encargaron la preparación de las bases de un modelo de código procesal iberoamericano tanto en materia civil como asimismo en materia penal. En materia penal fueron los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo los así designados y, para el proceso civil los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

Los autores designados para elaborar las bases para el modelo iberoamericano en materia de derecho procesal civil fueron materializados a través de los trabajos elaborados por Gelsi Bidart & Vescovi (1974) y por el propio Vescovi (1978).

Estos autores sistematizaron las bases con jornadas, trabajos, libros, códigos procesales civiles y doctrina más relevante, esto es, se podría afirmar que realizaron lo que posteriormente se formalizara en el mundo académico empresarial como *knowledge management* (Nonaka & Toyama, 2003) ya que efectivamente siguieron el proceso SECI, esto es: socializaron lo habido en materia de derecho procesal iberoamericano, lo exteriorizaron, lo combinaron e internalizaron produciendo como resultado el actual proyecto que se está replicando en varios países latinoamericanos, aunque en verdad *aggiornado* a la idiosincrasia y régimen político del gobierno de turno.

El Instituto Uruguayo de Derecho Procesal fué el encargado de publicar los estudios de Gelsi Bidart & Vescovi (1974) formulando opciones para actualizar y mejorar el proceso no como una mera «...sistematización de principios...» que ya se venían admitiendo por las legislaciones de América Latina ni siquiera como una «...suerte de síntesis global...» de lo ya aceptado por el derecho positivo o por la mayoría de la doctrina procesalista latinoamericana. Este modelo de proyecto iberoamericano toma como principal punto de partida el de proponer opciones fundamentales en torno a algunos puntos vitales para que el proceso salga de su estancamiento y tradicio-

---

<sup>23</sup> Cualidades *validez/cualidad sintáctica, vigencia/cualidad semántica e imperatividad/cualidad pragmática.*

nalismo exagerado, procurando más bien reencausarlo hacia una realidad más acorde a los tiempos actuales en que es necesaria mayor flexibilidad y adecuación con una causa–fin clara cual no es otra que la obtención de *eficacia* como *eficiencia* de la justicia.

Los criterios seguidos fueron entonces, a los fines de determinar las bases para el modelo iberoamericano, los siguientes:

1. Tomar en cuenta la realidad latino–americana (como se dijo) en cuanto a sus deficiencias económicas y técnico–materiales, pero considerando que no está aquí lo más requerido, que se refiere a hombres y a su preparación al efecto; en este punto hay base más que suficiente, para exigir el adelanto que ya no puede demorarse.
2. En la tradicional disputa entre la teoría y la práctica, la balanza ha de inclinarse por la primera.
3. La técnica procesal, del proceso mismo, está encaminada hacia un sentido no de reiteración de conductas fijadas sino de un modo mejor de realizarlas.
4. La adopción de un criterio de avance claro y definido sin que ello implique un amedrentamiento a eventuales dificultades a vencer, lo que en definitiva favorecerá la realización de una transformación más audaz.

Al respecto, aunque la pretensión fué y es aún sumamente loable cabe destacar que a la fecha los países iberoamericanos están adaptando sus normas a dicho modelo pero otorgándoles un matiz político según las necesidades políticas, lo que seguramente a la larga generará disímiles enfoques sobre una misma norma precisamente porque las dimensiones *validez/cualidad sintáctica*, *vigencia/cualidad semántica* e *imperatividad/cualidad pragmática* no solamente son manipuladas sino que varían de pueblo en pueblo, de idiosincrasia en idiosincrasia.

En cuanto las críticas respecto de este Anteproyecto:

- No creemos que exista desde la formación universitaria una adecuada *gestión del talento humano* tal como propugnan Chiavenato & Sacristán (2009), por ende los futuros abogados, fiscales, jueces y vocales a momento de interpretar una norma no toman en cuenta ni las dimensiones *validez/cualidad sintáctica*, *vigencia/cualidad semántica* e *imperatividad/cualidad pragmática* ni menos aún las reglas de la *sana crítica*

*racional*<sup>24</sup>.

- Esta situación determina que, en verdad de los hechos, algunos profesionales del derecho carezcan de una adecuada capacitación no solamente teórica sino sobre todas las cosas de carácter práctico.
- Quizás el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Penal Modelo para Iberoamérica debiera ser motivo de una adecuación en la currícula universitaria como asimismo de eventuales capacitaciones que en verdad viabilicen temas sumamente sensibles.
- Ningún modelo iberoamericano canalizará ninguna virtud como falencia de la argumentación jurídica que todo profesional del derecho debe conocer sino, peor aún —como consecuencia de ello— no existe una adecuada argumentación judicial que se supone que un Juzgador o Magistrado debe poseer a la hora de resolver heterocompositivamente las controversias, con logicidad y razón suficientes.

## 8. Desgobierno judicial, Independencia Judicial y Violencia Institucional

Desgobierno judicial, independencia judicial y violencia institucional son variables que interactúan ante la decadencia de la codificación. Estas pueden ser detectadas meridianamente quizás por las vivencias que se lleva a cabo en el transitar por los pasillos de tribunales y comentarios entre colegas.

La *injusticia disfrazada de Justicia* así refiere Nieto (2005) al *desgobierno judicial* «... y a quienes buscan lo que hay detrás de las leyes hipócritas, de las palabras altisonantes y de las ideologías huera...». El autor después de haber analizado lo que es la realidad de la Justicia y la Ley, se concentra en el Poder Judicial y demuestra que éste en verdad no es un Poder Constitucional (con independencia judicial), desde el momento en que está subordinado a un poder político en el que:

*«... sus miembros, diga lo que diga la Constitución, no son independientes ni responsables. Y que la organización judicial en su conjunto no es sino un mero servicio público, el de la Administración de Justicia,*

---

<sup>24</sup> La sana crítica es un método científico, que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones del pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados, para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada.

*que más que administración es desgobierno. . . Todos estos hechos son bien conocidos y lo que faltaba era relacionarlos en un síndrome global que aquí se llama el desgobierno judicial. . . »*

Lógicamente como los legisladores muchas veces desconocen de legística porque son —por sobre todas las cosas— *homo politicus* y porque los operadores del derecho aplican a ciegas las normas jurídicas —mal diseñadas por aquellos *homo politicus*— es que en definitiva no se toma en cuenta la norma jurídica en todas sus dimensiones cohibiendo al Juzgador a que pueda crear el derecho porque está inevitablemente atado no a los principios generales del derecho sino a la decadente codificación. Consecuentemente, con dicho panorama acontecen dos tipos de circunstancias que pueden ser apreciadas desde dos ópticas: la primera, detrás de barandillas de tribunales y, la segunda, frente las barandillas de tribunales.

Respecto de los justiciables no cabe duda alguna que —en definitiva— son víctimas del propio sistema y, por ende, son víctimas de violencia institucional debido al desgobierno judicial de jueces que no poseen independencia judicial.

Respecto de los Juzgadores (incluido el Ministerio Público) se les vulneran los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* bajo los numerales 1<sup>25</sup>, 2<sup>26</sup>, 4<sup>27</sup> y 6<sup>28</sup> adoptados por la *Séptima Asamblea General de las Naciones Unidas* mediante las Resoluciones 40/32 (29/11/85) y 40/146 (13/12/85).

En verdad, como sostiene Nieto (2005), los operadores de la justicia:

*« . . . son conscientes de la existencia de varias circunstancias insuperables: por un lado, su evidente manipulación política. . . por otro, la técnicamente deleznable y éticamente intolerable masa normativa que*

<sup>25</sup> « . . . La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. . . »

<sup>26</sup> « . . . Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. . . »

<sup>27</sup> « . . . No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley. . . »

<sup>28</sup> « . . . El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes. . . »

*están obligados a aplicar; en tercer lugar, la falsedad de los fundamentos constitucionales (la independencia y la responsabilidad en que dice basarse todo el sistema)... Con lo cual hemos llegado al nervio del problema... la raíz del mal no se encuentra en la degradación de los jueces ni en el desconcierto de la burocracia ministerial sino —según se ha anunciado— en los políticos, que han acertado a pervertir a la Judicatura convirtiéndola en un instrumento de “su” política... »*

Aclaro que, a fin de una adecuada exégesis de la variable *independencia judicial* a la que hago mención, debe tomarse en cuenta que *dentro de éste título genérico se encuentran tres modalidades específicas* —que según Nieto (2005) no siempre han sido reconocidas de forma simultánea— cada una de ellas con un origen y una finalidad y una regulación propias; la *independencia judicial* es un rótulo común de tres variantes plena y acabadamente diferenciables entre ellos:

**Independencia Profesional:** De Jueces y Magistrados que garantiza los derechos personales derivados de su condición de funcionarios.

**Independencia Funcional:** De los Jueces y Magistrados que garantiza la libertad de criterios a la hora de *actuar* y *decidir* y, por fin la

**Independencia Institucional:** Del Poder Judicial que garantiza un funcionamiento sin fricciones con el Poder Ejecutivo.

De suyo, al no existir una verdadera *independencia judicial* acontece la mentada *violencia institucional*. En verdad, como sostuve oportunamente (Barrientos, 2016):

*«... Sé como operador del derecho que existe una realidad insoslayable cual no es otra que en verdad padecemos o al menos observamos padecer esta vejación a los derechos humanos, algunas veces de forma tangible y otras de forma imperceptible y silente. Lo cierto es que se debe concientizar su abordaje y hacer conocer a la población en general que no necesariamente la violencia institucional es la violencia policial o penitenciaria, sino que estos son algunos de los fenómenos de esta problemática... »*

*«... Que así también es un fenómeno de esta practica perversa el disfrazar de legalidad o aparente legitimidad a la violencia institucional a través de las resoluciones jurisdiccionales en el ámbito de cualquier*

*jurisdicción y competencia. Ser Juez, Fiscal, Vocal, Magistrado o como quiera que se denomine al título en cuestión, no faculta a que sean ellos los principales sujetos activos de la violencia institucional; muy por el contrario, por ser conocedores del derecho debieran ser estos quienes ostenten como bandera el respeto por los derechos humanos... »*

## **9. La tiranía de la codificación o el sendero del peregrino**

Evidentemente, la *codificación* se encuentra en plena decadencia por todo lo hasta aquí observado y porque la jurisprudencia se enaltece ante vertiginosa caída. Por ello es que sostengo con tesón e hidalguía que como *objeto de conciencia* me opongo a la *tiranía del papel*, al *desgobierno judicial* y a la *violencia institucional* generada por el exacerbado positivismo que coarta la *función creadora del derecho* y la *independencia judicial*.

Trataré de apuntalar el objeto de investigación abordado en este trabajo que se encuentra referido al porqué del motivo de existencia de un abanico de interpretaciones de las normas jurídicas que precisamente ponen en jaque la codificación en sí.

Como ya sostuve, reproduciendo a Von Oertzen de Araujo (2014), las tres dimensiones o cualidades que deben caracterizar cualitativamente a toda norma jurídica tales como *validez/cualidad sintáctica*, *vigencia/cualidad semántica* e *imperatividad/cualidad pragmática* son permanentemente manipuladas; pero esto no se debe a un simple capricho o a un mero arbitrio, sino que tiene su razón de ser si se quiere su explicación. Veamos:

**Primero:** Existe un fracaso comunicativo (RAE–CGPJ, 2017) por cuanto que en la interpretación de las normas jurídicas se debe tener en cuenta el significado, el contenido objetivo, recto y literal de las palabras y de los enunciados. No obstante ello, debido a la falta de técnica legislativa, quienes aplican el derecho deben acudir a datos contextuales e incluso a la intención del legislador. Lo cierto es que desde el momento que el legislador no se comunica adecuadamente a través de las normas jurídicas y, por ende, el interlocutor no solamente no entiende al emisor del mensaje sino también no entiende lo que la norma jurídica quiere decir; esto es, que en definitiva no logra descifrar el *significado literal* del mensaje, ni el *sentido* (lo intencional y lo contextual) de lo

que se transmite. Desde ésta óptica, sostengo que el fenómeno de la *codificación* ha fracasado.

**Segundo:** Von Oertzen de Araujo (2014), citando a De Barros Carvalho (1998), sostiene que:

*«... En la Semiótica se dice que el sistema de derecho positivo es cerrado sintácticamente, pero abierto en términos semánticos y pragmáticos. Explicando mejor la dinámica operacional del derecho se da por la combinatoria de los tres modales (permitido, prohibido y obligatorio). Como son tres y solamente tres (ley del cuarto excluido), concluimos que hay un cierre sintáctico. Sin embargo, estando las hipótesis normativas siempre listas para recibir nuevos hechos que el legislador considere relevantes, como puertas abiertas para la absorción de materias sociales, políticas, económicas, morales, etc., tendríamos apertura en la dimensión semántica y pragmática...»*

**Tercero:** Sostiene Eco (1999), citando a Chomsky (1965), que:

*«... es evidente que el significado de una frase se basa en el significado de sus partes elementales y en la forma de su combinación. también es evidente que la forma de la combinación que se ve en la estructura superficial (constituye inmediato) en general es totalmente irrelevante para la interpretación semántica, en tanto que en muchos casos las relaciones gramaticales expresadas en la estructura profunda abstracta son precisamente las que determinan el significado de la frase...»*

**Cuarto:** Por ello es que años más tarde, Chomsky (1969) situó —como refiere Eco (1999)— a la interpretación semántica:

*«... en medio camino entre la estructura profunda y la superficial, no haciéndola depender de la profunda, y sin considerar que un estrato profundo originario es el que genera esta misma estructura profunda...»*

**Quinto:** Entonces, si todo lo precedentemente relacionado es así, pues como dice Nieto (2005) la tarea del juez no debiera consistir:

*«... en aplicar la ley sino en hacer justicia de acuerdo con la ley e incluso a pesar de la ley y hasta a falta de la ley, aunque nunca*



*en contra de ella. La judicatura no se entiende, por tanto como un oficio sino como una vocación a la que no se regatean esfuerzos y sacrificios laborales y, sobre todo, éticos, puesto que su actitud supone que no trasladan al Legislador la responsabilidad de la Justicia sino que la asumen ellos en cada uno de sus actos. . . »*

**Sexto:** Consecuentemente, ante la inefable crisis de la codificación, el Juez por su derecho constitucional a la *independencia judicial* —y con mayor razón en virtud de ésta—, debe ser un verdadero *creador del derecho* tal como así acontece con los jueces del *common law* puesto que:

*« . . . la ley y el derecho tienen lagunas, son insuficientes, por el carácter general de las normas, para la solución de los casos concretos. Pero el juez no debe tener facultad de resolver libremente, de acuerdo con su noción subjetiva de justicia, valor fundamental que debe realizar en la sentencia. Tampoco está obligado a fallar dentro de los límites de la ley y de los principios que informan el derecho positivo vigente, pues el orden jurídico se basa sobre otro orden superior que lo envuelve, decantación de la historia humana y expresión de las necesidades cambiantes del individuo y de la sociedad. . . »* (Fernández, 1980)

**Séptimo:** Al Magistrado, en su faena:

*« . . . la ley le sirve de apoyo, y en su ausencia o cuando es injusta, el juez logra la decisión mediante otras fuentes. La norma que él incorpora al orden jurídico, debido al trabajo profundo, sutil y basado sobre los materiales culturales, es sin duda, una creación judicial. . . »* (Fernández, 1980)

**Octavo:** Como uno de los postulados básicos del análisis del discurso evidentemente el *mensaje* que transmite un hablante concreto (legislador/norma jurídica) en una situación comunicativa determinada (en la codificación) a un interlocutor o interlocutores específicos (Vg. Jueces, abogados, fiscales, etc.) efectivamente:

*« . . . constituye el resultado de un proceso de significación de tipo semántico, pragmático, sociocultural y/o ideológico, transmitido a través de los múltiples niveles lingüístico–discursivos y retóricos, tanto de forma denotativa como indéxica por medio de los diversos indicios de contextualización. . . »* (Morales–López, 2011)

Y es que en la interpretación de las normas —tanto adjetivas como sustantivas— estas dejan de poseer utilidad si no se las interpreta con una postura sociológicamente útil para la sociedad entera deseosa de una correcta administración de justicia. Es decir, de nada sirve constreñir la interpretación de una norma a lo que expresamente dispone su texto, si en los hechos dicha norma «sociológicamente» no se adecua a reprimir conductas disvaliosas que hoy acontecen debido —entre otros factores— al transcurso del tiempo desde que se tipificara una determinada conducta susceptible de algún tipo de consecuencia o sanción.

Reitero que —y tengo la certeza— que la mayor parte de las palabras insertas en las normas redactadas por el legislador son ambiguas, vagas y no reflejan la verdadera «voluntad de la ley» porque los legisladores son políticos no así *legistas*. En consecuencia, es erróneo creer que un texto legal o un código puede ser tan claro que sea imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación (Ross, 2005), lo que se traduce —en los hechos— en problemas de interpretación por parte los jueces como asimismo por parte de de los operadores del derecho quienes aplican o deben aplicar el derecho.

Ross (2005) sostenía:

*«... La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista – mecanicista, ofrecía un cuadro muy simple. . . el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). . . Según este cuadro de la administración de justicia, el Juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómatas. . . tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir. . . [por ende] Este cuadro no se asemeja para nada a la realidad. . . [debido a que] la inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. . . »*

En consecuencia:

*«... En la medida de lo posible el juez [o quienes aplican el derecho deben comprender e interpretar la ley] a la luz de su conciencia*

*jurídica material, a fin que su decisión pueda ser aceptada no solo como “correcta” sino también como ‘justa’ o ‘socialmente deseable’... en definitiva, ... la administración del derecho [como una confluencia de vectores] no se reduce a una mera actividad intelectual... A pesar de ciertas ideas dogmáticas referentes a ‘la voluntad del legislador’, es prácticamente inevitable que el juez se resista al poder de los muertos si las condiciones de la vida presente favorecen una interpretación animada de un nuevo espíritu... »*

Ballot-Beupré, Presidente de la Corte de Casación Francesa, en 1905 sostuvo en oportunidad del centenario del *Code Civil*:

*«[El Juez o quien aplica el derecho] no debe dejarse llevar por una búsqueda obstinada de lo que era, hace cien años, la idea de los autores del Código; debe preguntarse cuál sería esta idea si aquéllos tuvieran que redactar hoy el mismo artículo; debe comprender que, tomando en cuenta todos los cambios ocurridos, durante un siglo, en la moral, en las instituciones y en las condiciones económicas y sociales de Francia, la justicia y la razón exigen una adaptación liberal del texto a las realidades y a las necesidades de la vida moderna... »*

Evidentemente la inevitable existencia de un abanico de interpretaciones de las normas jurídicas que integran o no un código ya vienen poniendo en jaque a la *codificación* en sí. Esta problemática fué ya abordada por Couture (1999) quien ya observó la antítesis habida entre el derecho continental (de origen romano) respecto del *common law*:

*«... Ambas formas constituyen una antítesis. Y esto es así, porque no hay más que dos formas de recorrer los caminos de la vida. Una, trazando previamente el derrotero sobre el mapa y recorriéndolo después en una línea recta, siguiendo los principios, aún a costa de los mayores sacrificios. Otra es no trazar caminos, sino echarse a andar por la vida, sorteando las necesidades a medida que nos acometen. Si se alza ante nosotros una montaña, la bordeamos; si nos detiene un río, nos desviamos hasta el próximo paso; subimos las colinas o descendemos a los valles a medida de las necesidades de la marcha... »*

*«... Lo primero fué lo que hizo Roma; lo segundo fué lo que hizo Inglaterra. Los ingleses dicen que el derecho civil es la vía recta de las legiones romanas y que el “common law” es la humilde senda del peregrino... »*

## 10. Conclusiones y futuras investigaciones

- i. Se abordó la variable *codificación* desde la óptica de la semiótica del derecho; en dicho sentido, si el sustantivo *codificación* implica ser una ordenación de normas jurídicas, éstas entonces deben poseer tres tipos de cualidades/ dimensiones para ser «verdaderas normas» que heterocompongan los conflictos: *validez/cualidad sintáctica*, *vigencia/cualidad semántica* e *imperatividad/cualidad pragmática* (Von Oertzen de Araujo, 2014).
- ii. El fenómeno de la *codificación* desde la fundación de Roma —y de sus cuatro períodos de desarrollo— siempre se basó en la ordenación de *principios jurídicos* no necesariamente de normas jurídicas *strictu sensu*, con lo cual la creación pretoriana (como creación del derecho) fué fructífera.
- iii. El debate entre Sir Blackstone y Bentham fué netamente de carácter *iusfilosófico* respecto de lo cual sostengo que el primero de ellos mantuvo vigente el espíritu romanista basado en principios de derecho (plasmados hoy en los denominados *preceptos*) mientras que el segundo de ellos se apartó de estos con las consecuencias hoy denunciadas tales como el *desgobierno judicial*, la falta de *independencia judicial* y la *violencia institucional*.
- iv. El discurso jurídico escrito y la producción de normas jurídicas poseen dimensiones cualitativas a ser cumplidas con el máximo rigor —científico y lingüístico— para ser consideradas tales; no obstante ello, el desarrollo de la «Teoría de la Legislación» no garantiza que los legisladores tamicen sus propuestas normativas en función del problema social planteado. Sin embargo, una Institución creada y especializada<sup>29</sup> a dichos fines estrecharía la brecha existente entre normas, sus rasgos morfológico–sintácticos y la tendencia actual de universalización de la

---

<sup>29</sup> Adviértase por ejemplo el *Legislative Drafting Service* de EE.UU; la *Office of Parliamentary Counsel* de Inglaterra; el *Prüffragen zur Notwendigkeit, Wirkamseit und Verständlichkeit von Rechtssetzungsvorhaben des Bundes* de Alemania; la *Circulaire relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication de textes au journal officiel et à la mise en oeuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre*; la *Commissione Parlamentare per la Semplicificazione della Legislazione* de Italia; la *Comunicación 2010/543 de 19/5/15 de Unión Europea*; las *leyes 39 y 40/2015 de España* y la «*Guía Técnica para la Redacción de Disposiciones Normativas*» elaborado por la Unidad de Asesoramiento Legal y Redacción – UAL de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina, entre otros.

exigencia de claridad del lenguaje jurídico.

- v. Los Proyectos Iberoamericanos en materia de uniformar la codificación si bien efectúan *knowledge management* su adecuación en los países no siempre es respetado a raja tabla precisamente por la idiosincrasia de los pueblos como asimismo de las aspiraciones políticas de los gobiernos de turno.
- vi. Con el *Desgobierno Judicial*, la falta de *Independencia Judicial* y la consecuente *Violencia Institucional* que se advierte entre quienes litigamos a diario, se pone de manifiesto la decadencia de la codificación más aún ante innumerables fallos que subliman el respeto de la jurisprudencia<sup>30</sup> por sobre cualquier ley o norma.
- vii. Los principios jurídicos son claros y autosuficientes mientras que las normas jurídicas poseen *estructuras profundas* susceptibles de ser motivo de diversas interpretaciones tal como así avizoró Chomsky (1969), máxime si fueron diseñadas sin *legística* alguna.
- viii. En Bolivia, resulta paradójico como con la SCP 1321/2016-S2 de 16 de diciembre de 2016 nos encontramos en igual situación jurídica que la dada en la época de la jurisprudencia clásica romana (100 a 50 A de C) toda vez que establece claramente la «...*función obligatoria de uniformar la jurisprudencia por los máximos tribunales de justicia dentro de cada una de sus jurisdicciones...*».

Siguiendo el criterio sostenido por Kauffman (2006), en el pensamiento jurídico–teórico existen dos ámbitos que deben ser estudiados: el primero de ellos, la vigencia de la teoría pura del derecho y, el segundo de ellos, la teoría de la legislación y su continuo como necesario apuntalamiento. De igual manera, sostengo que la actual crisis que acontece respecto del objeto de investigación es que ya desde la Segunda Guerra Mundial el concepto puramente formal de la ley falló por donde se lo quiera ver y por todos los argumentos vertidos a lo largo de este estudio.

Actualmente no existe duda alguna que la doctrina del *derecho natural*<sup>31</sup> y el *positivismo jurídico*<sup>32</sup> son vetustos como arcaicos y, deben por ello, ser

<sup>30</sup> Ver por ejemplo la *ratio decidendi* de la SCP 1321/2016-S2 de 16 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

<sup>31</sup> «... *el derecho objetivamente reconocible es predeterminado en el logos, en la ley divina, en la razón...*» (Kauffman, 2006).

<sup>32</sup> «... *nada está predeterminado, por lo menos no son reconocibles contenidos precedentes del derecho; el contenido del derecho es, pues, discrecional...*» (Kauffman, 2006).

superados como actualmente está aconteciendo en nuestros días por medio del desarrollo de la denominada «TERCERA VÍA»<sup>33</sup> a través de los claros intentos seguidos por i) la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, ii) la hermenéutica jurídica, iii) la teoría de la argumentación jurídica, iv) la teoría de los *general principles of law*, v) los *critical legal studies* y a lo que agregaría vi) el análisis del discurso jurídico.

Como futuras investigaciones se sugieren las siguientes:

1. Determinar el sentido y alcance —quizás con la ayuda de la sociología jurídica— de lo que es un *precepto* para diferenciarlo de la variable *jurisprudencia* y de una *línea jurisprudencial*
2. Efectuar estudio estadístico de la producción de normas habidas y su repercusión sobre otras normas ya que si «... *una ley está en contraste con la razón, se le denomina ley inicua; en tal caso cesa de ser ley y se convierte más bien en un acto de violencia...* » (Saint Thomas (Aquinas), 1265–1274)
3. Desarrollar un programa de formación por competencias en cuanto a *técnica legislativa*
4. Si la *codificación* se debe al resultado de una corriente iusfilosófica, entonces se debe establecer si aún son vigentes los axiomas del *utilitarismo* clásico y moderno desde Bentham, Mill hasta nuestros días máxime el duro cuestionamiento efectuado por el Papa Juan Pablo II<sup>34</sup> (Wojtyla, 1994).

«*Lex humana in tantum habet rationem legis, in quantum est secundum rationem rectam: et secundum hoc manifestum est quod a lege aeterna derivatur. In quantum vero a ratione recedit, sic dicitur lex iniqua: et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam*»  
(Sto. Tomás de Aquino,  
Summa theologiae, I-II, q. 93, a. 3, ad 2um. Ed Leon. 7, 164)

<sup>33</sup> Entendida no como el «tercero excluido» entre derecho natural y positivismo, sino más bien como una verdadera *tercera vía* nada más ni nada menos.

<sup>34</sup> «... Como se sabe, el positivismo produce como frutos el agnosticismo a nivel teórico y el utilitarismo a nivel práctico y ético. En nuestros tiempos la historia, en cierto sentido, se repite. El utilitarismo es una civilización basada en producir y disfrutar; una civilización de las “cosas” y no de las “personas”; una civilización en la que las personas se usan como si fueran cosas... El proyecto del utilitarismo, basado en una libertad orientada con sentido individualista, o sea, una libertad sin responsabilidad, constituye la antítesis del amor, incluso como expresión de la civilización humana considerada en su conjunto. Cuando este concepto de libertad encuentra eco en la sociedad, aliándose fácilmente con las más diversas formas de debilidad humana, se manifiesta muy pronto como una sistemática y permanente amenaza para la familia... »

## Referencias

- APA (2009.) *Manual of the American Psychological Association*. (ISBN 13: 9781433805615. ISBN 10:1433805618). Retrieved from:  
<http://www.apastyle.org/manual/>
- ARGÜELLO, L. R. (2000). *Manual de Derecho Romano*. (Astrea, Ed.).
- ATIENZA, M. (2001). *Contribución para una teoría de la legislación*. Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. Núm. 6, 1989. Retrieved from:  
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7h1w8>
- BAR-HILLEL, Y. (1968). *Linguaggi nella società e nella tecnica*. In Convegno promosso della nascita di Camilo Olivetti (pp. 269–284). Milano.
- BARRIENTOS, P. (2016). *Violencia Institucional: Hacia un nuevo enfoque*. Doctrinalex.blogspot.com. Retrieved from:  
<http://doctrinalex.blogspot.com/ /violencia-institucional .html>
- BENTHAM, J., ZAPATERO, V., & PABÓN, C. (2000). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Boletín Oficial del Estado. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=wxzIPAAACAAJ>
- BLACKSTONE, W., & LEWIS, W. D. (1922). *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*. Geo. T. Bisel Company. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=AGMWAAAAYAAJ>
- BRENNA, R. G. (DIR), BICHACHI, D. S., & MOLINARI, G. (2013). *Técnica Legislativa* (1ra. ed.). Buenos Aires: La Ley.
- BRUNON-ERNST, A. (2013). *Bentham, common law and codification*. In Cours Magistral – DU Common Law – Grands systèmes de droit contemporain. Université Panthéon-Assas Paris 2. Retrieved from:  
<https://www.researchgate.net/publication/263007800>
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, H., & TUSÓN VALLS, A. (2001). *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*. Barcelona. Editorial Ariel.
- CHIAVENATO, I., & SACRISTÁN, P. M. (2009). *Gestión del talento humano*. McGraw Hill. Retrieved from:  
<http://books.google.com.bo/books?id=e7G7QwAACAAJ>
- CHOMSKY, N. (1965). *Aspects of the theory of syntax*. Cambridge: MIT. Retrieved from:  
<https://faculty.georgetown.edu/ /Chomsky-Aspects-excerpt.pdf>
- (1969). *Deep structure, surface structure and semantic interpretation*. In: Semantics, De Steinberg D. D. Jakobovits L.A. (ed.). Londres: Cambridge Un. Press. Retrieved from:  
<http://babel.ucsc.edu/ hank/mrg.readings/chomsky1969.pdf>

- COUTURE, E.J. (1999). *La justicia inglesa*. En: Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Ediar SA (ed.), Buenos Aires.
- DE BARROS CARVALHO, P. (1998). *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. Sao Paulo, Saraiva (ed.)
- ECO, U., & LOZANO, H. (1992). *Los límites de la interpretación*. Lumen. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=O1-jbwAACAAJ>
- ECO, U. (1999). *La estructura ausente: introducción a la semiótica*. Lumen. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=D8GNPwAACAAJ>
- FERNÁNDEZ, A. V. (1980). *Función creadora del juez*. Abeledo Perrot (ed.), Buenos Aires. Retrieved from:  
<http://doctrinalex.blogspot.com/2014/06/funcion-creadora-del-juez.html>
- FOUCAULT, M. (1988). *El sujeto y el poder*. Revista Mexicana de Sociología, Vol. 50 (No. 3 (Jul.-Sep., 1988)), 3–20. Retrieved from:  
<http://doi.org/10.2307/3540551>
- GAIUS, G. (1904). *Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*. Oxford: Clarendon Press. Retrieved from:  
<http://oll.libertyfund.org/titles/1154>
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L. (2004). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Lex Nova. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=qIxJjwEACAAJ>
- GELSI BIDART, A. & VESCOVI, E. (1974). *Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo.
- KELSEN, H. (1991). *General theory of norms*. Clarendon Press. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=kD8QAQAAMAAJ>
- KAUFMANN, A. (2006). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=OPRAAQAACAAJ>
- LOSANO, M. (1984). *Analisi empirica e analisi delle procedure giuridiche*. In Societa, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves (pp. 357–381). Milano: U. Scarperlli y V. Tomeo.
- MORALES-LÓPEZ, E (2011). *Hacia dónde va el análisis del discurso*. En: Revista Electrónica de Estudios Filológicos, Nro. XXI, mes de Julio, Universidad de A Coruña. Retrieved from:  
<http://www.um.es/tonosdigital/ /estudios-21-discurso.html>
- MORRIS, C. W. (1938). *Foundations of the theory of signs*. University of Chicago Press. Retrieved from:



- <https://books.google.com.bo/books?id=QmXvAAAAIAAJ>  
 NIETO, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Editorial Trotta. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=NY-1PQAACAAJ>
- NOLL, P. (1973). *Gesetzgebungslehre*. Rowohlt. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=gn2EQgAACAAJ>
- NONAKA, I & TOYAMA, R (2003). *The knowledge-creating theory revisited: knowledge creation as a synthesizing process.*, En: Knowledge Management Research & Practice. (Doi: 10.1057/palgrave.kmrp.8500001.) Retrieved from:  
<http://www.ai.wu.ac.at/ /The-knowledge-creation .pdf>
- PEIRCE, C. S., HARTSHORNE, C., & WEISS, P. (1932). *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Belknap Press of Harvard University Press. Retrieved from:  
<https://books.google.com.bo/books?id=u9fWAAAAMAAJ>
- RAE–AALE. (2010). *Nueva gramática de la lengua española*. Espasa Libros. Retrieved from:  
<https://books.google.com.pr/books?id=XZENRQAACAAJ>
- RAE–CGPJ. (2016). *Diccionario del Español Jurídico*. Espasa, (ed.). Recuperado de:  
<http://www.rae.es/obras-academicas/ /diccionario-del-espanol-juridico>  
 — (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Madrid: Espasa.
- ROSS, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. (E. Eudeba, Ed.).
- SAINT THOMAS (AQUINAS) (1265–1274). *Summa Theologiae, Questions on God*. Cambridge Texts in the History of Philosophy. Cambridge Texts in the History. Brian Leftow, Brian Davies & Cambridge University Press (Ed.)
- VAN DER VELDEN, W. (1985). *Methodologies of Legislation*. On Aarnio, A., & Van Hoecke, M. (Eds.). (1985). *On the utility of legal theory*. A-Tieto Oy.
- VESCOVI, E. (1978). *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.
- VON OERTZEN DE ARAUJO, C. (2014). *Semiótica del Derecho*. Lima: Editora Jurídica Grijley. Retrieved from:  
<http://www.marcialpons.es/ /semiotica-del-derecho/>
- WOJTYLA, K. (1994). *Carta a las familias del Papa Juan Pablo II*. En: 1994 – Año de la familia. Librería Editrice Vaticana. Retrieved from:  
<https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/letters/1994/>
- WRÓBLEWSKI, J. (1979). *A Model of Rational Law – Making*. ARSP: Ar-

chiv Für Rechts – Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 65(2), 187–201. Retrieved from: <http://www.jstor.org/stable/23679192>

ZITELMANN, E. (1903). *Lücken im Recht*. Leipzig. En: «Las lagunas del Derecho» (1922). Revista General de Legislación y jurisprudencia. Traducción castellana de C. G. Posada.

---



[orcid.org/0000-0001-9219-335](https://orcid.org/0000-0001-9219-335)



Licencia Creative Commons Atribución – No Comercial 4.0 Internacional.