

LA SEGURIDAD Y LA CERTEZA JURIDICAS EN PERSPECTIVA HISTORICA *

ALEJANDRO GUZMÁN

Universidad Católica de Valparaíso

Universidad de Chile

Miembro de Número de la Academia Chilena
de la Historia

I. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de nuestro análisis, la seguridad y la certeza jurídicas, considerado desde un punto de vista histórico, admite una delimitación según diferentes factores. En este momento tan sólo quisiera adoptar dos de ellos. El primero concierne a la tradicional distinción entre derechos subjetivos y derecho objetivo. La seguridad y la certeza, en efecto, podrían ser estudiadas a propósito de cada uno de aquellos derechos.

a) Si nosotros indagásemos, por ejemplo, acerca de las circunstancias condicionantes de la seguridad y la certeza en los derechos subjetivos, entonces tendríamos que preguntarnos por la eficacia de la organización judicial y de la regulación procesal para producir el reconocimiento expedito y rápido de tales derechos y su ejecución; también por la eficiencia de los organismos notariales destinados a velar por su documentación, y de las instituciones registrales garantizadoras de su publicidad y oponibilidad, lo mismo que por las facilidades o dificultades para que los derechos nacidos defectuosos se consoliden a través del tiempo mediante la prescripción o la caducidad de las acciones, etc. Claramente se comprende que una investigación en torno a puntos como los que acabo de señalar estaría dirigida a verificar el grado de seguridad y certeza de que gozan los individuos en relación con sus derechos.

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en septiembre de 1980, con ocasión de un ciclo sobre el tema organizado por dicha Facultad. Por el carácter de conferencia que posee este trabajo no he creído conveniente agregarle aparato bibliográfico.

b) Mas, volviendo ahora la mirada hacia las circunstancias determinantes de la seguridad o certeza en el derecho objetivo, nos encontramos con que son distintas. En mi opinión, pueden ellas reconducirse a las siguientes: Desde luego, aunque ello resulta muy obvio, la seguridad jurídica objetiva postula la existencia de norma, lo cual significa que las lagunas del derecho constituyen factores de inseguridad e incerteza porque impiden la previsión sobre la validez y eficacia de los negocios jurídicos. A esto se agrega, en segundo lugar, la univocidad de la norma existente, locución con la cual resumo una serie de caracteres como la claridad, la precisión, la inteligibilidad, etc., conducentes a evitar las controversias de interpretación, porque ellas en el fondo multiplican las normas para un mismo caso, en la medida en que producen pluralidad de opiniones sobre la inteligencia de la (teóricamente única) norma controvertida, obstaculizando el conocimiento sobre la regulación del caso, lo cual también es un elemento de inseguridad. Enseguida yo señalaría la fijeza de la norma, que implica su tendencia a la permanencia en el tiempo o inmutación dentro de plazos relativamente breves, pues lo contrario entorpece la previsión o la defrauda, de modo que el frecuente cambio de las normas viene a constituir un principio de inseguridad. Finalmente habría que señalar la accesibilidad de las normas, o sea, su capacidad para ser conocidas rápida y eficazmente, porque las dificultades para encontrar el derecho vigente implican el permanente peligro de que se invoque una norma desconocida por uno, que finalmente llegó a conocerla, frente a otro que la ignoraba y no había previsto nada en relación con ella, lo cual también conduce a la inseguridad.

c) Como habrá podido apreciarse, la diferente naturaleza de las circunstancias garantizadoras de seguridad en uno u otro tipo de derechos permite una relativa independencia de ambos en relación con tal valor. Es perfectamente pensable un ordenamiento seguro y cierto de normas frente a una difundida inseguridad e incerteza en los derechos subjetivos, si es que las condiciones de seguridad de éstos no funcionan. Por el contrario, si el ordenamiento objetivo es incierto e inseguro, aunque normalmente ello conducirá a la misma deficiencia en los derechos, puede resultar que éstos tengan garantizadas sus condiciones propias de certeza y seguridad, de modo que una vez removida la inseguridad proveniente de las normas, los derechos reconocidos por ellas tengan una vida eficaz.

Esta relativa independencia entre ambos tipos de derechos permite sin violencia circunscribir el tema de la conferencia y referirlo únicamente a la seguridad y certeza en el derecho objetivo, pres-

cindiendo, en consecuencia, de la misma cuestión concerniente a los derechos subjetivos.

2. El segundo factor de delimitación de nuestra materia guarda relación con la forma de enfocarla. Es así como nosotros podríamos referirnos a la seguridad y a la certeza a propósito de cada cultura jurídica, por ejemplo, la romanista, el *common law*, o aquellas de base religiosa, como la islámica o la hindú. Podríamos adoptar, en conjunción con el criterio anterior, o sin él, el de las épocas y dividir nuestra exposición en diferentes sectores temporales, como antigüedad, edad media, época moderna, etc. También sería posible usar como elemento delimitador el de las regiones. Pero yo creo que un criterio más útil y adaptado al objeto de nuestro estudio es el de los "métodos de producción del derecho", el cual, no obstante, no resulta contradictorio con los anteriores. Distinguiremos para estos efectos tres de esos métodos: la producción del derecho por los juristas, por los jueces, por el legislador; pero limitaremos el análisis tan sólo al derecho occidental, aun cuando, como veremos, no a una época determinada.

3. Se hace preciso ahora intentar rápidamente una somera descripción de aquello que entendemos por derecho de juristas, de jueces y legal. Para ello me valdré de una distinción que hace el jurista italiano Luigi Lombardi en un muy interesante libro suyo titulado *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, entre esencia y existencia de las normas, en donde norma tiene un sentido muy amplio, no sólo alusivo a las leyes. La esencia se refiere al criterio mismo contenido en las normas, según el cual deben resolverse los conflictos jurídicos entre partes; la existencia, en cambio, se refiere a la validez de las normas, o sea, al hecho de que en determinado momento tal criterio de solución de conflictos sea considerado vinculante para el juez.

Ahora bien, un derecho es de juristas cuando la esencia y la existencia de las normas emana de los juristas mismos, quienes, en consecuencia, no sólo son los encargados de elaborar el contenido de las normas, sino que, además, con su elaboración ponen en existencia válida, vigente y vinculante ese contenido. Cuando la esencia y la existencia de las normas emana, en cambio, de los jueces, entonces decimos que ese derecho es precisamente de jueces. Mas, cuando la existencia, al menos, pues no necesariamente la esencia, de las normas emana de un poder público que llamamos legislador, entonces estamos en presencia de un derecho legal, cuya esencia

bien puede provenir no del legislador mismo sino también de los juristas.

4. En la historia del derecho occidental ha habido dos grandes sistemas de derecho de juristas. Por un lado, el derecho romano clásico, es decir, aquel derecho que en la antigua Roma adquirió su fisonomía definitiva entre fines del siglo II a.C. y mediados del siglo III d.C. En él, la misión de crear el derecho estaba encargada a los jurisconsultos, quienes, por lo tanto, proporcionaban a los jueces el material con que éstos resolvían los conflictos sometidos a su decisión.

El segundo ejemplo histórico de un derecho de juristas corresponde al del derecho común. Iniciado en el siglo XII y florecido sobre todo a partir del XIV, perduró hasta la época de las codificaciones a fines del siglo XVIII y en varios países hasta entrado el siglo siguiente mismo. También en este caso, pues, estamos en presencia de un derecho creado por los jurisconsultos, que como tal resultaba utilizado por los jueces para sus fallos.

El ejemplo de un derecho de jueces es de todos conocido. Me refiero al *common law*. En el caso de ese derecho, los criterios de solución no son puestos por los juristas sino por los jueces, aun cuando en teoría la labor del juez no consiste en crear el derecho sino en encontrarlo en la costumbre. Pero esta teoría no puede esconder la realidad, que pudo valer en la edad media, de que las normas son creadas por los jueces y no encontradas en un ordenamiento preexistente.

Como ejemplo, finalmente, de un derecho legal, podemos citar el sistema de derecho codificado que surgió en Europa como modelo teórico a mediados del siglo XVII, se desarrolló durante el XVIII y triunfó definitivamente en el siglo siguiente; bajo él aún vivimos. Otro ejemplo más antiguo podría ser el del derecho romano postclásico, esto es, aquel sistema jurídico que comenzó a desarrollarse a partir del siglo III d.C. y que culminó en el siglo VI d.C., en que tuvo lugar la gran fijación del derecho que conocemos con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

5. Por último quisiera indicar que, aun cuando nosotros hemos hablado de derecho de juristas, de jueces y legal como categorías puras y simples, en la historia no suele suceder que un derecho sea totalmente de juristas, de jueces o legal; por el contrario, en la realidad se producen contaminaciones entre tales sistemas. Pero sí es cierto que hay el predominio de un sistema. Cuando yo decía que

el derecho romano clásico fue un sistema de juristas, lo que eso significa es que fue predominantemente un derecho juristas, pero no significa que no haya habido leyes ni una fuente muy especial, que hoy día ya no existe más, como era el edicto del pretor, que sin haber sido una ley, tampoco era jurisprudencia; lo mismo sucede respecto del derecho común. Viceversa, cuando hemos indicado que los sistemas del derecho codificado son derechos legales, con ello no excluimos ni la actividad de los juristas ni aquella de los jueces. En la realidad histórica estos sistemas se combinan y entrelazan, y encontraremos, por lo tanto, diferentes tipos de derechos, con predominio de uno de ellos.

II. LOS DERECHOS DE JURISTAS, DE JUECES Y LEGAL FRENTE A LA SEGURIDAD Y LA CERTEZA

Partiré afirmando que los sistemas de derecho de juristas y de jueces tienden naturalmente a la inseguridad y a la incerteza; y que el legal, por el contrario, a la seguridad y a la certeza. La razón de estas afirmaciones me parece ser ésta: Cuando la misión de crear el derecho se confía a juristas o a jueces, ello implica adoptar un sistema descentralizado y heterogéneo de fuentes; es la pluralidad de juristas, es la pluralidad de jueces, y no uno solo de ellos, la encargada de tal misión; ello conduce a la pluralidad de criterios y, por ende, a la contradicción de los mismos, a la controversia; al mismo tiempo surgen las dificultades para conocer tales criterios debido a la misma pluralidad y bien puede suceder que ellos no existan si es que el caso no se ha presentado antes a los tribunales o no se les ha ocurrido a los juristas; por último unos y otros pueden cambiar de opinión. En otras palabras, en un sistema de derecho de juristas o de jueces, suelen darse las condiciones opuestas a aquellas garantizadoras de la seguridad o fijeza.

Lo contrario ocurre en el derecho legal. En efecto, hemos expresado que el derecho legal tiene una tendencia muy pronunciada a la seguridad y la certeza. Ello, debido a las razones inversas a aquellas por las cuales el derecho de juristas y el de jueces tienden a la incerteza. El derecho legal supone centralización y unidad de fuentes, ya que es el poder público quien proclama oficial y definitivamente qué es derecho vigente, a través de un texto único que se redacta previamente y en el cual se puede racionalizar al máximo la presentación. Todo ello implica fácil accesibilidad, univocidad y fijeza.

III. SUPERACIÓN DE LA INSEGURIDAD Y MANTENCIÓN DE LA SEGURIDAD

Se trata ahora de analizar cuáles son los medios que los sistemas que brevemente he reseñado tienen, o bien para superar la incerteza que les es natural en el caso del derecho de jueces y del de juristas, o bien para mantenerse en la certeza que le es connatural en el caso del derecho legal. El problema es que, si bien por su naturaleza los dos primeros tienden a la incerteza, es una reclamación social muy profundamente afirmada la de que, en definitiva, las cosas en materia jurídica tienen que ser ciertas y tienen que ser seguras, de tal manera que esta incerteza e inseguridad iniciales no puede mantenerse, y hay que arbitrar medios para eliminarla. Entonces analizaremos cuáles son estos medios.

1. En primer lugar refirámonos al derecho de juristas ¿Cuál es el mecanismo que un derecho de juristas, sobre todo los dos grandes sistemas históricos de esta clase que les he indicado, el derecho romano clásico y el derecho medieval, tiene para salir de esta incerteza inicial? Consiste él en lo siguiente: puesto que el derecho lo crean y lo ponen en vigencia los juristas, el juez, para fallar los litigios, puede adoptar la opinión sustentada por la mayoría de los juristas más autorizados. A través de este medio se confiere al juez un criterio para discernir una de ellas de entre el conglomerado de opiniones sustentadas por los juristas, que suelen ser controvertidas. Con la anterior descripción yo expreso de una manera simplificada aquello que los medievales denominaban "opinión común de los doctores" (*communis opinio doctorum*). En realidad, los juristas medievales llegaron a elaborar toda una teoría sobre la opinión común de los doctores; ellos distinguían una serie de casos y de factores, para determinar cuándo se entiende que una opinión era más o menos autorizada, en qué casos la opinión de uno podría prevalecer sobre la opinión de la mayoría; en qué situaciones determinada opinión no debía considerarse, etc. Pero no es necesario entrar en detalles y basta quedarnos con el concepto esencial.

El fenómeno también se dio en el derecho romano clásico. Los romanos hablaban entonces de la *auctoritas*, según la cual debía prevalecer la opinión del jurista que gozaba de más autoridad social, admitiendo que la palabra *auctoritas* se oponía entre los romanos a *potestas*, pues aquélla aludía precisamente a un saber socialmente reconocido, capaz de influir por sí y no por un cierto respaldo de la fuerza pública.

2. Pasemos al derecho de jueces. También éste tuvo un medio para resolver el problema de la pluralidad de criterios jurídicos que se da con motivo de la pluralidad de jueces. Este criterio es lo que los ingleses llaman *stare decisis*, expresión latina que debemos traducir literalmente, como “estar a lo decidido” o “estar a las cosas decididas”; en síntesis, el precedente. Este derecho, inicialmente incierto, se certifica debido a que los jueces están obligados a seguir el precedente, sobre todo el precedente de las instancias superiores y, especialmente, el precedente emitido por la máxima o suprema de todas ellas. Estas sentencias anteriores reiteradas, y especialmente, repito, si emanan de las instancias superiores y supremas, obligan a los jueces de la misma manera que obligaría una ley y de la misma manera que en un derecho de jurista obliga la opinión común de los doctores; y de esta guisa se obtiene el mecanismo a través del cual el derecho de jueces logra la certeza que también le es absolutamente necesaria. Naturalmente, el ejemplo histórico más destacado, como ya lo dije antes, de un derecho de jueces en el cual existe este criterio del *stare decisis*, se da en Inglaterra. En Inglaterra, una sentencia de la Cámara de los Lores obliga a la Alta Corte y a la Corte de Apelaciones; las sentencias de la segunda obligan a la tercera y así sucesivamente.

3. Respecto del derecho legal, el problema que se le presenta no es el de salir de una incerteza inicial, sino de mantenerse en la certeza que le es natural ya desde el principio y evitar que se produzca incerteza o inseguridad, supuesta la norma legal. Históricamente los medios de que los legisladores se han solido valer para mantener a la ley en su certeza y seguridad originales son dos.

a) El primero de ellos es el de la prohibición de comentarios e interpretaciones a las leyes. Un buen ejemplo histórico lo dio el emperador Justiniano, quien al promulgar el *Corpus Iuris Civilis*, entre otras cosas, prohibió a los juristas comentarlo. Esta prohibición sentada por Justiniano ha servido como modelo a innumerables prohibiciones posteriores durante la época medieval y sobre todo durante la época moderna. Así podemos recordar casos más o menos célebres como el del Código Prusiano, que, promulgado en el año 1794, era un código que ya obedecía a la moderna idea de codificación. Al igual que Justiniano, el Rey de Prusia, Federico II, prohibió a los juristas la interpretación y el comentario a su código. Lo propio sucedió con el proyecto de código austriaco, el Código Tere-siano, destinado a los estados hereditarios de la casa de Habsburgo; éste no fue promulgado, pero en definitiva también contenía normas

prohisorias de comentarios al mismo código. Podríamos seguir con ejemplos destacados.

¿Cuál es el trasfondo de este tipo de prohibiciones? Parece que el siguiente: La ley es mirada por su autor como clara, fija, permanente, unívoca. El teme que cuando los juristas la comentan, lo único que hacen es oscurecerla y embrollarla con sus distinciones y subdistinciones, con sus extensiones y restricciones, con su recurso a la razón y al espíritu, con toda la técnica que es propia del estudio jurídico. Según el legislador, esto produce incerteza e inseguridad, porque en el fondo el comentario a la ley viene a ser una manifestación de derecho de juristas, como si éstos volvieran por sus fueros. Los juristas, en efecto, tienden a considerarse los dueños del derecho; sin embargo, cuando se dicta una ley, como que se los expropia de su función propia, que es hacer el derecho; de este modo, al interpretarla, ellos dicen: aquí está una ley y yo la voy a interpretar a mi manera, esto es, de acuerdo con mis técnicas científicas; el legislador dice una cosa, pero yo le voy a demostrar que ello está mal expresado, que se puede decir de otra manera, que el caso está mal planteado, que el lenguaje es incorrecto, que hay contradicciones, vacíos y oscuridades; a todo esto, naturalmente, el legislador le tiene miedo, y de ahí entonces esta práctica prohibitoria que remonta a Justiniano y que encontramos todavía en algunos casos en el siglo XIX.

Napoleón no se atrevió a prohibir comentar el Código de 1804, pero se cuenta que cuando salió el primer comentario al Código Civil, habría exclamado: "Mi Código está perdido". Con esto resumía esa tradición de prohibir los comentarios a la ley, aunque, repito, él no lo hizo. Su exclamación, sin embargo, conllevaba el mismo espíritu: mi código es perfecto, claro y sistemático; mas, como ya lo han comentado, ha de perderse, porque será oscurecido y desfigurado.

b) El segundo medio, ya más específico, de que los legisladores se valen para mantener la certeza de sus leyes, corresponde a lo que denominaremos, utilizando una palabra francesa, *référé au législateur*, que podemos traducir como "referimiento al legislador". Este consiste en la remisión al legislador, de las controversias no decididas por la ley y de sus oscuridades. También esta institución, como tantas cosas, proviene de Justiniano. En las constituciones promulgatorias del *Corpus Iuris*, ese emperador declaró que si algún juez se encontraba con un caso no previsto en aquél o si se le presentaban dudas de interpretación, entonces debía recurrir al emperador para que él decidiera el caso, dando una ley especial aplicable a esa situación no prevista u oscura. Este modelo Justiniano, igual

que el anterior de la prohibición de comentarios, se fue repitiendo en la historia de manera permanente, hasta la revolución francesa incluso. Para ir a ejemplos interesantes en Chile, lo encontramos en el *Fuero Real*, en las *Partidas*, en el *Ordenamiento de Alcalá* y en las *Leyes de Toro*. Mas también se le halla en la antigua legislación francesa, en la alemana y en la de varios otros Estados.

Así como el trasfondo de la prohibición de comentarios a las leyes venía a ser el de un temor del legislador a los juristas, el de esta práctica del "referimiento al legislador" viene a ser un temor a los jueces. Ante una ley oscura o lacunosa los jueces tienden, ellos mismos, a proveer el remedio, interpretando su sentido o colmando la laguna; lo cual implica una suerte de cuña del derecho de jueces en el derecho legal; también el legislador desconfía de esto, porque en fin de cuentas aquel derecho produce incerteza e inseguridad, si no va acompañado de ciertos mecanismos reguladores, como el *stare decisis*, y en un sistema de derecho legal el *stare decisis* no existe, de modo que, permitiéndose que los jueces interpreten las leyes o colmen sus lagunas, se da entrada precisamente a la incerteza y a la inseguridad.

IV. CRISIS DE LA SEGURIDAD

Pese a que el derecho de juristas y el de jueces logran superar su propia natural incerteza mediante la opinión común o el precedente, llegan momentos en su historia en que el sistema se quiebra y aflora nuevamente la incerteza. Lo mismo sucederá con el derecho legal.

1. ¿Cuáles han solido ser los factores de estas crisis en el derecho de juristas?

a) En primer lugar, la proliferación de juristas. Ya hemos dicho que el derecho de juristas es aquel en el cual el derecho lo crean los juristas, dicho de manera sintética. Pues bien, en la medida en que los juristas proliferen, es decir, aumente el número o volumen de juristas circulantes, naturalmente hay una mayor posibilidad de opiniones y de controversias y éste es un factor que en definitiva tiende a quebrar el sistema de la opinión común de los doctores, porque es difícil discernir cuáles son los juristas más autorizados, es difícil saber cuál es la mayoría de los juristas, y puede suceder que en apoyo de una doctrina, una parte acumule 20 juristas que opinan en un sentido, mientras la contraparte acumule otros 20 que opinan en sentido distinto. De este modo falla el supuesto de hecho

del sistema de la opinión común: que viene a ser la existencia de un cuerpo relativamente pequeño y homogéneo de juristas a los cuales se confía socialmente la producción del derecho.

b) El segundo factor sería la extensión extranacional del derecho. Con esto estoy pensando en la crisis del derecho romano común de la época medieval y moderna: en la medida en que ese derecho se transformó en un derecho supranacional, saltando las fronteras originales, que fueron las de Italia, y se expandió por todo el continente, pasando a ser un derecho europeo, los juristas de todos los países se sintieron en la misma situación que los italianos, para interpretar y para concurrir en la formación de opiniones comunes. Este factor de extensión supra o extranacional hizo que el mecanismo de la opinión común entrara en crisis, porque lo mismo se podía citar en España a un alemán o a un francés o a un italiano, que en Francia a un español, un italiano o un holandés. Pero, ¿quién sabía cuáles eran los juristas más autorizados en Francia, quiénes en España, etc.? Pero así fue, porque, repito, el derecho de esta época valía en todas partes lo mismo, y por lo tanto, los juristas del extranjero eran tan juristas y tan creadores de derecho y tan concurrentes en la formación de opiniones comunes como los juristas del propio país.

c) El tercer factor de crisis es la decadencia del método: en la medida en que el método jurídico tiende a exacerbar su inclinación a la distinción y subdistinción y a la separación de elementos, como ocurrió con el método del derecho común durante el siglo XVI, en que para cada cuestión se podía hacer tantas distinciones y tantas subdistinciones como juristas hubiera, ello impide la formación de opiniones comunes, precisamente porque falta lo común. Si para cada caso se distingue la situación y se dice: "esta opinión, por muy común que sea, no es aplicable a este caso, porque el caso es distinto al caso al cual se refiere la opinión común", resultará que nunca se podrá encontrar opiniones comunes, porque siempre se podrá alegar que la cuestión es distinta y no calza con la opinión que se está alegando como común, de modo que siempre la otra parte podrá alegar, a su vez, otra opinión. El ejemplo histórico más acabado de esta crisis es, como ya lo he anunciado, la crisis del derecho común en la época moderna, sobre todo a partir del siglo XVI.

Todos estos factores que yo he indicado, pero que podrían verse repetidos en cierta medida en la Roma antigua a fines del siglo III, han producido la crisis del derecho común, es decir, la incapacidad del mecanismo de la opinión común de los doctores para funcionar,

porque se hizo imposible determinar cuál era la real opinión de la real mayoría de los juristas realmente más autorizados.

2. Pasemos rápidamente al derecho de jueces. La crisis del derecho de jueces, al menos históricamente, como se ve en Inglaterra, proviene de que no subsistan instancias supremas comunes a todos los jueces, que sean capaces de imponer sus precedentes y de vincular a los jueces inferiores. Esto se dio en Inglaterra aproximadamente en los siglos XV y XVI, cuando surgió la jurisdicción del canciller del reino, que comenzó a fallar los litigios con criterios diferentes a como eran fallados por los jueces del *common law*: en base a la equidad; de ahí surgió la *equity*, que en el fondo no era otra cosa que el derecho canónico y el derecho romano. El problema consiste en que no hubo una instancia suprema común a la jurisdicción del canciller y a la jurisdicción de los tribunales del *common law*, lo cual produjo una crisis de inseguridad en el sistema total del derecho inglés, derivada de esta oposición entre dos sistemas jurídicos en el interior de una misma sociedad.

3. Para terminar, analicemos la crisis del derecho legal. Este derecho se supone cierto por su propia naturaleza; pero también puede caer en crisis. Estas crisis se producen por factores como la proliferación de leyes, que crea heterogeneidad, contradicciones y dificultades para conocerlas; y, en segundo lugar, por el estilo de redacción de las leyes: cuando éstas se convierten en discursivas, casuísticas y reguladoras de situaciones contingentes y dejan de ser generales y abstractas.

La consecuencia es que el derecho legal, por la excesiva cantidad de leyes o por su defectuoso estilo, tiende a transformarse larvadamente, en un derecho de juristas o en un derecho de jueces, pero inauténticos. La seguridad que no dan las leyes mismas, porque han perdido su unidad, porque han perdido su estilo, suelen darla los juristas y los jueces a través de sus interpretaciones y fallos para ponerlas de acuerdo y concordarlas. En tales circunstancias, la labor de juristas y jueces viene a ser la contraria a la realizada por ellos frente a un derecho legal aún no entrado en crisis, al menos en el sentir del legislador; antes veíamos que, según éste, jueces y juristas, al interpretar las leyes, lo único que logran es confundirlas; mas, cuando el derecho legal ha entrado en crisis en el modo que analizamos precedentemente, la tarea de jueces y juristas más bien se presenta como un modo, si no de superar, al menos de paliar esa crisis de confusión y discordancia. Insensiblemente, pues, el derecho legal

en crisis tiende a transformarse en un derecho de juristas o de jueces. El problema, sin embargo, que presenta este fenómeno estriba en que aquellos derechos de juristas o de jueces superpuestos a uno legal, precisamente porque consisten en fenómenos larvados, espontáneos, surgidos en los márgenes de los cánones del derecho legal, en otras palabras, patológicos, carecen de los instrumentos que los derechos de juristas y de jueces auténticos y abiertamente tales poseen, para otorgarse certeza; de esta guisa, lo que en definitiva viene a resultar es que al derecho legal entrado en crisis de incerteza se le superpone unos derechos de juristas y de jueces que, naturalmente inciertos, como vimos en su momento, no pueden mudar este carácter, con lo cual el círculo de la inseguridad se cierra y, desde luego, se agrava.

V. SUPERACIÓN DE LA CRISIS

Para terminar, las soluciones. ¿Cuáles son las soluciones que históricamente se han dado a estas crisis periódicas en que los sistemas jurídicos suelen entrar?

1. Comencemos por el derecho de jurista.

a) Históricamente se ha tratado de superar las crisis de los derechos de juristas a través de mecanismos como el privilegio de responder otorgado en favor de determinados juristas. Esto fue lo que hizo Augusto en el siglo I a.C., en que de alguna manera ya se había insinuado una pequeña crisis, no del todo perfilada, del derecho clásico de juristas. Intentó Augusto privilegiar a determinados juristas, esto es, otorgarles una suerte de patente para que sólo ellos pudieran emitir dictámenes respaldados por la autoridad del emperador, pretendiendo, así, que tales dictámenes fueran los únicos invocables ante los tribunales, desde el momento en que éstos habrían de sentirse más proclives a hacer caso a los juristas privilegiados por el emperador que a aquellos otros carentes de tal privilegio. Con ello Augusto quiso crear en el estamento de juristas una suerte de discriminación entre los patentados y los no-patentados y así reducir el número de los juristas invocables.

b) Otra solución históricamente verificable para la crisis del derecho de juristas es la consistente en decidir el legislador las controversias de los juristas mediante leyes suyas. En tales casos, el legislador opera eligiendo una determinada opinión de las varias agitadas entre los jurisconsultos, otorgándole fuerza de ley, entendiendo con ello superar la discusión. Tal fue el camino elegido por

Justiniano a principios del siglo VI d.C. al componer su *Digesto*, que preparó en parte mediante la previa emisión de cincuenta constituciones en las que fue decidiendo legislativamente muchas controversias de la antigua jurisprudencia clásica. Ese modelo fue seguido en varias otras oportunidades. Las célebres *Leyes de Toro* españolas del año 1505 no son otra cosa que un conjunto de 83 leyes reales decisorias de controversias de opinión en torno al derecho de la época. En 1572 el príncipe elector Augusto de Sajonia hizo lo propio respecto del derecho de su principado.

c) Una tercera vía de solución para la crisis del derecho de juristas es la que denominaríamos “leyes de citas”, es decir, catálogos legales de juristas a los cuales se puede recurrir. El modelo también es romano. En el año 427 los emperadores Valentiniano y Honorio dictaron una constitución imperial en la cual señalaban que solamente se podía citar ante los tribunales a determinados cinco juristas y a nadie más. Este ejemplo se repitió en el año 1499 por los Reyes Católicos, y en el año 1770 por el príncipe Leopoldo de Toscana.

Pero la gran solución a la crisis del derecho de juristas, al menos en la época moderna, ha sido en la codificación del derecho, de la cual hablaremos enseguida.

2. Pasemos ahora a las soluciones para las crisis del derecho de jueces. Si su crisis proviene de la inexistencia de instancias supremas, la solución consiste en la creación de tales instancias, unificando los derechos de jueces contradictorios bajo una común dependencia. Esto es lo que sucedió en Inglaterra en el año 1873 con la ley sobre judicatura, que unificó la *equity* y el *common law*, ordenando a todos los tribunales que fallaran conforme a ambas y sometiéndolas a una común jerarquía judicial.

3. Veamos finalmente las soluciones a las crisis del derecho legal, que históricamente son dos.

a) En primer lugar, la recopilación de leyes. Llega un momento en que se reclama una reunión de la inmensa masa de leyes esparcidas, en ciertos libros ordenados sistemáticamente, de acuerdo con determinados criterios, que suelen ser la materia y las épocas, a fin de dejar a disposición de los usuarios del derecho la consulta cómoda de las leyes vigentes. Los ejemplos son conocidos: desde luego en el derecho romano, el Código de Justiniano es una recopilación de leyes. En España tenemos, con motivo de las quejas que venían desde la Edad Media, un primer intento a fines del siglo XV por Díaz de Montalvo quien compuso el *Ordenamiento Real* u

Ordenamiento de Montalvo; después vino la *Nueva Recopilación* (1567); finalmente, la *Novísima Recopilación* (1805). Para el caso de los reinos de Indias, en 1680 se dictó la *Recopilación de Leyes de las Indias*. En fin, hay que decir que, como la crisis del derecho legal en la época moderna fue común en toda Europa, por toda Europa se generó este método de fijar que llamamos recopilación de leyes.

b) La solución definitiva en la época moderna a la crisis del derecho legal también ha sido la codificación. En realidad, la codificación resultó ser una solución a toda la crisis por que atravesó el derecho occidental en la época moderna. Habiendo entrado durante dicha época en crisis tanto el derecho romano de juristas provenientes de la Edad Media, como el derecho legislado de los reyes, la gran solución a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX ha sido la codificación, que vino a reemplazar todo el derecho de juristas proveniente de la Edad Media y toda la legislación de los reyes por un cuerpo único, sistemático, totalizador, construido de acuerdo con determinadas características de fondo y forma.

Esto fue lo que hizo Federico II de Prusia en 1794, lo que hizo Napoleón en 1804, lo que hizo el emperador de Austria en 1811 y lo que hicieron todos los estados modernos durante el siglo XIX y, nosotros, en 1855.

VI. CONCLUSIÓN

A través de nuestro estudio hemos podido apreciar que en los diferentes sistemas de derecho se da una suerte de ciclo de certeza-incerteza: los derechos de juristas y de jueces, inicialmente inciertos, se proporcionan determinados mecanismos para eliminar esa incerteza natural, pero, terminan por caer nuevamente en incerteza, esta vez permanente; el derecho legal, inicialmente cierto, por su parte, se provee de otros mecanismos para mantenerse en su certeza natural, aunque también termina por caer en incerteza, asimismo permanente. Esta incerteza permanente en que caen los derechos de juristas y el legal es finalmente superada, al menos en un plano histórico, por una legislación de nuevo cuño, que es la codificación, y es esto lo que explica que hoy día vivamos un sistema de derecho legal basado en la codificación.

Con todo, nos queda un último estadio de este ciclo, por el cual parece que hoy atravesamos, pues cabe, en efecto, preguntarse si el sistema de derecho legal que es la codificación, no ha entrado

a su vez en crisis de incerteza, en la medida en que los códigos se han visto superados por una nueva legislación plural, multiforme y discordante. En nuestro país baste considerar el número de tomos de que se compone la llamada *Recopilación de Leyes* editada por la Contraloría General de la República o el número de tomos de decretos-leyes dictados desde 1973 a 1980. Es evidente que el derecho codificado atraviesa por una crisis, y espero que el estudio antecedente nos ayude a la empresa de superarla.