

CURSO DE DERECHO CIVIL

Primera parte: Introducción al Derecho Privado

Enrique Barros Bourie

Nicolás Rojas Covarrubias

Apuntes de Clase
Segundo Semestre 2007

TABLA DE CONTENIDO

I. EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO	1
§1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES	1
§2. DERECHO PRIMITIVO Y DERECHO MODERNO	3
§3. DERECHO Y MORAL.....	6
a. <i>Dos sentidos de la moral</i>	6
b. <i>Diferencias entre el derecho y la moral social</i>	7
c. <i>Influencia de la moral en el derecho moderno</i>	8
d. <i>Los valores o bienes como criterios hermenéuticos</i>	9
e. <i>Derecho natural y derecho positivo: evaluación</i>	9
II. DIVISIONES DEL DERECHO.....	11
§4. DIVISIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.....	11
a. <i>Planteamiento</i>	11
b. <i>Criterios de distinción</i>	12
c. <i>Utilidad práctica de la distinción</i>	14
d. <i>Juicios críticos a la distinción</i>	16
e. <i>Tendencias actuales</i>	17
§5. SUBDIVISIONES DEL DERECHO	18
b. <i>Ramas del derecho público</i>	18
c. <i>Ramas del derecho privado</i>	24
d. <i>Ordenamientos mixtos</i>	27
III. EL DERECHO CIVIL	29
§6. NATURALEZA Y OBJETO	29
a. <i>Naturaleza</i>	29
b. <i>Objeto</i>	29
§7. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CIVIL.....	32
a. <i>Origen</i>	32
§8. EL CÓDIGO CIVIL CHILENO	33
a. <i>El movimiento codificador en Chile</i>	33
b. <i>Espíritu del Código Civil</i>	34
c. <i>Influencia del Código</i>	38
d. <i>Estructura del Código y reformas posteriores</i>	38
IV. FUENTES DEL DERECHO.....	40
§9. FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES.....	40
a. <i>Fuentes materiales</i>	40
b. <i>Fuentes formales</i>	41
V. LA LEY.....	44
§10. CONCEPTOS DOCTRINARIOS	44
§11. TIPOS DE LEYES ATENDIENDO AL CONTENIDO NORMATIVO	46
a. <i>Reglas potestativas y normas propiamente tales</i>	46
b. <i>Normas imperativas, prohibitivas y permisivas</i>	47
c. <i>Normas permisivas y normas dispositivas</i>	49
d. <i>Principio de autonomía privada</i>	50
e. <i>Principio dispositivo</i>	51
§12. TIPOS DE LEYES ATENDIENDO AL ÓRGANO DEL CUAL EMANAN	53
a. <i>Problemas de jerarquía</i>	54

§13. FUERZA OBLIGATORIA DE LA LEY	55
a. Vigencia.....	55
b. Presunción de conocimiento.....	56
§14. VIGENCIA DE LA LEY. EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO	59
a. Introducción: conflictos de leyes.....	59
b. Principios que rigen la iniciación de vigencia de la ley.....	60
c. Excepción al principio de la vigencia inmediata: <i>vacancia legal</i>	60
§15. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD: RETROACTIVIDAD	61
a. Doctrinas para determinar si una ley es retroactiva.....	62
b. Reglas de irretroactividad de la ley chilena.....	64
c. Comentario a las normas sobre efecto irretroactivo.....	68
d. Aspectos constitucionales.....	69
§16. TERMINACIÓN DE VIGENCIA DE LA LEY	69
a. Derogación.....	69
b. Cumplimiento de plazo o condición	71
c. Desuso	72
§17. EFECTOS DE LA LEY RESPECTO DE LAS PERSONAS.....	72
a. Principio.....	72
b. Aplicación extraterritorial de la ley chilena	73
§18. CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO.....	74
a. Planteamiento.....	74
b. Principio de territorialidad en el Código Civil	75
c. Ley aplicable a los Bienes	75
d. Otras disposiciones	76
e. Fuentes del Derecho Internacional Privado	77
§19. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY	78
a. Tendencias a limitar interpretación	78
b. Necesidad de la interpretación.....	78
c. Cánones interpretativos	80
d. Integración	82
VI. LA COSTUMBRE	83
§20. NOCIÓN DE COSTUMBRE	83
a. Eficacia de la costumbre	84
§21. TIPOS DE COSTUMBRE.....	85
a. Costumbre según ley.	86
b. Costumbre en silencio de ley (<i>praeter legem</i>).....	88
c. Costumbre contra ley	89
§22. VALOR DE LA COSTUMBRE EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO	90
§23. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE	90
a. La casación y la costumbre	91
VII. PRINCIPIOS.....	92
§24. FUNCIÓN LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS	92
§25. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CHILENO	93
§26. LOS PRINCIPIOS COMO FUENTE DEL DERECHO.....	94
§27. DIFICULTADES DE LA ARGUMENTACIÓN EN BASE A PRINCIPIOS	96
VIII. JURISPRUDENCIA	98
§28. ALCANCE DE LA SENTENCIA JUDICIAL	98
§29. FUNCIÓN LÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA: FUENTE DE AUTORIDAD.....	99
§30. FUNCIONES INSTITUCIONALES DE LA JURISPRUDENCIA.....	100
a. Desarrollo del derecho.....	100

b.	<i>Consolidación del derecho</i>	101
c.	<i>Fuentes bibliográficas</i>	101
IX.	DOCTRINA	102
§31.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	102
§32.	VALOR NORMATIVO	103
§33.	FUNCIONES DE LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL DERECHO VIGENTE	104
a.	<i>En la comprensión y precisión conceptual del derecho</i>	104
b.	<i>En el desarrollo del derecho</i>	104
c.	<i>En la consolidación del derecho</i>	105
d.	<i>En el control de las decisiones</i>	105

I. EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO

§1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES.

1. El derecho es una institución cultural, privativamente humana, como lo son también el lenguaje, el arte o la economía.

La particular naturaleza del hombre permite percibirlo desde una doble perspectiva. Por un lado, como un ser integrante de la naturaleza; como un tipo de animal dotado de una especialísima biología. Por el otro, como un ser que trasciende al mundo natural, capaz de crear cultura, orientado a lo justo y lo correcto por medio del uso racional de su libertad, característica que lo hace mirar a lo divino.

2. Los estudios provenientes de la biología del comportamiento y de la psicología nos muestran al hombre en sus diferencias específicas con los animales, de un modo mucho más escéptico que la metafísica tradicional.

En términos relativos, el hombre es constitutivamente débil, desde su nacimiento es un ser prematuro; su definición aún incompleta lo hace inepto para sobrevivir en forma independiente, vulnerabilidad que prolonga su niñez. Por otra parte, su comportamiento en relación con los otros hombres y con la naturaleza está dirigido por tendencias naturales (instintos) que adolecen de vaguedad (imprecisión), indiferenciación (cada instinto no tiene una función específica) y heterogeneidad (la cantidad de instintos es incomparable a la de otros animales). Así, a menudo es difícil precisar cuál es el instinto determinante de una acción. Incluso instintos muy definidos en otras especies, como el de apareamiento, no responde en el hombre sólo a inclinaciones propiamente sexuales, sino también a otras, muy heterogéneas entre sí, como comunicación, cobijo, poder, prestigio, emancipación.

Por la pobreza de su carga biológica, el hombre ha sido definido como un ser de carencias (Vid. GEHLEN). Pero, en contraste, tales carencias hacen posible que esté asimismo sometido a un exceso de impulsos, por lo cual podría ser también caracterizado como el ser de los excesos. Al estar sujeto el hombre a indefinidos y variados impulsos debe sobrellevar una carga de inseguridad e inestabilidad, que, en gran medida, es neutralizada por las instituciones, como el derecho.

3. También es posible encontrar en el ser humano otro orden de características por completo extraordinarias, que explican su lugar preponderante en el mundo natural.

El hombre posee una capacidad de apertura al mundo que le permite aprender y modificar su mundo exterior, siendo capaz de dirigir su conducta. Así, a pesar de sus deficiencias físicas, el hombre es capaz de adaptarse a los medios más diferentes. Por eso, ha sido definido desde esta perspectiva como “un especialista de la no especialización” (LORENZ).

A ello se agrega que el hombre posee el lenguaje, generado por una capacidad innata (su estructura biológica), llenada culturalmente. El lenguaje proporciona los medios y establece los límites de la comunicación, que, a su vez, permite la sociabilidad y la transmisión de la experiencia. Lo que somos lo debemos, en gran medida, a nuestra herencia, transmitida por el lenguaje y otras tradiciones, bajo la forma de instituciones como la moral, la costumbre y el derecho.

El hombre tiene además la capacidad de transformar y dominar sus instintos. Según FREUD la “domesticación de los instintos” se logra reorientando la energía que proviene de ellos, lo que es posible en razón de que el hombre posee la peculiaridad humana de ser capaz de desplazar el fin de un instinto sin que éste pierda su intensidad en el obrar (esta posibilidad constituye la “sublimación”).

Según la doctrina clásica de la moral, las pasiones pueden ser orientadas y controladas por medio de la virtud. Se parte de la base que el hombre es capaz de orientar sus impulsos por medio de su actividad espiritual. En definitiva, según la antropología clásica, la acción humana está bajo el control de la razón y la voluntad. A pesar de los embates del psicoanálisis y de la filosofía existencial contemporánea, esta capacidad humana de dirigir el comportamiento por reglas y máximas (esto es, de ser responsable de sus actos) sigue siendo un presupuesto del derecho.

4. Las debilidades y las fortalezas del hombre convergen en hacerlo asociativo. Es el ser más intensamente dependiente de la sociabilidad. Nuestro lenguaje y nuestra capacidad de aprender de la experiencia de los demás, nos permiten incorporarnos a formas de vida compartidas.

Estas formas de vida constituyen la cultura, que orienta las inclinaciones y llena los espacios que dejan vacíos los instintos. Ese es el rol de las instituciones, como el lenguaje, las costumbres, la religión, el estado y el derecho. [Ver Gehlen 91]

Es característica de las instituciones que si bien se apoyan en nuestras disposiciones naturales, su forma precisa es cultural, esto es, el resultado de la historia.

5. Las instituciones cumplen las funciones críticas de neutralizar nuestra inestabilidad estructural y de facilitar y potenciar la comunicación.

Por un lado, son el límite de la plasticidad e indefinición del hombre, neutralizando su inestabilidad estructural. Incluso el lenguaje corriente, con sus connotaciones valóricas y normativas, cumple esta función. Las instituciones nos liberan de la contingencia,

economizan esfuerzos y permiten el actuar creativo. Es la cultura la que nos enseña el camino para procurarnos el sustento y define las expectativas que recíprocamente podemos tener en nuestras relaciones. Las instituciones facilitan la comunicación, son una gramática de nuestra conducta en sociedad. El debilitamiento de las instituciones produce el efecto de dejar a la deriva nuestros instintos débiles e incoherentes. Por eso la idea romántica (Rousseau) de un "estado natural" feliz, en que no hay aún instituciones, es una utopía nostálgica, más que una realidad histórica.

6. El derecho es una de las principales instituciones normativas, y, por cierto, es la más eficaz y elaborada. Todos los pueblos han desarrollado instituciones normativas, pero sólo en épocas de elevado refinamiento se ha elaborado un orden diferenciado de la moral, las costumbres y la religión, como es típico del derecho moderno.

§2. DERECHO PRIMITIVO Y DERECHO MODERNO

7. Para entender el derecho moderno es conveniente atender a las formas sociales primitivas. Éstas presentan entre sí fuertes analogías en la manera de solucionar los conflictos, a pesar de sus grandes diferencias ecológicas y de la carencia de comunicación recíproca entre los diversos pueblos.

Tiene poco sentido la pregunta acerca de si los pueblos primitivos tienen o no "derecho". Es más conveniente limitarse a observar que existe un conjunto de instituciones sociales que presentan significativas diferencias con lo que hoy conocemos como tal.

Por otro lado, la comprensión de las instituciones jurídicas contemporáneas puede verse facilitada por las referencias que los etnólogos hacen de las instituciones típicas de ciertos pueblos primitivos. Por eso es conveniente analizar como una determinada sociedad primitiva resuelve problemas estrictamente jurídicos, como la protección de la vida, la propiedad o la familia.

8. Un ejemplo de esos análisis etnológicos es el realizado por E.E. EVANS PRITCHARD ("The Nuer", 1941) respecto al pueblo de los Nuer, establecidos en el norte de Sudán.

Este pueblo compuesto por quince tribus posee una estructura institucional típica en que la familia es la base de la organización y constituye su unidad económica y social y la sede de crianza de los hijos. Las relaciones se dan en forma exogámica al interior de la familia (efecto del tabú del incesto), pero en forma endogámica en la tribu. Dentro de la tribu la familia es una institución de protección, y las relaciones entre las familias de la tribu son por lo común de respeto recíproco. Por el contrario, no hay norma que regule las relaciones con terceros extraños a la tribu.

En cuanto a la ordenación social de la tribu, no existe una estructura de poder organizado; en otras palabras, no hay jerarquía. No existe organización política ni judicial. La única

instancia de protección es la propia familia y los conflictos son resueltos por la autocomposición; el crimen no es un asunto público. El restablecimiento del orden perdido sólo puede lograrse por la “ley del talión” que genera un derecho y un deber para la familia ofendida. La sanción del crimen grave en la vida o integridad física es la venganza de sangre de la familia de la víctima. De esta manera, la solución a los conflictos está en el desafío físico y las mayores virtudes son la habilidad física y la valentía.

Sólo en casos de violentos crímenes que amenazan la convivencia social interviene un sacerdote. Este acoge al ofensor en su choza (que constituye un recinto inviolable) y permite las negociaciones entre la familia de éste y la del ofendido. La solución para estos casos es generalmente favorecida por el transcurso del tiempo (que mediatiza las pasiones) y se materializa mediante compensaciones pecuniarias.

9. Es una falacia decir que los pueblos primitivos carecen de instituciones. Existe un conjunto de normas que mantienen codificado el comportamiento y que en su mayoría están amparadas por el mito y cuya observancia está soportada por el interés y por la presión social. En general, los pueblos primitivos poseen instituciones fuertes, que permiten dar protección a bienes fundamentales como la vida, la familia, la propiedad y el contrato.

En el interior de la tribu existen relaciones de reciprocidad y, por consiguiente, rigen reglas implícitas de justicia. Sin embargo, la moral y el derecho están indiferenciados y se carece de una organización política.

Este orden normativo (como cualquier otro) permite distinguir el actuar correcto del incorrecto. La regla es una forma común de calificar una conducta y desatenderla siempre trae aparejado algún tipo de sanción: sea la venganza, la composición económica o el aislamiento social del infractor.

10. Todas estas cuestiones son resueltas en una sociedad primitiva de un modo diferente que en una contemporánea. De ahí entonces surgen las características peculiares del derecho moderno.

Ante todo, en una sociedad moderna el derecho tiene una especificidad que no poseen las comunidades primitivas, donde la moral, la religión y el derecho convergen en un orden indiferenciado. El derecho moderno, expresado en términos sociológicos, ha pasado a ser un subsistema dentro de la sociedad, que tiene su propia lógica interna. Aunque inevitablemente está relacionado con la religión, la moral y la política, que influyen en sus contenidos, el sistema jurídico posee criterios autónomos de validación de normas. La diferenciación del derecho resulta ser una consecuencia de la creciente complejidad de la sociedad contemporánea (LUHMANN).

En el derecho moderno existe un poder público que monopoliza el ejercicio legítimo de la fuerza. Sólo el Estado (muy excepcionalmente los particulares, como el caso de legítima defensa) está autorizado, dentro de límites preestablecidos, para usar la fuerza. Por esto, las

penas y las ejecuciones civiles son aplicadas con el respaldo de la fuerza pública, única tenida por legítima.

En todas las sociedades modernas existe un poder público especializado en legislar, lo que permite introducir cambios y nuevas reglas a través de mecanismos expeditos y ciertos. Ello supone reglas de segundo grado, que no prescriben directamente conductas, sino que otorgan poder legal para dictar nuevas normas (HART).

La característica anterior produce, además, que el derecho moderno sea susceptible de rápida innovación y consolidación. Si las normas han sido dictadas conforme al procedimiento previsto pasan a ser legales. Para determinar su validez sólo secundariamente se atiende a su contenido. El derecho moderno recibe la legitimación del procedimiento empleado en su creación. Así, la ley vale porque ha sido aprobada de acuerdo a un procedimiento y sólo negativamente se controla su contenido por vía del control de constitucionalidad (LUHMANN). La estabilidad de las costumbres, que son la principal fuente normativa del derecho primitivo, genera, por el contrario, que su mutación sea lenta e imperceptible, no poseyendo mecanismos para el cambio.

La solución de los conflictos en el derecho moderno se debe a sofisticados mecanismos institucionales: reglas que atribuyen facultades a determinadas autoridades para resolverlos, reglas que definen procedimientos de solución y establecen sanciones para los ilícitos. El conflicto en el derecho moderno deja de ser un asunto privado, pues existe un interés general en que el derecho sea observado.

El derecho moderno presenta un grado creciente de racionalidad. La función de las instituciones en el derecho primitivo está amparada principalmente por el mito y la costumbre, que justifica su validez en sus ancestros y en una práctica asentada. La racionalidad se produce en diversas dimensiones:

- (a) Frente a la justificación mítica o consuetudinaria de las normas primitivas, el derecho de la modernidad se interroga críticamente acerca de la justicia del ordenamiento. Tal es el aporte de la tradición intelectual del derecho natural.
- (b) En el derecho moderno la forma como opera la regla es abstracta, sin considerar la particular situación a la que se aplica (tiempo, lugar y persona). La justicia tiende a ser un concepto formal, con el paliativo de la equidad (que sólo excepcionalmente atiende a las particularidades del caso). El derecho primitivo tiende, por el contrario, a ser singularizado y considera los más diversos detalles de cada situación.
- (c) El derecho moderno presenta un alto grado de desarrollo técnico. La necesidad de precisión en la redacción de las reglas ha llevado a que se haya desarrollado un lenguaje jurídico específico. Así, por ejemplo, el dominio se distingue de la posesión y los derechos que emanan de un contrato (de compraventa, por ejemplo) son créditos que pueden ser transferidos a terceros.

- (d) El derecho moderno suele tener un carácter puramente técnico o instrumental, en que las normas son dictadas para obtener beneficios sociales mediatos. Las regulaciones administrativas tienen típicamente este carácter: se establecen reglas urbanísticas, ambientales o de salubridad.

§3. DERECHO Y MORAL

11. Por estas circunstancias se plantea la pregunta acerca de la relación existente entre el derecho y la moral (entendida como aquello que es considerado valioso). En el fundamento del derecho hay consideraciones valóricas (como la protección a la dignidad de la persona, la sujeción de la autoridad a derecho y la buena fe). Sin embargo, el derecho también incluye normas eminentemente técnicas, sin otro apoyo axiológico que su eficacia (reglas de tránsito, normativa monetaria y cambiaria).

a. Dos sentidos de la moral

12. Las prácticas sociales y sus valoraciones implícitas que encierra toda cultura, contribuyen a configurar decisivamente nuestras preferencias y nuestra conducta. Hay, con todo, un ámbito interno y otro social en el que se desarrolla nuestro actuar. Por tanto, se pueden distinguir dos dimensiones del fenómeno moral, una interna y una social. La primera se asocia a la idea de virtud; la segunda a la de sociabilidad.

La moral tiene una dimensión interna que expresa la idea de autónoma: el precepto moral deviene en una máxima de conducta que el propio sujeto reconoce como criterio de su actuar. Es su manera de mirar al mundo y de definir un proyecto de vida que incluye la autoimposición de las máximas de conducta. En su formulación más abstracta, KANT señala que las máximas de conducta moral están regidas por el principio “actúa de tal manera que la libertad tuya sea compatible con la libertad de los demás según una ley universal”. En este terreno íntimo la acción es valorada por el sujeto atendiendo a su motivación. Por eso, una conducta que se adecúa externamente al precepto moral, pero que lo hace en razón de oportunismo o para evitar una sanción, carece de dignidad moral: no es la conducta externa lo prevalente en el juicio moral, sino el juicio interno que determina libremente y justifica la conducta¹.

En su dimensión social, la moral se expresa en las costumbres, que suponen un sentido compartido acerca de lo correcto. Ante todo, como en cada institución, la regla social de la moral tiene su origen en una práctica compartida como obligatoria o en un acto de legislación. En tal sentido, la regla se impone desde afuera; es heterónoma respecto de quienes deberán observarla. Además, su observancia se juzga en atención a la conducta externa, de modo que es indiferente la razón íntima que motiva el actuar. A pesar de ello,

¹ Así, la comparación entre la parábola del buen samaritano (Lucas 10, 25-37) y la sentencia *Donoghue (or M'Alister) v Stevenson*. House of Lords ([1932] AC 532, 1932 S.C. 31, All ER Rep 1).

las normas sociales de la moral y del derecho, atienden frecuentemente a la intención (que es inferida de actos externos), como ocurre cuando se distingue una muerte provocada por un accidente de la causada por homicidio o cuando se recurre a la intención para interpretar la ley o un acto jurídico (artículos 19 y 1560 del Código Civil). En analogía con lo anterior, el juicio moral íntimo no se agota en un puro razonamiento, sino que exige una conducta externa.

Lo que ocurre, más bien, es que sin interioridad y aceptación de la norma no hay juicio moral (en el sentido de la ética); a su vez, sólo cuando la regla tiene un carácter social, esto es, cuando configura expectativas de los demás respecto del comportamiento externo del sujeto, puede hablarse de una regla de derecho o de moral social.

De ello se sigue que el control y la sanción del comportamiento en las reglas sociales sea externo al sujeto. Lo peculiar del derecho es que en su caso el control social deviene en coactivo. El juicio moral va más allá, porque sería imposible si no hubiese conciencia, de modo que tiene esencialmente un elemento interior que se manifiesta en la conducta. Es la diferencia existente entre el correcto ciudadano y la persona virtuosa.

b. Diferencias entre el derecho y la moral social

13. El derecho moderno difiere de la moral social de un modo análogo a como se distingue del derecho primitivo, caracterizado precisamente por su indiferenciación respecto de la religión y de las costumbres.

Ante todo, existen diferencias formales entre el derecho moderno y la moral social (que han sido destacadas por H.L.A. HART). La sanción en el derecho está apoyada por la coerción (monopolización por el estado del uso legítimo de la fuerza). La moral social es un orden estático de normas, cuyo cambio es lento e imperceptible; por el contrario, el derecho moderno posee un enorme dinamismo al comprender reglas que han institucionalizado el cambio. En el derecho moderno existe un órgano al que se le encarga la solución de los conflictos (tribunales de justicia). Las normas jurídicas pueden ser redactadas en forma abstracta y en términos generales, otorgando certeza a las relaciones sociales. En definitiva, la moral y el derecho son órdenes que han llegado a tener una estructura formal diferente.

Más allá de estas diferencias formales, existen diferencias materiales en cuanto al contenido. Las normas morales valen en atención a su contenido; el derecho, en cambio, vale crecientemente en razón del procedimiento (KELSEN; LUHMANN). Lo justo puramente legal es aquello que en principio no importa que sea de una manera u otra, pero que una vez mandado sí importa (idea contenida ya en la “Ética a Nicómaco” de ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO [...]). Gran cantidad de las normas jurídicas son instrumentales, técnicas (como

las normas de tránsito o aduaneras). La moral, por el contrario, es el ámbito de lo que es exigido por ser materialmente correcto².

14. A pesar de ello, existe una antigua discusión acerca del papel de la ley civil en lo referente a la realización de ideales morales. Ya en el iusnaturalismo clásico, Santo TOMÁS DE AQUINO le atribuyó al derecho un papel limitado, pero decisivo. En el pensamiento jurídico de fundamento liberal el ámbito del derecho se ha restringido a lo necesario para compatibilizar las libertades, a fin de que cada uno pueda realizar su principio de autodeterminación (máxima del obrar ético en KANT). En esta perspectiva, la virtud pasa a ser de cada cual, debiendo la comunidad limitarse a crear las condiciones para que cada cual desarrolle su plan de vida.

La sociedad pluralista se basa en los principios de la libertad de conciencia y en la aceptación (incluso en la valoración positiva) de formas de vida diferentes entre sí. El uso de los medios coactivos del derecho es discutible en ámbitos de intimidad (como el consumo privado de drogas o la homosexualidad). Existe una tendencia en el derecho a despenalizar tales conductas, que pasan a ser controladas por el orden moral que surge espontáneamente en la sociedad o quedan entregadas a la conciencia personal.

De este modo se crea en la sociedad moderna una diferenciación del derecho y la moral que responde no solo a la tecnificación del estado, sino que también posee otra justificación: en la modernidad el pluralismo lleva aparejado que no se considere aceptable la represión coactiva, por medio del derecho, de aquello que es propio del desarrollo personal (incluido el ámbito de privacidad familiar).

c. Influencia de la moral en el derecho moderno

15. Los ideales morales relativos al perfeccionamiento del orden social tienden a adquirir forma legal. La doctrina moderna del derecho natural (que tiene uno de sus principales antecedentes la escolástica española del siglo XVI) planteó y desarrolló conceptualmente un modelo de derecho construido sobre la base de la autonomía de la persona para definir su propio ámbito de acción: para contratar, para casarse, para disponer de lo suyo, para realizar la actividad lícita que desee, todo bajo el supuesto de la responsabilidad personal. En suma, debido a cambios en la economía y la sociedad y a su propia fuerza de convicción tales ideales de igualdad ante la ley y de autonomía personal terminaron por transformarse en derecho positivo en el proceso codificador. Una evolución similar se produjo en el derecho anglosajón.

Lo mismo ocurre en el derecho público. El principio del gobierno sometido al derecho, que tiene antecedentes en la época medieval, es reformulado por el constitucionalismo moderno que establece en las garantías constitucionales un límite al poder público. Así, la idea de

² Sin perjuicio que la doctrina del derecho natural sostiene que en materias esenciales la ley humana debe responder a la ley natural.

dignidad básica de la persona constituye un límite material al dinamismo, antes referido, del derecho moderno: la disposición legal que atenta contra un derecho fundamental es ineficaz por inconstitucional.

Otros ámbitos en que se observa una fuerte influencia de ideas morales son los relativos a los conceptos de persona; promesas; buena fe; culpa; responsabilidad; obligación; daño y buenas costumbres, entre otros.

En definitiva, la estructura básica del derecho privado y del derecho público contemporáneos tiene su origen en diversos postulados morales que al momento de ser formulados no tenían aún reconocimiento jurídico positivo.

d. Los valores o bienes como criterios hermenéuticos

16. Por lo mismo, resulta errado entender todo el derecho como un mero conjunto inconexo de proposiciones normativas que definen deberes y derechos.

El núcleo del derecho público y privado se funda en bienes y valores que permiten entender sus normas y que estimulan su desenvolvimiento. Sin la idea de justicia el derecho es estéril.

Por eso, las ideas de lo justo y lo correcto no sólo actúan desde fuera del derecho, sino también desde dentro, en la forma de principios que son parte del sistema jurídico y que son aceptados como tales. Así, por ejemplo, el derecho constitucional tiene expresión positiva en una ley, como es la Constitución. Las reglas constitucionales que son muy pobres desde el punto de vista semántico; por ello, si no se atiende a principios como los de libertad, de igualdad y de interés general que a ellas subyacen, no se descifra su sentido. Lo mismo vale para el derecho privado: la formulación conceptual rigurosa tiene el respaldo de principios como el de autonomía, responsabilidad, buena fe y seguridad. Ejemplo de ello es que las normas básicas sobre efectos de los contratos posean un acento claramente moral (artículos 1545 y 1546).

Si se prescindiera de la idea de justicia el derecho carecería de unidad interna; sería un conjunto de prescripciones inconexas que no pueden ser objeto de interpretación que indague su sentido.

e. Derecho natural y derecho positivo: evaluación

17. La doctrina del derecho natural ha sido decisiva en la evolución del derecho al introducir un elemento de crítica racional del derecho vigente. Las ideas que han tenido éxito se han transformado en derecho positivo. Pero es sólo en razón de esta incorporación que tales ideas adquieren el carácter de instituciones. Las ideas sobre la ordenación del estado y la sociedad no pueden materializarse por sus propios medios: requieren de la transformación en principios y reglas de derecho reconocidas para asegurar su eficacia.

Por otro lado, acierta la perspectiva iusnaturalista cuando afirma que la comprensión de las más importantes instituciones jurídicas se produce a partir de los valores y principios que la sustentan. El derecho, como se ha visto, es una práctica social compleja, cuyas reglas no existen como meras prescripciones aisladas.

Pero usualmente las teorías del derecho natural van más allá. Suponen la existencia de un orden armónico y sin contradicciones de valores y de bienes que correspondería realizar en todo evento al derecho positivo. Este postulado tropieza con diversas dificultades.

En primer lugar, los fines, valores y preferencias se pueden encontrar en situación de conflicto o de pugna, que no es reconducible a un orden exento de contradicciones: en esta restricción radica la crisis de las utopías. Así como en el terreno personal existen proyectos de vida diferentes, que ponen énfasis en uno u otro bien, así también las sociedades deben establecer relaciones entre bienes que no responden a un orden lógico (necesario) de prelación. Baste para ilustrar esto el antiguo conflicto entre libertad e igualdad.

Por otra parte, el iusnaturalismo tiende a pensar que las instituciones responden a un designio atemporal, de modo que existiría algún método que garantiza la certeza permanente de los juicios acerca de lo que es justo. El valor de la experiencia y de la historia es usualmente ignorado en tales doctrinas. La actitud iusnaturalista es nostálgica de la unidad rota y está a menudo marcada por la utopía de restaurar un orden unívoco y objetivo. Una actitud más moderada, y más consistente con la antigua tradición de la razón práctica, no renuncia a las ideas de lo justo, lo útil y lo correcto, a pesar de que los juicios tienen siempre algo hipotético.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ARISTÓTELES, *Política*. Madrid: Editorial Gredos (1988) I, 1, 1252a, 45-53.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Barcelona: Editorial Ariel (1956 [1926]) 27-73
- GEHLEN, Arnold, *Antropología Filosófica*. Barcelona: Paidós (1993) 23-40; 87-95.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 163-191.
- KANT, Immanuel, *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1978) 52-58; 77-87
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1968) 193-228.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos (1988) 236-266.

II. DIVISIONES DEL DERECHO

18. En las ciencias naturales, tales como la zoología o la botánica, las clasificaciones logran una gran precisión al responder a caracteres del objeto claramente definidos. Así, en los clásicos modelos de LITTRÉ o de LINNEO no hay zonas grises: la clasificación aísla ciertos caracteres que permiten ubicar inequívocamente a cada sujeto dentro de su respectiva clase y especie, definidas en atención a peculiaridades precisas.

En el caso del derecho, en cambio, las distinciones rara vez tienen este carácter clasificatorio. Los conceptos y divisiones son generalmente tipológicos, esto es, operan sobre la base de analogías, suponiendo ciertas semejanzas, pero no logrando distinguirse por lo general de una manera exacta. Ello es producto, en parte, de que la ciencia del derecho se acerca más al lenguaje común que al formalizado, propio de las ciencias exactas. Esto, sin embargo, no implica que en la práctica las distinciones no resulten útiles para comprender y aplicar el derecho.

19. La primera división que puede hacerse en el derecho, y que es, por lo demás, la más amplia que pueda pensarse, es la que separa el derecho internacional del derecho nacional. Aquél se superpone a todos los ordenamientos nacionales, estableciendo reglas y principios que rigen las relaciones entre estados y fijando contenidos mínimos a respetar por cada uno de ellos, como ocurre en materia del derecho internacional de los derechos humanos. El derecho nacional, en cambio, es el derecho de cada país, que guarda su unidad o estructura propia, lo que permite diferenciar política y jurídicamente a un estado de otros.

Esta gran división del derecho es tema importantísimo para la filosofía del derecho y para el derecho internacional público, por lo que no será analizada en este curso. El derecho será analizado, por eso, desde la perspectiva de la división entre derecho público y derecho privado. Luego se hará referencia específica a las ramas de uno y otro y, especialmente, al derecho civil.

§4. DIVISIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

a. Planteamiento

20. El derecho nacional está constituido por un inmenso conjunto de disposiciones de la más diversa naturaleza. Ello es producto de que los más variados impulsos e instintos humanos

y las más diversas actividades de la vida diaria son objeto de normas jurídicas. Hay normas que regulan el ejercicio del poder público, que ordenan las relaciones al interior de la familia, que definen el funcionamiento de la economía, que regulan el tránsito y, así, otras que cumplen innumerables funciones.

Estas normas jurídicas obedecen a principios de ordenación diversos, se refieren a personas distintas y cumplen objetivos diferentes.

De la conveniencia de ordenar estas normas en grupos, definidos sobre la base de principios y criterios de ordenación, surgen las divisiones del derecho, de las cuales la principal es la que distingue entre derecho público y derecho privado, distinción elaborada por los juristas romanos, quienes llegaron a considerarla la *summa divisio* del derecho.

b. Criterios de distinción

21. Los criterios de distinción, no conducen, como se ha señalado, a resultados exactos, pero combinándolos adecuadamente pueden obtenerse soluciones relativamente evidentes y precisas. Los principales criterios para definir la naturaleza del derecho público y del privado son el interés de la norma, el sujeto destinatario y la naturaleza de la relación. A su vez, estos criterios suelen ser combinados entre sí.
22. Criterio del interés de la norma. En un texto recogido en el Digesto (Dig. I, 1) ULPiano define al derecho público como “todo aquello que interesa al estado de Roma”, y al derecho privado como “lo que se refiere o concierne a la utilidad de los individuos”. Conforme a esta clásica distinción, la diferencia reside en el interés que persigue la norma. Si el interés protegido por la norma corresponde a la comunidad en general o a su personificación jurídica, el estado, ella pertenece al derecho público. Si, en cambio, se refiere a relaciones entre particulares, corresponde al derecho privado.

Sin embargo, en esta clasificación cabe la duda si acaso puede sostenerse que alguna norma interese única y exclusivamente al particular, o bien, sólo al estado. Quizá en la Roma clásica era más inequívoca de lo que puede resultar hoy. En una sociedad donde existe multiplicidad de propósitos, derechos e intereses perseguidos por las normas, un postulado semejante resulta discutible. Así, por ejemplo, todas las normas de derecho privado que se refieren a la observancia de los contratos o las que garantizan la libertad de comercio aseguran la mantención de un régimen económico basado en el mercado y cumplen, por lo mismo, funciones públicas. De la misma manera, las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de las personas pertenecen al ámbito del derecho público, a pesar de ser incuestionable que su propósito es proteger los intereses de los particulares.

Ni el derecho público ni el derecho privado son asimilables estrictamente al interés individual o al general respectivamente; uno y otro cumplen funciones con implicancias tanto en el ámbito privado como en el público. Por ello, este criterio se ha mostrado demasiado equívoco como para fundamentar la distinción.

23. Criterio del sujeto destinatario de las normas. De acuerdo con este criterio el derecho público se aplica al estado y a las personas jurídicas de derecho público y, el derecho privado, a las personas privadas, sean éstas naturales o jurídicas (corporaciones, fundaciones, sociedades).

El artículo 547 inciso 2° del Código Civil hace una enumeración de las personas que al tiempo de su dictación se consideraban públicas: la nación, término con que se refiere al estado mismo; el fisco, que es el propio estado en cuanto ente patrimonial; las municipalidades; las iglesias y las comunidades religiosas, inclusión ésta justificada en la época en atención al entrecruzamiento entre la iglesia y el estado; y, los establecimientos que se costean con fondos del erario, mención bajo la que se engloban los restantes entes públicos personificados sean corporaciones o fundaciones (como, por ejemplo, la Universidad de Chile o las empresas públicas creadas por ley). A estas personas se referiría el derecho público.

Sin embargo, tanto el estado como los restantes entes públicos pueden ser partes de relaciones privadas: pueden convenir en algún contrato de compraventa con privados o pueden ocasionar daño a otros al prestar algún servicio, y esas relaciones están sujetas, por regla general, a normas de derecho privado. Es obvio que a ellas también se aplican normas de derecho público, porque para realizar cualquier acto todo ente público requiere de autorización legal previa y expresa (esto es, de un requisito sustancial) y de un procedimiento determinado para ejecutarlo (esto es, de un requisito procedimental).

No obstante esta reserva, que una norma se aplique a un ente público es un fuerte indicio de que pertenece al derecho público y viceversa. Sin embargo, tampoco es un criterio que permita separar excluyentemente estas dos ramas. En muchas relaciones jurídicas en que participan personas jurídicas de derecho público coactúan normas de derecho público y de derecho privado.

24. Criterio de la naturaleza de la relación. Una crítica fundamental al criterio anterior radica en que no sólo el sujeto determina las normas aplicables a cada caso, sino que lo que las define es el tipo de relación.

Así, aunque participen particulares si el tipo de relación es de subordinación, es decir, de poder o imperio, se rige por normas de derecho público. Por el contrario, cuando las relaciones son de coordinación, es decir, desarrolladas sobre el principio de igualdad jurídica, aunque intervengan en ellas entes públicos, están regidas por el derecho privado. Por eso las normas de derecho privado se limitan a establecer los efectos de las conductas de los sujetos, mediante normas preferentemente dispositivas y no imperativas.

No obstante, también se puede encontrar relaciones de subordinación en el derecho privado. La estructura familiar clásica recogida por el Código Civil se desarrolla bajo la noción de relaciones de subordinación: el marido debe protección a la mujer y a los hijos, a cambio obtiene su sumisión. El artículo 131 original del Código, hoy derogado, disponía

literalmente que el marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido. El art. 219, respecto de los hijos, recoge el mismo principio.

Asimismo, en el derecho laboral la posición del trabajador es por su naturaleza subordinada a la del empleador, aún cuando el origen de esta relación sea contractual (art. 3 del Código del Trabajo).

A la inversa, también en el derecho público existen relaciones de coordinación. En el derecho internacional público las relaciones entre los estados se estructuran sobre la base de su igualdad, sin ningún tipo de subordinación jurídica. En el derecho administrativo encontramos otros múltiples ejemplos, como los contratos de concesión, en virtud de los cuales se otorga a un particular la prestación de un determinado servicio público, y los acuerdos entre distintos órganos públicos (municipalidades, servicios centralizados) con miras a enfrentar problemas comunes (tránsito, contaminación, etc.).

Aún cuando es posible encontrar esas dificultades prácticas en la aplicación de este criterio, éste representa un significativo avance al atender a las distintas formas de actuación del derecho.

25. Combinación de los criterios del sujeto y de la naturaleza de la relación. Este criterio (cuyo origen lo podemos encontrar en la doctrina alemana reciente y que está siendo adoptado crecientemente) presenta una combinación de los dos criterios anteriores, y se ha mostrado como el más preciso para distinguir las relaciones en términos de derecho público o privado.

La regla general es que las relaciones sean de derecho privado. El derecho público es una división especial del derecho que tiene un objeto bastante definido: las relaciones en las que al menos una de las partes es una persona jurídica pública (como, por ejemplo, un órgano del estado) actuando en el ejercicio de una potestad pública.

La actuación pública del órgano del estado puede revestir dos formas diferentes: (a) la de autoridad que ejerce el poder público; o, (b) la de prestatario de un servicio público (salud, educación, caminos, etc.) directamente o a través de particulares. Ambas son relaciones regidas por el derecho público. Fuera de estos ámbitos las relaciones se rigen por el derecho privado.

Se deben agregar como parte del derecho público también aquellas normas que señalan la organización, las atribuciones y los procedimientos de actuación de los órganos públicos.

c. Utilidad práctica de la distinción

26. La principal utilidad que presenta esta distinción es que sirve para discriminar entre los principios y normas aplicables a cada ámbito de materias, que son distintas en cada caso y, en ocasiones, para determinar el tribunal competente para conocer de tales materias.

27. Principios. En cuanto a la posibilidad de actuar, el principio que rige en el derecho privado es el de la autonomía de las personas, llamado también dispositivo: las personas son libres para regir su conducta como deseen, a menos que una norma prohíba o mande algo distinto; sólo cuando las partes no han establecido por si mismas las reglas que han de regir sus relaciones, operan las leyes señalando las consecuencias de sus conductas en cuanto actuar libre.

Tradicionalmente este principio ha sido enunciado diciendo que en derecho privado se está autorizado a todo cuanto no esté expresamente prohibido. Esta lógica dispositiva de las normas de derecho privado aparece explícita en artículos del Código Civil, tales como los artículos 12, 1545, 1587 y 1588. El primero de ellos señala el principio rector de las relaciones privadas: pueden renunciarse los derechos que sólo miren al interés individual del renunciante (un plazo, la propiedad de una cosa, etc.) con tal que su renuncia no esté prohibida. El art. 1545 contiene el principio de libertad contractual en virtud del cual lo que pacten las partes privadamente vale con la misma fuerza obligatoria de la ley. La primacía de lo que se acuerda privadamente se muestra en que las normas del derecho privado son, por regla general, dispositivas, esto es, pueden ser sustituidas por convenciones privadas (véanse, por ejemplo, los arts. 1587 y 1588, que son aplicaciones de estos principios al disponer en forma precisa el lugar donde debe ser hecho el pago por el deudor al acreedor, pero agregando, que tales reglas legales pueden ser modificadas por la voluntad de las partes).

Por el contrario, en derecho público rige el principio exactamente inverso: el de vinculación. Los órganos que actúan bajo el derecho público sólo pueden hacerlo ciñéndose a las facultades que la Constitución y la ley les señalan. Lo establece el artículo 7º de la Constitución Política, que indica que “los órganos del estado actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”, y que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. Este principio que se encuentra recogido a su vez por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575, artículo 1º).

A partir de este principio de vinculación se estructura un especial tipo de relación con el estado, que se conoce con el nombre de “estado de derecho”, que exige que los órganos del estado estén sujetos a la Constitución y la ley, tanto en su organización como en sus atribuciones y actuación.

28. Normas aplicables. En derecho privado, la legislación común es el Código Civil. A ello se agrega el Código de Comercio y el del Trabajo y numerosas otras leyes especiales, como, por ejemplo, las leyes de propiedad intelectual y las que tratan ciertos contratos en particular.

En derecho público, además de la Constitución Política, no existe propiamente un código que se encargue de regular la actividad del estado. Por eso, a las relaciones de derecho

público resultan aplicables, además de la ley fundamental, las leyes que establecen la organización y el funcionamiento de los órganos públicos y que establecen las normas especiales de derecho administrativo.

29. Tribunal competente. En el derecho comparado la distinción usualmente sirve también para determinar la competencia de los tribunales llamados a conocer de un determinado asunto.

En Chile, la existencia de tribunales especializados en materias de derecho público no ha pasado de ser un mero anhelo programático que se planeó ya con la Constitución del año 1925 y que fue reiterado en el texto original de la de 1980. Junto con diversas otras reformas constitucionales, el año 1989 se modificó la norma sobre tribunales de lo contencioso administrativo, quedando en la actualidad entregados estos asuntos a los tribunales ordinarios de justicia (artículo 38). Naturalmente ello no obsta a su eventual creación futura.

En el mes de febrero de 1995 se dictó una ley que prescribe el funcionamiento de la Corte Suprema en salas especializadas. Complementando esta disposición, la misma Corte dictó en marzo de ese mismo año un auto acordado³ que dispuso que una de sus salas se encargue exclusivamente de los asuntos de derecho constitucional y público⁴.

d. Juicios críticos a la distinción

30. Una de las más poderosas críticas a esta división entre derecho público y privado ha provenido de parte de la teoría pura del derecho (KELSEN), para la que en última instancia todo el derecho es estatal, ya que se apoya en el monopolio del estado para el empleo legítimo de la fuerza. Sostiene, por otra parte, que la distinción es meramente ideológica, al insinuar que existen ciertas áreas sometidas exclusivamente a la autonomía de las personas, substraídas del alcance estatal. El propio contrato tendría un componente público, pues tiene su fuerza obligatoria en una atribución de competencia que la ley da a los particulares y porque el estado ampara por la fuerza su observancia en caso de incumplimiento.

Otra crítica apunta a que el derecho es una unidad y todas las normas están interconectadas, de suerte que confluyen frente a un mismo tipo de casos. Pretender una separación de conjuntos de normas sería imposible. Piénsese, por ejemplo, en la serie de implicancias, tanto en el orden administrativo, como en el tributario, el cambiario o el meramente civil que pueden traer las actividades de un inversionista extranjero.

31. Las críticas apuntan, empero, en una dirección equivocada: el problema reside en que la distinción es puramente instrumental a los fines que hemos visto. Nos muestra las maneras alternativas en que puede estar estructurada la sociedad: en torno a principios dispositivos de derecho privado, que dan lugar a relaciones espontáneas o de mercado, o bien, en torno a

³ Norma general emanada de la propia corte.

⁴ Las demás salas se encargan de conocer asuntos civiles, penales y laborales-previsionales.

principios imperativos, sobre la base de normas de derecho público, que están asociadas a la idea de planificación.

e. Tendencias actuales

32. La primera parte de este siglo estuvo marcada por una tendencia permanente a la adquisición de caracteres públicos por las normas de derecho privado. JOSSERAND llamó esta tendencia “publicización del derecho privado”: el estado va creando un número creciente de regulaciones para dirigir las relaciones de derecho privado (por ejemplo, fijación de precios, prohibición de ciertos actos, fijación de cuotas de producción, restricciones a las importaciones, etc.), con el resultado de que se ponen límites a la autonomía de las personas por medio de normas imperativas. Ello ocurre, desde luego, en una economía planificada, como lo fueron las economías de la Europa oriental, Cuba o Corea del Norte, donde el principio dispositivo cede ante las normas imperativas dictadas por el Estado. Pero también se plantea, en menor escala, en una economía fundada en torno al derecho privado.

En el último tiempo se ha producido un vuelco hacia la economía de mercado, lo que supone una revitalización del derecho privado. Pero éste ha venido acompañado de un nuevo orden de normas cuyo fin no es ya dirigir la economía en función de un plan preconcebido, sino ordenarla haciendo posible las transacciones con la mayor fluidez y transparencia. Así, por ejemplo, este fin las normas sobre libre competencia, sobre mercado de valores, sobre protección de consumidores. De alguna manera se sitúa detrás de este fenómeno la idea kantiana de que para gozar de la libertad, un sistema de derecho tiene que establecer reglas que la hagan compatible con la libertad de los demás.

Paralelamente se ha ido desarrollando un fenómeno de “privatización del derecho público”. Por un lado, en el derecho público contemporáneo tienen cada vez mayor importancia las garantías de libertad y los derechos que las personas pueden hacer valer incluso contra el estado. Es una tendencia que resalta lo privado como límite y orientación de lo público. Por otra parte, la prestación de los servicios públicos ha pasado a efectuarse frecuentemente por medio de mecanismos del derecho privado, limitándose el estado a resguardar la participación de las personas en ciertos bienes y derechos sociales mínimos. Ello no sólo se logra mediante prestación de tales servicios en forma directa (como servicios públicos prestados por el estado o sus órganos), sino también en forma indirecta, delegando el cumplimiento de esta función en entes particulares, como los servicios educacionales municipales que pasan a ser otorgados por medio de corporaciones, o los servicios previsionales por medio de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). La provisión de estos servicios queda entregada a normas de derecho privado, pero el estado conserva la función de garantizar su prestación por medio de disposiciones de orden público que las regulan (Véase, por ejemplo, el D.L. N°3.500 sobre régimen provisional).

33. A pesar de su imprecisión, la distinción entre el derecho privado y el público sigue siendo la más importante en nuestra tradición jurídica: expresa distintos modos de actuación del derecho, que están sujetos a diferentes principios de ordenación: El derecho privado es el

orden de las relaciones que pueden ser estructuradas por medio de actos no sujetos, en principio, a normas inexcusables; por el contrario, el derecho público establece un orden de relaciones vinculadas por la ley, en términos que sólo es lícito realizar lo que la ley autoriza.

Ello no obsta a que en una misma relación pueden intervenir, desde distintos puntos de vista, normas de ambos órdenes. Así, por ejemplo, la compraventa de un departamento es típicamente un acto sujeto al derecho privado; sin embargo, en la relación intervienen indirectamente normas de orden público que establecen los requisitos para que el contrato resulte válido (recepción final del edificio por la respectiva municipalidad), que otorgan beneficios tributarios (por ejemplo, el DFL N°2, de 1959) o que otorgan subsidios públicos para la adquisición de viviendas.

§5. SUBDIVISIONES DEL DERECHO

34. El siguiente es un esquema general de las distintas ramas del derecho:

Derecho Público	<ul style="list-style-type: none">▪ Derecho Constitucional▪ Derecho Administrativo▪ Derecho Penal▪ Derecho Financiero▪ Derecho Internacional Público
Ordenamientos Mixtos	<ul style="list-style-type: none">▪ Derecho Económico▪ Derecho Procesal
Derecho Privado	<ul style="list-style-type: none">▪ Derecho Civil▪ Derecho Comercial▪ Derecho del Trabajo▪ Derecho Internacional Privado

b. Ramas del derecho público

35. La doctrina tradicional ha convenido en que las principales ramas del derecho público son el derecho constitucional, el administrativo, el penal, el financiero y el internacional público. El derecho procesal y el derecho económico conservan algunas características mixtas.

36. Derecho Constitucional. Desde un punto de vista formal, entendido el derecho como un sistema jerarquizado de normas, la Constitución es la ley fundamental del estado, la norma positiva de mayor jerarquía en el sistema. Ninguna norma inferior debe entrar en contradicción con ella.

Materialmente la constitución contemporánea (cuyo modelo original es la de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787) consta de dos partes que cumplen dos funciones diferentes: una parte orgánica que establece los órganos fundamentales del estado, sus atribuciones y procedimientos de actuación, y una parte normativa que señala cuales son los derechos fundamentales de las personas.

- (a) La *parte orgánica* es el estatuto del poder del estado: establece sus órganos, competencias y los principales procedimientos (por ejemplo, para la formación de las leyes).

La Constitución vigente define y organiza los poderes públicos, les atribuye sus competencias fundamentales y determina los modos de selección de sus autoridades. En nuestra democracia constitucional tales poderes públicos son el electorado, el poder constituyente, el parlamento (Congreso Nacional), el ejecutivo (Presidente de la República y órganos del Gobierno), y el poder judicial. Todos ellos están definidos extensamente por la Constitución.

Además, la propia Constitución enuncia y establece los principios de organización de otros órganos del estado: la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales, el Banco Central, el Consejo de Seguridad Nacional y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad y las instituciones del gobierno y administración regional, provincial y municipal.

La Constitución se refiere en esta materia a las reglas fundamentales del funcionamiento del Estado. Esta estructura básica es complementada por leyes especiales, normalmente con rango orgánico constitucional, que requieren un quórum especial de aprobación (Leyes Orgánicas Constitucionales o L.O.C.): L.O.C. del Congreso Nacional, L.O.C. de Bases Generales de la Administración del Estado, L.O.C. del Banco Central, L.O.C. de Municipalidades, Código Orgánico de Tribunales, entre otras.

La parte orgánica de la Constitución determina las reglas básicas de la organización del poder, es decir, si el régimen es democrático o dictatorial; distribuye facultades, poderes y competencias entre los poderes públicos, estableciendo el régimen político, que puede ser presidencial, si el gobierno recae en manos del Presidente de la República quien tiene el control sobre el gabinete, sin que pueda el Parlamento impugnarlo sobre la base de censuras o votos de desconfianza; semi-presidencial, si el Presidente ejerce la jefatura del estado y además posee funciones de gobierno, pudiendo designar al gabinete, pero conservando el Parlamento la posibilidad de censurarlo o aprobarlo; o, parlamentario, si el gobierno es ejercido por un gabinete a cuya cabeza se encuentra un Primer Ministro, quien debe contar con el apoyo mayoritario del Congreso, al menos al entrar en ejercicio, pudiendo el Parlamento censurar en cualquier momento al gabinete si no cuenta con su confianza. En este

régimen el Jefe de Estado (Presidente o Rey) carece de funciones de gobierno, mas tiene funciones de representación pública del estado, y puede proponer al Primer Ministro.

La Constitución también determina las formas de Estado, que puede variar en atención a la mayor o menor autonomía territorial en la toma de decisiones políticas, pudiendo ser federal, si se compone de unidades políticas autónomas y autogobernadas que sólo en materias fundamentales están organizadas centralizadamente (EEUU, Alemania, Brasil, Argentina, etc.); o, unitario, si la administración interior del estado está a cargo de funcionarios designados por el poder central, de suerte que hay sólo un centro de decisiones políticas (en Chile, los intendentes regionales y los gobernadores provinciales son funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República).

- (b) La *parte normativa* de la Constitución constituye el núcleo de la tradición constitucionalista clásica en cuya virtud se establecen restricciones y limitaciones al ejercicio del poder, el que queda sometido al derecho. El poder deja de ser un concepto neutral abierto a cualquier fin y carente de limitaciones, sino que se busca una cierta justificación espiritual, moral o ética a la potestad pública.

La parte normativa de la constitución incluye garantías formales y materiales. La principal garantía formal es el principio del estado de derecho en virtud del cual se establece la sujeción de todos los órganos del estado a la Constitución y a la ley. En la Constitución estos principios están tratados en su Capítulo I, llamado Bases de la Institucionalidad (especialmente, artículos 6° y 7°).

Desde un punto de vista material la Constitución establece garantías constitucionales, que son derechos sustantivos o materiales que se reconocen a las personas. Se encuentran enumerados en el art. 19 de la Constitución, cuyo enunciado expresa: “La Constitución asegura a todas las personas (...)”, sin hacer discriminación alguna entre chilenos y extranjeros, hombres o mujeres, ni entre categorías o grupos de personas. El estado reconoce como límite a su poder este conjunto de derechos (artículo 5°).

En el constitucionalismo clásico estos derechos fundamentales importan una garantía de la dignidad de la persona considerada como individualidad, están concebidos como inmunidades, es decir, como ámbitos de libertad y autonomía inviolables por el estado. Operan de una manera negativa: ni el estado ni los particulares pueden pasarlos a llevar, aún cuando se pueda regular los efectos de su ejercicio. Así, en el caso de la libertad de expresión (19 N°12) nada impide que quien ofenda a otro sea sancionado con una pena y eventualmente con una indemnización civil por el delito de injurias que cometa. Las principales inmunidades o libertades son el derecho a la vida (19 N°1); a la igualdad ante la ley (19 N°2, 19 N°17, 19 N°22); a las libertades personales (19 N°7); a la honra y a la intimidad (19 N°4); a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (19 N°5); la libertad de conciencia y culto (19 N°6); el debido proceso (19 N°3); la libertad de enseñanza (19 N°11); la libertad

de opinión y de expresión (19 N°12); la libertad de reunión (19 N°13); el derecho de petición (19 N°14); la libertad de asociación (19 N°15); la libertad de trabajo (19 N°16); la igualdad en la aplicación de tributos (19 N°20); la libertad de desarrollar actividades económicas lícitas (19 N°21); y el derecho de propiedad (19 N°24 y 19 N°25).

En el constitucionalismo contemporáneo la Constitución comprende una segunda generación de derechos fundamentales que no responde a la lógica de las inmunidades. Las garantías de la persona aparecen aquí como expresión de la expectativa de todas las personas de llevar una vida digna, generando los llamados derechos sociales: el derecho a la educación (19 N°10), a la salud (19 N°9), a la previsión (19 N°18). Estas garantías no suponen prestaciones negativas del estado, sino positivas, que tiendan a la realización de esos bienes. A diferencia de las libertades, los derechos sociales rara vez pueden ser reconocidos imperativamente por los tribunales: su eficacia está restringida por la disponibilidad presupuestaria del estado. Tienen un carácter más bien programático que jurídico, pues indican a los gobiernos los planes que deben seguir, en cuanto se elevan a nivel constitucional ciertas necesidades públicas. El estado puede delegar el cumplimiento de estos cometidos en personas privadas, como en el sistema de pensiones (AFP) o el régimen privado de salud (Isapres).

Desde otra perspectiva, los derechos sociales pueden servir, además, como parámetro o criterio para interpretar la Constitución.

Parte de la doctrina se refiere a una tercera generación de derechos, concebidos como derechos del género humano en su conjunto. Nuestra Constitución comprende solamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8). Con todo, este derecho no está concebido en la Constitución en términos abstractos, sino como garantía individual: es la persona afectada quien puede reclamar este derecho; no es una garantía establecida en beneficio de la comunidad (humanidad presente o futura) y menos aún supone (como también se ha propuesto) transformar a la naturaleza en sujeto del derecho.

La Constitución también señala las principales acciones judiciales para hacer valer estas garantías o derechos:

- (i) *Recurso de amparo* (art. 21): Conocido en el derecho comparado como habeas corpus, tiene por objeto que los tribunales ordenen asegurar la debida protección del afectado por arresto, detención o prisión que infrinja la Constitución o la ley, o por cualquier acto que comporte amenaza, privación o perturbación ilegales al ejercicio del derecho a la libertad personal o a la seguridad individual.
- (ii) *Recurso de protección* (art. 20): Permite que cualquiera persona afectada (u otra en su nombre) recurra ante la Corte de Apelaciones respectiva pidiendo

protección frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarios, que amenacen, priven o perturben el ejercicio legítimo de los derechos a que se refiere el art. 20, y que son, por regla general, los que presentan el carácter de inmunidades (vida e integridad física, igualdad ante la ley, legalidad de la pena, honra e intimidad, libertad de conciencia y culto, libertad de expresión, de reunión, de asociación y sindicalización, derecho de propiedad, derecho a desarrollar actividades económicas, etc).

Establecido como una ampliación del recurso de amparo a otros derechos distintos a la libertad personal, se ha mostrado como un recurso extraordinariamente flexible, por el cual los particulares pueden hacer valer sus garantías constitucionales tanto frente al estado y sus órganos como frente a otros particulares. Gracias a la acción (recurso) de protección se ha ido desarrollando una profunda ampliación de las garantías constitucionales a las relaciones privadas, más allá de las clásicas relaciones del estado con los particulares. Esta intervención de normas constitucionales en ámbitos privados ha sido considerada como una forma de publicización del derecho privado. Sin embargo, sólo se trata de una solución de emergencia, en sede constitucional, de problemas privados típicos (cuestiones de vecindad, propiedad privada, contratos, etc.), lo que ha llenado, gracias a la amplitud con que está diseñado el recurso de protección, vacíos de las acciones propiamente civiles.

- (iii) *Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (art. 93 N°6): Persigue que el Tribunal Constitucional declare inaplicable en un caso particular, respecto del que existe una gestión judicial pendiente, un determinado precepto legal que se pretende inconstitucional. Puede interponerse en cualquier estado del juicio, y dependerá del Tribunal si se suspende o no la tramitación de éste.
- (iv) *Control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional* (art. 93 N°s 2, 3 y 4): El Tribunal Constitucional ejerce un control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, impidiendo que lleguen a transformarse en ley. La potestad del Tribunal se extiende a otros actos normativos, como decretos y DFL.

37. Derecho Administrativo. El derecho administrativo se refiere al ejercicio concreto del poder. Es una rama que está en relación de especialidad con el derecho constitucional; específicamente con su parte orgánica: es el derecho común (general, a falta de norma especial) de la administración pública. Define como se organizan, como actúan y como responden los órganos de la administración del estado.

Puesto que la Constitución sólo establece la estructura más básica de la administración, queda entregada a la ley la complementación de sus preceptos (así, la L.O.C. de Bases Generales de la Administración del Estado).

Una de las tareas más importantes del derecho administrativo contemporáneo es dar forma al principio abstracto del estado de derecho, en cuya virtud los titulares del poder político deben someter su actuar a la Constitución y la ley y no tienen otras atribuciones que las que expresa y formalmente les haya conferido el ordenamiento (principio de legalidad o juridicidad). Además, se preocupa de la responsabilidad del estado por los daños que cause en derechos ajenos a consecuencia de su actuar antijurídico (principio de responsabilidad) y de la forma como se relaciona la administración con otros órganos públicos y con los particulares (contratos administrativos).

38. Derecho Financiero. Es una rama del derecho administrativo relativa al manejo de las finanzas públicas. Comprende tanto las normas sobre tributos (cuánto y cómo recauda el estado los impuestos), así como las normas financieras propiamente tales (cómo se gasta). La primera área da lugar al derecho tributario y la segunda al presupuestario.
39. Derecho Penal. La ciencia penal acostumbra conceptualizar al objeto de su estudio como “el conjunto de disposiciones que reglan las condiciones para la aplicación de las penas o de medidas de seguridad o rehabilitación” (Juan BUSTOS).

La aplicación de penas está justificada en atención a un requisito de culpabilidad en el sujeto delictual. Las medidas de seguridad están afinadas en la idea del riesgo que comportan para la sociedad conductas de esta naturaleza o a la falta del requisito de culpabilidad (menores de edad, dementes). Unas y otras no difieren sustancialmente, y en general los bienes jurídicos que pueden ser afectados por medio de su imposición son los más cercanos al hombre: su vida (en los lugares donde no se ha abolido la pena capital), su libertad o su patrimonio.

El monopolio del estado sobre la fuerza física aparece en esta área del derecho más claro que en cualquier otra. El derecho penal establece relaciones de subordinación entre el estado y los individuos, y ejerce su coacción en los bienes más valiosos para una persona. Es por estas razones que tradicionalmente ha sido considerado como una rama del derecho público.

Sin embargo, visto desde la perspectiva de la forma en que ordena conductas, también presenta elementos del derecho privado: la función que cumple el derecho penal, más que orientar comportamientos de acuerdo a una planificación definida por la autoridad, consiste en una ordenación de las conductas que hace posible el juego recíproco de libertades: el derecho penal puede favorecer la ordenación espontánea de las conductas, estableciendo límites a la libertad de unos para que tal ejercicio no interfiera en la libertad de los demás (KANT).

40. Derecho Internacional Público. Su objeto de regulación es relativamente definido: (a) ordena las relaciones entre los estados; (b) establece organizaciones internacionales; y, (c) determina ciertos derechos de las personas que pueden hacerse valer frente a cualquier estado.

El derecho internacional público ha sido objetado en cuanto a su naturaleza jurídica al carecer de un régimen neutral y eficiente de sanciones: todas las presiones que puedan ejercerse (embargos económicos, bloqueos, etc.) son de eficacia más bien limitada. Sus normas resultan, por lo mismo, más bien programáticas que jurídicas. Sin embargo, permite discriminar entre lo que son conductas correctas y repudiables, lo que sumado a la incipiente aparición de tribunales con jurisdicción internacional, basta para considerarlo genéricamente como derecho.

Otro de los problemas básicos que afectan al derecho internacional se refiere a la eficacia de sus normas en relación con las normas del derecho interno. Las soluciones tentativas a estos problemas varían desde la vigencia automática del derecho internacional en el derecho interno (doctrina de la supremacía del derecho internacional) hasta la doctrina de la incorporación por acto voluntario del estado de las normas internacionales al derecho interno (doctrina de la supremacía del derecho interno).

En cuanto a su sistema de fuentes, difiere bastante del derecho interno de cada país: la fuente formal clásica del derecho internacional es la costumbre a la que se agregan los principios generales del derecho observados por las naciones civilizadas (Estatutos de la Corte Internacional de Justicia). Sin embargo, la fuente positiva internacional de mayor importancia es el tratado. Este presenta la forma de un contrato internacional sujeto al principio *pacta sunt servanda*. Sólo las organizaciones internacionales tienen algo similar a una legislación que se impone a los estados, como el caso de la Unión Europea.

c. Ramas del derecho privado

41. Derecho Civil. Constituye el núcleo central del derecho privado. Es un derecho general, en cuanto es aplicable a todas las personas prescindiendo de sus circunstancias peculiares, y un derecho común, por cuanto se aplica a la generalidad de las relaciones, a menos que exista un ordenamiento o estatuto especial. Por lo mismo es supletorio: rige a falta de una norma especial diversa, como lo son las del Código del Trabajo o del Código de Comercio.

El derecho civil regula las relaciones de los individuos desde el nacimiento hasta la muerte, tanto en su vida familiar, como en el ámbito económico. Por eso, es la más general y amplia de las ramas del derecho y constituye el ordenamiento básico de nuestra tradición jurídica. Sin embargo, de su estructura originaria se han desmembrado algunas ramas específicas, subsistemas especiales del derecho privado, como el derecho comercial o el derecho del trabajo.

42. Derecho Comercial. Sus orígenes deben vincularse a la actividad profesional de los comerciantes. El derecho comercial aparece originalmente como el derecho estatutario de los comerciantes. Bajo la influencia liberal su carácter netamente profesional cede paso a una naturaleza más objetiva (en oposición a un estatuto personal) de un derecho que rige ciertas actividades: los actos de comercio.

El derecho comercial regula los actos de comercio (enumerados en el art. 3° del Código de Comercio) y además se encarga de regir la actividad de los comerciantes, entendidos como los que hacen de los actos de comercio su profesión habitual (Código de Comercio, art. 7°). La noción jurídica del comercio excede a una noción meramente económica (actividad de intermediación de mercaderías), abarcando actividades de carácter industrial, de transportes, de seguros, de bancos, negocios bursátiles, e incluso la emisión y circulación de los títulos de crédito y otros valores (letras de cambio, pagarés, acciones).

El carácter especial del derecho comercial se encuentra refrendado por la existencia de un Código de Comercio paralelo a la legislación civil. Sin embargo, el derecho civil, como derecho común y general, sigue rigiendo supletoriamente: en lo no regulado especialmente por el Código de Comercio rigen las normas generales del Código Civil (Código de Comercio, art. 2°).

43. Derecho del Trabajo. El Código Civil no contiene una ordenación detallada de las relaciones de trabajo: sólo las regula a propósito de dos contratos: el arrendamiento de servicios inmateriales, y el arrendamiento de obra material, regidos por el principio de la igualdad jurídica de las partes, de acuerdo con los principios generales del derecho de los contratos.

Con el correr del tiempo el derecho del trabajo se ha transformado en un ordenamiento autónomo que obedece a principios de protección que modifican los tradicionales principios de libertad e igualdad formal. Las peculiaridades que presenta, que justifican su independencia, atienden a tres órdenes de materias:

- (a) Existen, por una parte, una serie de normas de *orden público de protección*, normas irrenunciables establecidas por la ley que fijan un contenido mínimo al contrato de trabajo y que no pueden ser dejadas sin efecto por medio de negociaciones entre la empresa y los trabajadores, salvo en cuanto sea para mejorar los derechos de los trabajadores. Ejemplos de estos derechos irrenunciables por los trabajadores son el salario mínimo, los horarios máximos de la jornada de trabajo, las cotizaciones obligatorias de seguridad social, las indemnizaciones por accidentes del trabajo, los plazos de desahucio, el pago de las indemnizaciones por años de servicio, el régimen de feriado o vacaciones, el descanso dominical, etc.
- (b) En segundo término, hay *mecanismos de negociación del contrato de trabajo* que no se encuadran en el sistema tradicional del Código Civil (en que los contratos son negociados individualmente): la negociación colectiva, por medio de la cual un sindicato o un grupo de trabajadores negocia como una sola parte con el empleador, de modo que el contrato colectivo que se suscriba pasa a incorporarse a los contratos individuales de los trabajadores.
- (c) Por último, el estado interviene en la relación laboral por medio de un *ente fiscalizador de la ley*, garante de los derechos mínimos de los trabajadores. Esta

institución es la Dirección del Trabajo. De este modo, el derecho del trabajo cuenta, además, con un componente de derecho administrativo.

A todo lo anterior se agrega la existencia de una *jurisdicción especial* para materias laborales (tribunales del trabajo), sin perjuicio de que a nivel de tribunales superiores (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) los asuntos laborales estén sujetos a jurisdicción común.

44. Derecho Internacional Privado. El derecho internacional privado está tradicionalmente llamado a resolver los conflictos de leyes; es una sección del derecho privado integrada por un conjunto de reglas que definen el derecho que resulta aplicable a relaciones jurídicas que presentan factores de conexión internacional. Los factores de conexión constituyen criterios que permiten definir la aplicación de un determinado derecho nacional (nacionalidad, domicilio, ubicación de los bienes, lugar de ejecución del contrato, etc.) en asuntos que interesan a más de un ordenamiento.

Sus reglas son meramente atributivas: determinan el ordenamiento llamado a resolver un asunto determinado, con prescindencia de la regulación substantiva de éste. En circunstancias que cada estado tiene su propio sistema de derecho internacional privado, pueden surgir problemas de concurrencia de normas (en tanto los derechos nacionales respectivos elijan distintos factores de conexión para resolver un cierto tipo de asuntos). Así, por ejemplo, la sucesión se rige en Chile por la ley del último domicilio del causante (art. 955), mientras es usual que en países con fuertes migraciones (Italia, España), la ley aplicable sea la de la nacionalidad. Por ser el derecho internacional privado una tarea internacional que cada estado emprende por su cuenta (FERID) se plantean usualmente conflictos entre las propias normas de conflicto de leyes. Para ello se ha desarrollado un amplio cuerpo de doctrina jurídica.

En Chile, las principales normas sobre derecho internacional privado se encuentran en el Código Civil. Además Chile ha ratificado el tratado que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante, en reconocimiento a su autor, un jurista cubano). Con todo, la ratificación fue efectuada con la reserva de que por sobre ese código prevalecería la legislación interna sobre la materia. De este modo, las normas del Código Civil prefieren a las del Código.

Con el correr del tiempo se ha ido estableciendo un derecho internacional privado material, no meramente atributivo, en cuya virtud las relaciones que presentan factores de conexión internacionales no están sujetas a la aplicación de ninguna legislación nacional específica sino a un derecho especial, exclusivamente aplicable a esas relaciones internacionales (por ejemplo, la Convención de Viena de 1978 sobre compraventa internacional de mercaderías).

d. Ordenamientos mixtos

Si bien todos los ordenamientos presentan algún grado de mezcla entre el derecho público y el derecho privado, en el derecho económico y procesal la naturaleza de sus normas acentúa esa mixtura.

45. Derecho Procesal. El derecho procesal es público en cuanto regula una de las actividades constitutivas de todo estado: la judicatura. La existencia de los tribunales es históricamente anterior a la existencia de las leyes, y difícilmente puede decirse que exista un estado sin órganos jurisdiccionales. La existencia y el funcionamiento de los tribunales es una cuestión pública.

En materia penal el procedimiento es mayormente público. El Ministerio Público, organismo de nivel constitucional encargado de la persecución de los delitos decide cuáles casos serán investigados en su mérito y posteriormente formula las acusaciones a los presuntos delincuentes, sin perjuicio del derecho de las víctimas de participar en el proceso.

En materia civil, en cambio, el derecho procesal reviste carácter predominantemente privado. Ante todo, las partes pueden elegir que el asunto sea resuelto por un juez privado: un árbitro. Es cierto que el arbitraje tiene connotaciones públicas, ya que se ejerce una función jurisdiccional, pero las partes tienen el derecho de elegir al juez, e incluso de señalarle el procedimiento. Además, aún ante los tribunales estatales rige en materia civil el llamado principio dispositivo, en cuya virtud las partes mantienen el control sobre el procedimiento: su iniciativa y prosecución están entregados fundamentalmente a las decisiones y actividad de las partes. Este principio ha sufrido ciertas atenuaciones en favor de un mayor control de parte del juez (por ejemplo, todos los plazos legales del Código de Procedimiento Civil son fatales).

46. Derecho Económico. En el derecho económico convergen el derecho privado y el administrativo. Abarca o se refiere a todas las áreas de la economía que son objeto de regulaciones públicas.

Hay un interés público en que la economía funcione fluidamente. De ahí las reglas antimonopólicas, que privilegian la libre competencia en los mercados. También existe interés en que no hayan grandes alteraciones en los niveles macroeconómicos, lo que fundamenta las normas sobre cambios internacionales o las normas monetarias. Otorga, asimismo, protección a ciertos grupos menos fuertes, carentes de información suficiente o de medios para defenderse por sí mismos (consumidores, inversionistas, ahorrantes).

El derecho administrativo interviene en diversas áreas de la economía sea ordenando, sea controlando los mercados. En los últimos años la tendencia es abiertamente decreciente en este sentido, y las normas propenden más bien a ordenar la economía que a regularla. Sin embargo, subsisten importantes áreas de regulación. Por ejemplo, en materia bancaria la Ley General de Bancos establece amplias facultades a la Superintendencia respectiva, la que tiene potestad para autorizar nuevos bancos, fijar las operaciones en que pueden

intervenir, determinar las proporciones entre los montos que puede prestar al público y su capital y reservas, etc. Estas regulaciones revelan la importancia de los bienes jurídicos que se encuentran en tensión: por un lado, protección de los ahorrantes, que son relativamente débiles y la mantención de ciertos equilibrios macroeconómicos, y, por el otro, el libre desenvolvimiento de una economía fundada en un régimen de contratos. Casos similares son los de las compañías de seguros, mercado de valores, AFP, Isapres y otras actividades en que fines de protección o de ordenación macroeconómica exigen la participación de órganos públicos.

El aspecto privado del derecho económico se pone de manifiesto en las relaciones particulares que se desarrollan al interior de los mercados. En ellas rige el principio dispositivo, que permite a las partes entrar en negociaciones que no están sujetas a un estatuto de orden público. Así, en el caso de los bancos, rige amplia libertad para que negocien tasas de interés, garantías, servicios al cliente, por ejemplo; todo ello respetando el marco de orden público dado por la ley.

III. EL DERECHO CIVIL

§6. NATURALEZA Y OBJETO

a. Naturaleza

47. El derecho civil es la más general y fundamental de las ramas del derecho privado y del derecho en general.

Etimológicamente, el derecho civil es el derecho de la *civis* (“derecho de la ciudad”). Era el estatuto personal aplicable en sus relaciones recíprocas a quienes tenían el carácter de ciudadanos romanos⁵.

El derecho civil se refiere a las relaciones que surgen entre particulares, en oposición a las que existen entre los particulares y los órganos públicos o a las relaciones que se dan entre organismos del Estado.

Así, a esta rama del derecho corresponde la regulación de las relaciones fundamentales de la vida humana: la ordenación de la familia, tanto la que surge del vínculo matrimonial, como aquélla que se basa en relaciones sanguíneas o derivadas de la adopción; las relaciones de propiedad y los demás derechos que recaen sobre las cosas; las relaciones contractuales; la responsabilidad derivada de los hechos ilícitos y los efectos patrimoniales de la muerte de las personas.

Por lo mismo, es el derecho general, pues es aplicable a toda persona, al margen de toda calificación subjetiva, y es el derecho común, aplicable a todo tipo de relaciones y actividades, a menos que exista un ordenamiento especial; y aún si lo hay, aplicable en lo que no esté regido por ese estatuto particular.

b. Objeto

48. El derecho civil tiene una amplitud y generalidad tal que abarca todos los ámbitos de las relaciones privadas. Sumariamente, se puede señalar que abarca las materias descritas en los párrafos siguientes.

⁵ A los no romanos se aplicaba el derecho de gentes; esto es, el derecho estimado común a todos los pueblos.

49. Individualización de la persona en la sociedad. El derecho es una ordenación relacional. Por ello, le interesan las relaciones entre personas –tanto naturales como jurídicas- para lo cual se requiere establecer ciertas reglas mínimas. En consecuencia, al derecho civil le preocupa que existan reglas:
- (a) Para determinar la *existencia de las personas* naturales, su nacimiento y muerte; y, en las personas jurídicas, los procedimientos para su constitución y disolución;
 - (b) Que definan los *atributos de la personalidad*, rasgos propios a cada persona que permiten identificarla y diferenciarla de cualquier otra (tales como el nombre, el domicilio y el estado civil); y,
 - (c) Que establezcan los *derechos de la personalidad*, derechos innatos e inherentes a todo ser humano. Estos derechos, a pesar de su origen civil, se han desarrollado mayormente en sede constitucional, en la forma de derechos fundamentales (los derechos a la vida, integridad física, honra, imagen, voz, intimidad, derecho a las creaciones del intelecto, entre otros, que son recogidos en la mayoría de las cartas fundamentales occidentales).

Estas materias se encuentran reguladas fundamentalmente en el Libro I del Código Civil.

50. Relaciones extrapatrimoniales. Son aquellas relaciones interpersonales que no tienen un componente pecuniario, por lo que los derechos y obligaciones que de ellas surgen no son susceptibles de evaluación pecuniaria.
- (a) *Relaciones derivadas de los derechos de la personalidad.* Los derechos de la personalidad otorgan una cierta inmunidad a sus titulares frente a las acciones de otros (por ejemplo, en materia de libertad de expresión). Adicionalmente, su violación o perturbación puede dar lugar a obligaciones civiles para los responsables.
 - (b) *Relaciones de familia.* El derecho reconoce el rol de la familia, como institución fundamental de la sociedad. Para tal efecto, establece las condiciones de la familia formal, reglando el matrimonio, sus efectos y disolución, así como también se preocupa de atribuir efectos a las relaciones informales (concubinato), aunque no existan en el Código Civil normas explícitas sobre este punto. Asimismo, se regulan las relaciones entre padres e hijos, sean habidos éstos dentro o fuera del matrimonio. Finalmente, se regulan las relaciones patrimoniales que surgen al interior de la familia: el derecho de alimentos, el régimen de bienes del matrimonio, la patria potestad, etc.

Estas materias también se encuentran tratadas principalmente en el Libro I del Código Civil.

51. Relaciones patrimoniales. Las relaciones patrimoniales son aquellas que dan lugar a derechos y obligaciones susceptibles de evaluación pecuniaria.

- (a) *Relaciones de propiedad y derechos que se tienen sobre las cosas.* Los derechos sobre las cosas (bienes) caen bajo la denominación genérica de derechos reales (art. 577). Lo característico de los derechos reales es que son absolutos, esto es, se pueden hacer valer contra cualquiera persona. El más fuerte de todos los derechos que se pueden tener en una cosa es el derecho de dominio o propiedad, mientras que los demás derechos reales no constituyen sino desmembramientos de éste.

Sobre esta materia el Código Civil adoptó un principio individualista: la propiedad entrega atributos de uso, goce y disposición sobre la cosa, que dependen del solo arbitrio del propietario, quien no está sujeto a control alguno, en principio, reconociendo como únicas limitaciones la ley y el derecho ajeno (art. 582).

Otros derechos reales son el usufructo (derecho a usar y a aprovecharse de los frutos de una cosa ajena); las servidumbres; los derechos de uso y habitación (que permiten el uso natural de la cosa, pero no el aprovechamiento de frutos); el derecho real de herencia; y, los derechos de prenda e hipoteca (que son los denominados derechos de garantía).

Los derechos reales se encuentran regulados en el Libro II del Código Civil, con excepción de la herencia (Libro III) y de la prenda e hipoteca (Libro IV).

- (b) *Relaciones obligatorias.* Son las relaciones patrimoniales que se tienen con personas determinadas, en cuya virtud una de las partes adquiere el derecho de exigir una determinada prestación y la otra se encuentra en la necesidad de otorgársela.

Tienen su fuente en: (i) el contrato, de cuya celebración surgen obligaciones recíprocas para los contratantes; (ii) la imposición de la ley, como las obligaciones tributarias, o las derivadas del derecho de alimentos; (iii) la comisión de actos ilícitos que causan daño, entendidos como acontecimientos intencionales o causados por negligencia que originan un daño a otro y que acarrear la obligación de reparar los perjuicios causados indemnizándolos; o, (iv) los casos de enriquecimiento sin causa, como cuando se paga algo a alguien sin deberle nada, y en los demás cuasicontratos.

Estas materias son desarrolladas en el Libro IV del Código Civil.

- (c) *Relaciones por causa de muerte o sucesiones.* Se trata de los efectos patrimoniales de la muerte de las personas. De ellos trata en extenso el Libro III del Código Civil.

§7. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CIVIL

a. Origen

52. El derecho civil moderno tiene un origen eminentemente europeo. Es el resultado de una larga y lenta evolución, en que las influencias de distintos fenómenos histórico-culturales han dado paso a un ordenamiento sofisticado.

Sus fuentes históricas más importantes son el derecho romano, el derecho canónico, las costumbres germánicas y la Ilustración.

53. El derecho romano fue un ordenamiento legal que se desarrolló a la par del Imperio Romano y que, por medio de la expansión territorial de éste, fue adoptado en la mayor parte de Europa. El derecho romano debe su desarrollo principalmente a la elaboración permanente de soluciones judiciales a los conflictos de la convivencia, apoyada en la prudente colaboración de la doctrina, en una práctica que se extendió por casi un milenio y que generó un cuerpo de disposiciones legales y de principios jurídicos de alto nivel técnico y sofisticación.

54. Habiendo permanecido en desuso tras la destrucción del Imperio Romano de Occidente, durante la Edad Media el derecho romano es redescubierto y estudiado en monasterios y universidades. En este ambiente recibe los influjos de los conceptos jurídicos canónicos desarrollados por la escolástica medieval, sobre la base de la enseñanza de los padres de la Iglesia.

Esta evolución da forma al denominado derecho común, un derecho culto, científico y general, con pretensiones de aplicación universal en la Europa medieval, en oposición al derecho germánico consuetudinario que se había asentado luego de las invasiones y asentamiento los pueblos bárbaros.

El derecho común, de técnica más depurada, fue el preferido de abogados y jueces profesionales, formados en las universidades, por lo que paulatinamente se va imponiendo en la vida diaria este derecho romano cristianizado, que combina el espíritu práctico e individualista de los romanos con el sustento moral y comunitario del cristianismo, sin perjuicio de la permanencia hasta nuestros días de instituciones de raigambre germánica.

55. A estas tradiciones se suman en la modernidad las ideas de la Ilustración. Este movimiento reafirma el individualismo ético, propugna el desaparecimiento de las corporaciones (de raigambre germánica) y establece el principio de la autonomía (materializada en una economía basada en los libres intercambios), poniendo fin a las restricciones del corporativismo y del mercantilismo económicos. La propiedad adquiere un inconfundible sello individualista y es concebida como un derecho de uso, goce y disposición arbitrarios.

El influjo de la Ilustración sobre el derecho desembocará en el movimiento codificador, cuya mayor expresión será la dictación del Código Civil francés de 1804, por Napoleón. La idea misma de codificación es inherente a la preferencia de la Ilustración de la razón por sobre la tradición; los códigos son cuerpos ordenados, sistematizados y coherentes de leyes, aun cuando la mayoría de las normas que los integren provenga de las fuentes tradicionales.

§8. EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

a. El movimiento codificador en Chile

56. El derecho vigente hasta la época de los movimientos independentistas, tanto en Chile como en toda la América Indiana, constituía un sistema inorgánico y complejo, cuyas fuentes normativas resultaban difíciles de jerarquizar.

A los cuerpos de leyes constitutivos del derecho español (Fuero Juzgo, Fuero Real, Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Novísima Recopilación y leyes especiales) se superponían los del derecho dictado especialmente para Indias (en especial, la Recopilación de Leyes de Indias). La variedad de autoridades con atribuciones legislativas, tanto en la península como en Indias, hacía del conjunto de normas un todo absolutamente caótico. La técnica legislativa utilizada, además, generaba una innecesaria reiteración de normas, así como una casuística excesiva.

Sin embargo, este derecho siguió rigiendo en cada República después de su independencia, en convivencia con las nuevas leyes patrias que lentamente se dictaban, pues no existía la capacidad –o la necesidad imperiosa– de reemplazar súbitamente el ordenamiento jurídico vigente. Por lo demás, los principios inspiradores de la legislación española colonial provenían del derecho romano (v.g. las Siete Partidas), cuya influencia era compartida por los integrantes del movimiento codificador. Este fenómeno de supervivencia de las leyes españolas en las nacientes repúblicas independientes se conoce con el nombre de derecho intermedio.

En este escenario, la codificación fue vista como una necesidad para ordenar este caos normativo. Sin embargo, se pretendió ir más allá del espíritu meramente compilatorio, con la noción de crear un ordenamiento nuevo, propio de las costumbres y tradiciones nacionales, sin caer en los errores de adoptar esquemas ajenos, como se intentara en otras latitudes.

Por ello, sólo una vez establecido un nuevo orden político pudo dedicarse la República a la reestructuración de sus leyes civiles. Tal como decía PORTALIS, “no es un momento tal [en medio de una revolución] cuando se puede prometer reglar las cosas y los hombres con la sabiduría que preside las instituciones duraderas y con arreglos a los principios de esas

equidad natural de la que los legisladores humanos no deben ser más que respetuosos intérpretes”⁶.

57. A pesar de ello, la redacción definitiva del Código Civil se debe, más que a ninguno de los cauces institucionales previstos, al esfuerzo personal de Andrés BELLO. Este finísimo jurista venezolano, vecindado en Chile desde la década de 1830, fue el principal impulsor, desde la tribuna pública y su puesto en el Senado, de la codificación chilena. Además, es el declarado redactor del Código Civil que hasta hoy nos rige.

El proceso público de codificación se inició hacia 1840, año en que se crea una “Comisión de Legislación del Congreso Nacional” cuyo objetivo era la codificación de las leyes civiles. La comisión, en la que participó y tuvo un rol fundamental Andrés BELLO, trabajó sobre la base de un proyecto incompleto de Código Civil preparado por él. La primera versión de este trabajo es conocida como el “Proyecto de 1841-45”. Este proyecto fue revisado nuevamente por la Comisión, en lo que es denominado el “Proyecto de 1846-47”.

Entre 1848 y 1853, BELLO trabajará en solitario, finalizando un proyecto completo de Código Civil para 1853 (el “Proyecto de 1853”). Este proyecto va a ser objeto de modificaciones menores por una Comisión Revisora nombrada por el presidente MONTT, de la cual fue secretario el propio Andrés BELLO, generando un segundo proyecto completo, conocido como el “Proyecto de 1855”, el cual fue presentado al Congreso Nacional, que lo aprobó sin modificaciones. El código civil sería promulgado el 14 de diciembre de 1855 para entrar en vigencia el 1º de enero de 1857.

b. Espíritu del Código Civil.

58. El Código Civil chileno no puede ser comprendido con independencia de la figura de su redactor y principal impulsor, Andrés BELLO.

Este venezolano de tempranos anhelos independentistas, vivió largamente en Inglaterra, donde recibió la influencia de los filósofos de la escuela escocesa, y en particular del utilitarista Jeremy BENTHAM. Su actividad fue integral dentro de las humanidades: poeta, gramático, filósofo, educador, periodista, político, jurista. Su carácter, lo coloca en la posición del intelectual conservador progresista, creyente en un equilibrio ideal entre tradición e innovación para el progreso, pero conciente de la necesidad de que todo cambio debe ser lo suficientemente gradual como para que pueda asentarse en las costumbres.

Ante todo, y desde una perspectiva estrictamente formal, el lenguaje que emplea BELLO es bastante llano: es claro y elegante, jamás preocupado de la rigidez técnica, lo que hace que muchas veces sus conceptos sean cercanos al lenguaje corriente. El Código, además, es rico

⁶ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*. Valparaíso: Edeval (1978 [1801]), p. 30.

en ejemplos y definiciones, lo que permite sea comprendido sin necesidad de ser un experto en derecho.

Detrás del articulado del Código reposan ideas análogas a las de PORTALIS (uno de los redactores del Código Civil francés de 1804), quien sostenía que frente al caos reinante en materia de fuentes del derecho era necesario simplificar y sistematizar las tradiciones vigentes, y frente a la permanente tensión entre continuidad y cambio, es decir, entre conservación e innovación, se debía conservar lo esencial de cada institución y hacer los avances requeridos por la modernización de la sociedad y la economía de la época, de manera de suprimir todas las trabas que coartasen la libertad civil. Así lo plantea BELLO en el propio Mensaje del Código Civil, al señalar como propósito de la codificación: “la necesidad de refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social”.

Para lograr estos objetivos el Código combina estrechamente la continuidad del derecho español en materia de familia (en que las innovaciones son menores) con una fuerte influencia liberal en materia de personas, propiedad y obligaciones.

Ello hace que el código chileno sea ecléctico, pues no sigue un sistema o doctrina en particular, sino más bien lo que su autor estimó mejor para cada caso. Así, de la tradición española extrae las reglas del orden de la familia y de las herencia; del código francés aprovecha el desarrollo de las normas generales sobre obligaciones y contratos; en lo relativo al régimen de propiedad sigue la distinción romana entre tradición como modo de adquirir el dominio y contrato como título o antecedente de la adquisición; vuelve al derecho francés en cuanto al alcance de los derechos reales; y, adapta el sistema registral alemán en cuanto a la posesión inscrita de los inmuebles.

59. En el *derecho de familia*, el Código Civil dejó subsistente el régimen proveniente del derecho canónico, que sólo sería modificado con ocasión de la dictación de las llamadas leyes laicas⁷.

En lo referente a relaciones de familia, el código siguió de cerca la estructura paternalista del derecho español: el marido es jefe de la familia y ejerce una potestad económica y personal sobre la mujer (potestad marital) y sobre los hijos (patria potestad y potestad paterna).

60. En materia de *derecho sucesorio*, las ideas de BELLO eran radicales: proponía, siguiendo el modelo inglés, una amplia libertad para testar, de manera de permitir al causante disponer de sus bienes sin restricciones. Sólo si el causante no había testado debían regir las reglas clásicas de sucesión intestada. Su espíritu práctico lo hizo, sin embargo, ceder en la materia: el código se inscribió en la tradición española de las asignaciones forzosas, que

⁷ Denominación que recibieron las leyes de matrimonio y registro civil, dictadas en 1884.

dejan al padre o madre de familia libre disposición sobre sólo una cuarta parte de sus bienes. Por otro lado, sin embargo, se terminó con las vinculaciones de la propiedad (fideicomisos y usufructos sucesivos), con lo que favoreció su división y libre circulación.

61. Sin embargo, es en materia *patrimonial* en donde se denota mayormente el espíritu renovado del Código, que recogió los tres principios fundantes del derecho privado chileno, de cuño liberal e ilustrado: libertad, igualdad y voluntad.

- (a) *Libertad*. La libertad es el substrato básico del Código Civil y constituye el principio fundante en materia de intercambios económicos. El principio de libertad actúa en las dos grandes instituciones económicas que conoce la sociedad: la propiedad y el contrato. Sólo no alcanzó al régimen de bienes del matrimonio ni al de asignaciones forzosas, materias vinculadas a la familia, donde el código optó por conservar, como se ha visto, los principios del derecho español.

El Código Civil no sólo da reglas de libertad en materia patrimonial, sino que va más allá, enunciando principios. Ya en la *definición de propiedad*, que hace el artículo 582 (siguiendo al art. 544 de su modelo francés), aparece que “el dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. Así, el propietario no está sujeto, fuera de las limitaciones de la ley y del derecho ajeno, a más que lo que fije su propio arbitrio.

En la misma línea, y con el propósito de asegurar la *libre circulación de los bienes*, se inscribe la eliminación definitiva de las vinculaciones de la propiedad. Si bien los mayorazgos habían sido abolidos formalmente bajo el gobierno de O'HIGGINS, habían subsistido bajo la forma de fideicomisos y de usufructos sucesivos, mecanismos por medio de los cuales se aseguraba la mantención de grandes propiedades indivisas en manos de una misma familia, lo que constituía la estructura de la hacienda colonial chilena. Los artículos 745 y 769 prohíben pactar estas figuras en forma sucesiva.

Por lo mismo se justifica el trato que el Código da a las comunidades, otra de las formas de inmovilización de la propiedad. BELLO estableció la imposibilidad de pactar la indivisión de una comunidad por más de cinco años, por atentar contra la libre circulación de la riqueza (art. 1317). Sin embargo, admite que vencido el plazo vuelva a pactarse hasta por el mismo período.

También en materia contractual rige el principio, bajo la forma específica de la *autonomía privada*. El artículo 1545 constituye una generalísima regla de competencia para que las personas ordenen por sí mismas sus relaciones, al establecerse que todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contrayentes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Concebida con esta generalidad la norma resulta extraordinariamente flexible: aunque no haya una regulación expresa del contrato en la ley, éste tiene carácter obligatorio. Por otra parte, en virtud del mismo principio la generalidad de las normas sobre contratos tienen un carácter dispositivo, esto es, sólo rigen si las

partes no convienen algo diferente (son elementos de la naturaleza del acto o contrato, en los términos del artículo 1444). Así, el artículo 1545 atribuye a las personas una competencia amplísima para regular sus relaciones por medio de acuerdos, sin otras limitaciones que las que expresamente fije la ley.

- (b) *Igualdad*. El principio clásico de igualdad ante la ley es concebido en su carácter formal: todas las personas son miradas como iguales ante el derecho. El derecho civil no pretende igualar materialmente a los desiguales, sino simplemente tratarlos a todos en forma semejante.

La definición de persona del artículo 55 expone este principio: son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Es decir, al margen de cualquier distinción que pueda hacerse sobre la base de cualquier otro criterio, son igualmente personas, sujetos de derecho, todos los seres humanos.

Las normas dictadas respecto de la capacidad de las personas (art. 1446) apuntan en este mismo sentido: todas las personas son capaces de goce, es decir todas son aptas para ser titulares de derechos, lo que afirma la proscripción de la esclavitud y de toda forma de servidumbre personal; y, cumplidos ciertos requisitos de edad y lucidez intelectual, también se adquiere plena capacidad para actuar eficazmente en el derecho (capacidad de ejercicio). Ello vale con la reserva de que la mujer caía, en razón del matrimonio, en un estado de incapacidad relativa, en razón del orden patriarcal que el código asumió en las relaciones económicas y personales entre los cónyuges, el cual ha sido moderado a través de sucesivas reformas posteriores.

- (c) *Voluntad*. La influencia de la ilustración se muestra desde el artículo 1º. En él, la ley es concebida como un acto de voluntad, es decir, como una decisión. Es una manifestación de la voluntad soberana, esto es, la voluntad de la nación expresada por medio de sus órganos políticos. En esto aparece claramente la noción moderna de ley, que la concibe como un acto de voluntad ejercido en el marco de ciertas competencias, lo que rompe radicalmente con la tradición clásica del iusnaturalismo.

También el contrato es definido desde la perspectiva de la voluntad. El artículo 1545 dispone que es una ley para los contratantes y el artículo 1560, a propósito de la interpretación de los contratos, privilegia la determinación de la voluntad (la intención) de los contratantes antes que lo literal de sus palabras. Es decir, hay que estar a lo que quisieron las partes, prevaleciendo esa intención por sobre lo que efectivamente dijeron.

Los principios de libertad, igualdad y voluntad fueron introducidos por el código en órdenes críticos de materias, en instituciones de enorme importancia para el desenvolvimiento de la economía. Detrás de ellos subyace, al menos en materia patrimonial, el ideal liberal de la autonomía de la persona, que busca asegurar un orden fundamental de libertad en medio de un esquema formal de igualdad.

62. Los anteriores, son los principios individualistas de la Ilustración. Sin perjuicio de ello, y tal como ha señalado Karl LARENZ, el derecho civil está basado en el principio del individualismo ético, al que se suman ciertos grados de “óleo social”. Estas tendencias sociales se manifiestan en nuestro derecho en algunas instituciones:
- (a) El *derecho de alimentos*, especie de mecanismo de seguridad social al interior de la familia, en cuya virtud un cónyuge o pariente pobre o que haya hecho una donación tiene derecho a pedir ayuda de quien está en condiciones de otorgársela, consistente en una cierta cantidad periódica de dinero (art. 321 y ss.).
 - (b) Los *mecanismos de protección de incapaces*, que evitan el abuso. En el derecho actual la más protegida es la mujer casada en sociedad conyugal, quien habiendo recuperado grados significativos de libertad sobre su persona y sus bienes, ha conservado, además, su estatuto de protección (patrimonio reservado de la mujer casada).
 - (c) Las *asignaciones forzosas*, que representan un importante correctivo a la autonomía privada del testador, quien no puede discriminar excesivamente entre sus herederos (art. 1167 y siguientes).

c. Influencia del Código

63. El Código Civil chileno, si bien no fue el primero dictado en latinoamérica (Bolivia y Perú promulgaron los suyos con algunos años de anterioridad) fue sin duda el más influyente de la región; más incluso que el propio Código Napoleón, que tuvo su eco mediatizado a través del código chileno. Fue recepcionado prácticamente sin modificaciones en Colombia y Ecuador, y su prestigio aparece refrendado por su frecuente cita en los procesos codificadores de México, Uruguay y Argentina. Sólo con el devenir del siglo XX dejaría de ser el modelo por excelencia, al ser desplazado por el Código Civil Alemán que entrara en vigencia en 1900.

d. Estructura del Código y reformas posteriores

64. La estructura del código chileno sigue de cerca al modelo francés. Consta de un *título preliminar* (que trata de ciertos aspectos de la teoría de la ley y algunas definiciones de conceptos de uso frecuente); *libro primero* (De Las Personas), que contiene normas sobre la individualización del sujeto en sociedad y reglas del derecho de familias; *libro segundo* (De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce), referido a los derechos reales en general; *libro tercero* (De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos) que se refiere a las consecuencias patrimoniales de la muerte y de la liberalidad; *libro cuarto* (De las Obligaciones en General y de los Contratos), que se refiere a las obligaciones y a sus fuentes; y, un *artículo final*, sobre la vigencia del código.

65. Las principales modificaciones que ha sufrido el derecho privado tras la dictación del Código Civil se han producido por una parte, debido al significativo crecimiento de la legislación. Los principales desmembramientos de materias que pasan íntegramente a tener regulación fuera del código son objeto de codificaciones especiales: Código de Comercio, Código del Trabajo, Código de Aguas, Código de Minería. Paralelamente se ha dictado una frondosa legislación especial, que comenzó con las leyes de matrimonio civil y de Registro Civil, y que han continuado con legislación sobre propiedad indígena, intelectual e industrial, sobre arrendamiento, sobre créditos de dinero, sobre copropiedad inmobiliaria y varias otras materias (la principal legislación complementaria es publicada en el apéndice de la edición oficial del Código Civil).

También debe reconocerse dentro de las modificaciones a la legislación civil la enorme cantidad de leyes de contenido económico que ha regulado áreas específicas de la economía sobre la base de principios mixtos de derecho público y de derecho privado. Así, por ejemplo, el D.L. N°211 sobre Libre Competencia, la Ley General de Bancos, el D.F.L. N°251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, las leyes especiales sobre consumidores, mercado de valores, cambios internacionales, etc.

Otra vertiente de modificaciones legales está encuadrada dentro de lo que podría llamarse la revisión de las instituciones, su reforma interna. En este sentido las más importantes se han desarrollado en materia de derecho de familia, donde pueden reconocerse dos grupos de tendencias: (a) el mejoramiento de la posición relativa de la mujer casada, tendiendo hacia un orden en que se le reconocen amplios ámbitos de autonomía y se fortalece su posición relativa en sus relaciones de familia, y, (b) la atenuación de las diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, que culminaron en la reforma de 1998 (Ley N°19.585). Adicionalmente, el Código Civil sufrió una reforma importante en materia sucesoria que, sin modificar los principios básicos heredados de la legislación española, simplificó la aplicación de las normas sobre herencias.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- GUZMÁN Brito, Alejandro, *Andrés Bello Codificador*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile (1982) 65-69; 241-247; 254-263; 407-427; 454-459.
- PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*. Valparaíso: Edeval (1978 [1801]) 25-46.
- GUZMÁN Brito, Alejandro. *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*. Pamplona: Thomson Aranzadi (2006) 90-96; 100-104; 114-117; 201-211.
- LIRA Urquieta, Pedro, *El Código Civil Chileno y su Época*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1956) 57-73; 34-40.
- WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Granada: Editorial Comares (2000 [1967]) 493-505.
- BARROS B., Enrique, Postfacio. En: MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (Directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*. Santiago: LexisNexis (2005) 1491-1499.

IV. FUENTES DEL DERECHO

§9. FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES

66. El derecho en cuanto fenómeno cultural se encuentra determinado por las circunstancias históricas en que se desarrolla. El concepto de fuente del derecho se refiere al nacimiento de sus normas y evoca dos cuestiones diferentes: (a) ¿por qué surgen las normas de derecho?; y, (b) ¿en qué forma surgen esas normas?

En el primer sentido, el concepto se asocia a los antecedentes que explican el surgimiento de la norma y reciben la denominación de *fuentes materiales*. En el segundo, se refiere al origen inmediato de las normas, que determina la forma como éstas se expresan, y reciben la designación de *fuentes formales*.

a. *Fuentes materiales*

67. Las fuentes materiales aluden a los factores y elementos que explican el nacimiento y determinan el contenido de las normas jurídicas. Estos factores o circunstancias pueden ser antropológicos, históricos, políticos, religiosos, ideológicos, económicos y también jurídicos. En este último sentido, el derecho comparado o una determinada doctrina económica o filosófica (v.g., el utilitarismo), por ejemplo, pueden ser fuentes materiales del derecho nacional.

Así, en el caso del artículo 2314 del Código Civil chileno, principio rector de la responsabilidad extracontractual que dispone que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”, las fuentes materiales son bastante diversas.

Probablemente la fuente más directa que pueda citarse sea el *Código Civil francés*, cuyo artículo 1382 se encuentra redactado en términos similares. Ambas normas se basan, además, en ideas acerca de la responsabilidad de los juristas de la *Ilustración*. Por otro lado, una norma tan genérica como la citada responde a los principios técnicos del *racionalismo*, que prefiere las normas generales y abstractas, aplicables indistintamente a todo tipo de personas, a los estatutos particulares para grupos de personas (según su clase o profesión) o al casuismo del derecho romano. Además, el sustento valórico de una norma como esta se encuentra determinado en razón de la libertad de las personas: como contrapartida a la

autonomía que se les reconoce, se les impone la *responsabilidad* por los efectos dañosos de sus actos.

En definitiva, las fuentes materiales proveen de antecedentes que permiten comprender las normas, constituyendo, de este modo, elementos importantes para su interpretación.

b. Fuentes formales.

68. Son la forma de expresión de las normas jurídicas. Las normas adquieren forma jurídica por diversas vías. En los pueblos primitivos, las únicas fuentes de normas son las *costumbres* cuyo origen se ha perdido en el tiempo. En una etapa posterior, el nacimiento de los tribunales provoca que las sentencias de los jueces vayan creando costumbres judiciales, que se expresan modernamente en el concepto de *jurisprudencia*. La organización del estado en una fase política más sofisticada trae consigo el surgimiento de la *ley*, esto es, de decisiones públicas generales y obligatorias. A ello se agregan los sentidos generales acerca de lo que es justo y bueno para el grupo social, espontáneamente compartidos, que se expresan en los *principios*.

Lo que caracteriza a un sistema de derecho es su estructura de fuentes formales. En la tradición romanista continental el rol preponderante lo desempeña la ley. Así lo reflejan los tres primeros artículos del Código Civil: la ley en una condición por completo predominante (art. 1º), la costumbre subordinada a ella (art. 2º), y las sentencias limitadas a los casos en que se pronunciaren (art. 3º). En el sistema anglosajón o del *common law*, basado en los precedentes judiciales, la estructura de las fuentes es distinta: si bien, como en todo estado moderno la ley ocupa un lugar fundamental, el rol de las sentencias judiciales es tanto o más importante. Lo que un tribunal sentencia debe ser observado en el futuro por ese mismo tribunal y por todos los tribunales inferiores, al menos mientras aquél no cambie justificadamente su criterio.

69. Las fuentes formales pueden ordenarse de diversos modos, de los cuales tres resultan especialmente interesantes:
- (a) *Fuentes formales directas e indirectas o auxiliares*. Las primeras, expresan directamente normas jurídicas, como ocurre con la ley, la costumbre y los principios, en las que el juez puede fundarse para justificar una sentencia.

Hay otras fuentes formales, sin embargo, que por sí solas no son suficientes para fundar una decisión judicial. Es el caso de la jurisprudencia de los tribunales y de la doctrina jurídica. Sin embargo, los fallos de los tribunales y las opiniones de los tratadistas y expertos en derecho son usados con frecuencia por los jueces y abogados para apoyar sus argumentos. Las fuentes indirectas o auxiliares no están dotadas de potestad (*potestas*) sino de autoridad (*auctoritas*) que se les reconoce. Así, por ejemplo, una interpretación de la ley respaldada por la doctrina o la jurisprudencia tiene un valor de convicción muy superior a la que no lo está. En otros sistemas jurídicos estas fuentes auxiliares han sido o son fuentes directas. Es el caso de alguna

doctrina en la Roma imperial y de los precedentes judiciales, que dan lugar a normas generales en los países anglosajones.

- (b) *Fuentes de normas generales y fuentes de preceptos individuales.* En principio, los conceptos de norma o regla están asociados con la idea de generalidad. Una norma o regla se aplica a un número indefinido de casos particulares, como es el caso, por ejemplo, de las reglas semánticas, que establecen el significado de las palabras. Algunos autores han querido mostrar que en el derecho también existen prescripciones o directivas particulares, que se aplican a una relación determinada, como es el caso de un contrato que sólo obliga a las partes; el de una sentencia, que sólo afecta a las personas respecto de las cuales ha sido dictada; o, incluso, el de una ley de efectos particulares, como las que conceden la nacionalidad por gracia a algún extranjero notable.

El problema es más bien terminológico. Lo que la doctrina quiere mostrar con la existencia de “normas particulares” es que en el derecho hay distintos niveles de aplicación de sus prescripciones, partiendo por la enorme generalidad del derecho internacional público o del derecho constitucional y finalizando con las prescripciones individuales de una sentencia judicial dictada respecto de alguien en particular, de un decreto que designa un funcionario o de un contrato que obliga sólo a las partes.

La eficacia de las prescripciones particulares se agota en una relación jurídica específica. Su calificación como fuentes de derecho se justifica porque la sentencia o el decreto particular no son usualmente mera aplicación de una norma general, sino que introducen directivas particulares que no se derivan necesariamente de aquélla. La autosuficiencia de la legislación, idealizada por el racionalismo legal, se ha mostrado con el correr del tiempo como una pretensión errada: la sentencia judicial rara vez es un acto puramente lógico de aplicación de una norma legal. Ello también vale para los contratos que crean deberes específicos en virtud de la competencia que tienen los particulares para ordenar sus relaciones (art. 1545).

Las principales y tradicionales fuentes formales de normas generales son la ley (aunque excepcionalmente presenta carácter particular), la costumbre y los principios de derecho. A ellos se agrega la jurisprudencia en los países donde los precedentes judiciales son obligatorios hacia el futuro como en el *common law*.

- (c) *Fuentes originadas en una decisión y fuentes de gestación espontánea.* Las fuentes formales de normas generales pueden ser el resultado de decisiones adoptadas por una persona o por una asamblea, como es el caso de la ley, o pueden gestarse espontáneamente al interior del grupo, de modo análogo a la moral social o al lenguaje, como ocurre con la costumbre y con los principios. La peculiaridad radica, en el caso de la ley, en que hay un *acto de voluntad definido en el tiempo* que da origen a la norma, lo que incluso, como se verá al tratar la aplicación de la ley, ha llevado a algunos a identificar a la ley exclusivamente con ese acto de voluntad. Por

el contrario, las fuentes espontáneas se fundan en el consenso generalizado acerca de su contenido obligatorio.

70. El análisis comparado de las fuentes muestra que la *ley* y la *costumbre* son los principales tipos de fuentes en la historia del derecho y en el derecho comparado.

La *ley* presenta la ventaja de ser, entre las fuentes del derecho, la más dinámica y eficiente en cuanto al cambio. La ley puede ser derogada, modificada y sustituida con rapidez, siguiendo los procedimientos preestablecidos. Además se sabe el momento exacto del comienzo y término de su vigencia. También produce una mayor seguridad jurídica, por cuanto sus términos pueden ser precisos, lo que nos permite saber con relativa exactitud nuestros deberes y derechos. Finalmente, se puede invocar con facilidad, pues su conocimiento es público y, además, se presume, como se verá, desde el momento de su publicación.

La *costumbre* tiene su origen en la repetición constante, uniforme y antigua de ciertos modos de conducta, unida al convencimiento colectivo de que obedecen a una necesidad jurídica. La costumbre tiene la característica de estar apegada al espíritu jurídico espontáneo. Contrariamente a la ley, que es válida en cuanto se ajusta a un procedimiento formal de creación, la costumbre es válida porque la comunidad estima que su contenido es justo y obligatorio. Como la costumbre tiene su base en la tradición y en los usos, su cambio es mucho más lento que el de la ley.

El derecho chileno tiene una fuerte vocación legislativa, no sólo por las influencias ideológicas de la ilustración jurídica, sino también por razones históricas: luego de la independencia, la manera más eficaz de crear un derecho nacional fue mediante la legislación. A ello se agrega la expansión de la legislación como fuente en todos los ordenamientos jurídicos, por la función técnica que ha asumido parte importante del derecho actual. En amplios campos del derecho, la ley es simplemente insustituible como fuente.

V. LA LEY

§10. CONCEPTOS DOCTRINARIOS

71. Es usual comenzar el estudio de la ley comparando algunas definiciones que muestran conceptos diferentes acerca de su naturaleza.

El propio Código Civil, iniciando la práctica de Andrés BELLO de introducir definiciones y ejemplos, contiene una definición de ley. En contraste se la puede comparar con una definición clásica del pensamiento jurídico iusnaturalista, proveniente de Santo TOMÁS DE AQUINO.

72. Iusnaturalismo clásico. TOMÁS DE AQUINO en su *Summa Teológica* dice que “la ley es una prescripción de la razón orientada al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.

En una perspectiva iusnaturalista clásica, como ésta, se propone una unidad fundamental entre el derecho y la moral. La ley es un orden tendiente al bien común, según éste es determinado por la razón. El supuesto implícito en esta concepción (optimismo excesivo para el espíritu desencantado de nuestro tiempo), consiste en que la razón humana es capaz de conocer el bien, es decir aquello que objetivamente es bueno.

Por ser la ley el resultado de un acto de razón, al encargado del cuidado de la comunidad no le incumbe crearla, sino descubrirla y promulgarla. Solamente le corresponde hacer explícito su mandato; sea por conclusión lógica o por determinación razonable.

En TOMÁS DE AQUINO, la ley está orientada al bien común, por lo que es inseparable del principio que la inspira. Sin embargo, aún en los supuestos de injusticia las leyes deben ser cumplidas, en beneficio de la seguridad, a menos que la infracción sea de tal entidad que el gobierno que la dicte no pueda menos que considerarse tiránico. Sólo en este caso las leyes dejan de ser obligatorias. Lo cierto es que para Santo TOMÁS esa situación es extrema. Lo usual será la correspondencia de la ley positiva con la ley natural.

Expresadas estas ideas en términos causales, la causa eficiente de la ley radica en un acto de la razón; su causa final está dada por el bien común. Esta es típicamente la forma de pensar del iusnaturalismo jurídico.

73. Concepto del ley del Código Civil. El Código Civil define la ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (artículo 1°).

La definición del Código Civil se asocia, como otros artículos del Título Preliminar, al Código Civil de Luisiana (1808). Esa idea de la ley se asocia también al muy influyente filósofo inglés Jeremy BENTHAM, que la concibió como instrumento que el poder público debía emplear con el fin de procurar la felicidad de sus súbditos. Como se señaló antes, BELLO fue un buen conocedor de BENTHAM.

La ley aparece en la definición del Código Civil como un mero *acto de voluntad*; como una decisión cuya motivación no interesa para efectos de su eficacia y validez. Lo importante en el concepto no es su justificación material sino *la legitimidad de su generación*; por eso no atiende a la racionalidad de su contenido, sino a un fenómeno político, como es el acto de soberanía. Por lo mismo, la definición pone énfasis en los procedimientos formales de gestación de la ley al aludir a que la voluntad soberana debe estar “*manifestada en la forma prescrita por la Constitución*”. El del Código Civil es un concepto político de la ley, vinculado a las ideas de soberanía como atributo del Estado e indirectamente a la democracia como criterio de legitimidad. La justificación de la ley no proviene directamente de su contenido, sino de la legitimidad del poder de quienes gobiernan. Por eso, la ley es concebida desde una perspectiva técnica e instrumental. En cuanto a la causa eficiente de la ley para el Código Civil es, pues, un acto de voluntad.

Mirada desde el punto de vista de la causa final, el concepto de ley del Código Civil también es lógica y no valórica. Señala los principales verbos de función normativa: la ley “*manda, prohíbe o permite*”. La finalidad de la ley no forma parte de su definición. El fin, se supone, *es anterior a la ley* y es lo que motiva a quien ejerce el poder soberano, pero no es parte integrante de su concepto.

74. Al comparar ambas definiciones se muestra el conflicto entre las dos maneras de concebir el derecho, que usualmente se denominan “positivismo jurídico” y “iusnaturalismo”, que, por lo demás, conviven, con distintos acentos, en todos los órdenes jurídicos modernos.

En el plano práctico estas dos diferentes concepciones del derecho presentan consecuencias en cuanto a la interpretación de la ley. En la tradición positivista la interpretación se orienta al texto y su objeto es indagar la intención del legislador. En la vertiente iusnaturalista, en cambio, el criterio para interpretar estará dado por los fines o principios implícitos de la ley.

Santo TOMÁS DE AQUINO reflexiona desde la perspectiva en que razón y bien común son concebidos como conceptos simples y unívocos. Pero precisamente en este punto radica el problema de la modernidad. Para el espíritu moderno no es fácil reconocer un orden natural, invariable en el tiempo, que resuelva en términos inequívocos los conflictos entre principios (por ejemplo entre libertad e igualdad) y entre bienes públicos (por ejemplo entre crecimiento económico y medio ambiente). El derecho moderno no puede sino asumir que los fines están en gran medida en conflicto recíproco. A ello se agrega que la obtención de bienes puede ser realizada, a menudo, mediante técnicas normativas diferentes. De ahí que el derecho se exprese en decisiones públicas del legislador, a quien le corresponde establecer preferencias.

El problema, sin embargo, es que también en el derecho moderno existe un núcleo de sentido, que se expresa en ideas como las de los derechos fundamentales o en principios civiles como la autonomía, la buena fe, la responsabilidad o la seguridad jurídica. Estos evocan, precisamente, un fundamento ético del derecho positivo.

Esta dialéctica insuperable entre positividad (técnica) y razón (sentido de lo justo) es constitutiva del derecho contemporáneo.

§11. TIPOS DE LEYES ATENDIENDO AL CONTENIDO NORMATIVO

a. *Reglas potestativas y normas propiamente tales*

75. La enseñanza tradicional del derecho civil acostumbra clasificar los distintos tipos de normas de acuerdo al criterio empleado por el artículo 1º del Código, en imperativas, prohibitivas y permisivas. Sin embargo, los avances recientes de la lógica deóntica (lógica normativa) han revelado importantes limitaciones de la doctrina clásica.

Ante todo, las reglas del derecho son reductibles a prescripciones de comportamiento susceptibles de ser expresadas en términos de imperativo, prohibición o permisión; además existe un importante número de disposiciones cuya función es distinta: atribuyen competencias y atribuyen a ciertos actos efectos normativos. Se trata de reglas potestativas, pues otorgan facultades para actuar en derecho, poderes jurídicos tales como los de testar, contratar, representar a otras personas, resolver conflictos, legislar, etc.

Son normas, en cambio, aquellas que se expresan en una proposición propiamente normativa, es decir, aquellas que mandan, prohíben o permiten una cierta conducta.

Las reglas potestativas definen los requisitos para la realización de actos creadores de derecho, y por lo mismo constituyen la estructura dinámica del derecho: atribuyen competencias tanto para crear normas nuevas como para suprimir o sustituir otras o para producir efectos modificatorios o extintivos en relaciones jurídicas vigentes.

En el derecho público las reglas potestativas están sujetas a la limitación del ya citado inciso primero del artículo 7º de la Constitución: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. De aquí que para que los actos de los órganos públicos sean válidos se requiere cumplir al menos con los requisitos generales de designación, competencia y procedimiento, establecidos por las reglas potestativas respectivas.

Al respecto rige el principio de vinculación, en virtud del cual las autorizaciones son de derecho estricto, esto es, sólo se poseen las facultades expresamente atribuidas por la constitución o la ley (Constitución Política, artículos 6º y 7º; Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 2º).

Todas las reglas que señalan cómo actúan los poderes públicos y las que definen su competencia pertenecen a esta categoría.

En el *derecho privado*, en virtud del principio de autonomía privada los sujetos particulares tienen una competencia general para realizar actos jurídicos sin más límites o restricciones que los establecidos a propósito de sus requisitos de existencia y validez.

El artículo 1545 del Código Civil declara que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Así se establece el principio de la autonomía de las personas para crear obligaciones recíprocas. La regla transcrita contiene, por eso, la más importante regla potestativa del derecho privado: es una autorización genérica para celebrar contratos y quedar obligado jurídicamente por su intermedio.

En virtud de esta norma los contratantes pueden, por lo general, determinar el contenido del contrato, alterando incluso los efectos normales que la ley fija para el acto celebrado. Ello es una consecuencia de que las reglas de derecho privado son dispositivas, esto es, están a disposición de las partes del contrato, quienes pueden dejarlas sin efecto e introducir reglas diferentes.

76. La infracción de las reglas potestativas tiene por efecto sanciones de ineficacia del acto, esto es la frustración del propósito del acto jurídico respectivo (tanto público como privado). Tales pueden ser:
- (a) *Inexistencia*, si el acto no llega a configurarse como tal por carecer de elementos mínimos de existencia, frustrándose *ab initio*.
 - (b) *Nulidad*, si el acto es susceptible de impugnación *ex post* ante los tribunales, en razón de inobservancia de requisitos de validez.
 - (c) *Inoponibilidad*, si el acto, no obstante ser eficaz entre las partes, no produce sus efectos respecto de terceros, normalmente por incumplimiento de reglas que prescriben la publicidad de ciertos actos (por ejemplo, el artículo 1707).

b. Normas imperativas, prohibitivas y permisivas

77. Sobre la base de la clasificación tripartita del Código Civil se ha entendido que las normas son de tres clases: *imperativas*, *prohibitivas* y *permisivas*.

Desde un punto de vista estrictamente lógico, las normas son en verdad de dos clases: (i) *prescriptivas*, sea que manden una acción positiva (imperativas) o una omisión (prohibitivas), y (ii) *permisivas*, que son las que autorizan una determinada conducta.

Al tratar estas distinciones se debe tener presente, además, que la doctrina civil tradicional al tratar la clasificación de las normas en imperativas, prohibitivas y permisivas no tiene en consideración la distinción más fundamental, a la que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, entre reglas potestativas y normas. Así, bajo el concepto de normas son incluidas unas y otras. Siguiendo esta denominación tradicional, en los párrafos siguientes se hablará de normas en un sentido amplio, comprensivo de normas propiamente tales (como la que prescribe las obligaciones del comprador) y de reglas potestativas (como la que establece los límites a la autonomía privada en materia de contratos).

78. Por normas *imperativas* se entiende las que prescriben la realización de una conducta positiva (acción), así como las que establecen determinados requisitos para celebrar ciertos actos.

La mayoría de las obligaciones contractuales tienen este carácter: pagar un precio, restituir una cosa, cumplir un encargo. En los más diversos tipos de relaciones privadas existen normas con esta estructura, pero la sanción que desencadena su incumplimiento es distinta según persigan un puro interés privado o uno público. Así, cuando se infringe una obligación contractual de interés privado normalmente habrá lugar a indemnizar los perjuicios a la contraparte cumplidora. Pero si se pasa a llevar una norma imperativa de orden público los efectos de esa trasgresión afectan normalmente la eficacia del acto jurídico de que se trate, sin perjuicio de otras sanciones eventuales.

La infracción, al momento de celebrar un acto o contrato, de una norma imperativa de orden público, (esto es, que establece limitaciones a la autonomía privada) produce la nulidad absoluta del acto o contrato respectivo (véanse los artículos 1461 inciso final y 1467 inciso 2º, en relación con el 1682). Ello se explica porque quien contrata en infracción de estas normas está sobrepasando el ámbito de competencia que las personas poseen para regular sus relaciones: el acto o contrato no cumple el requisito de validez o legalidad que se establece para hacerlo obligatorio (artículo 1545).

79. Son normas *prohibitivas* las que establecen que una determinada conducta no puede realizarse bajo ningún respecto.

El concepto jurídico de prohibición es muy estricto. Un acto está jurídicamente prohibido cuando su celebración no está permitida bajo circunstancia alguna. Por eso, la norma que señala que se prohíbe celebrar un acto a menos que se cumplan ciertos requisitos, se entiende imperativa (a pesar de su lenguaje prohibitivo), porque, desde el punto de vista lógico, no impide realizar el acto, sino que señala condiciones para su ejecución.

Así, por ejemplo, el artículo 1464 N°s. 3 y 4, a pesar de su apariencia prohibitiva, establece normas imperativas: se prohíbe la enajenación de ciertas cosas, a menos que el juez o el acreedor consientan. Lo que hace la norma es exigir una autorización para realizar la enajenación y no prohibir dicho acto. La norma es imperativa y no prohibitiva.

Un ejemplo de norma propiamente prohibitiva es el artículo 402 inciso 1 del Código Civil: “Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez”. Es prohibitiva porque impide la celebración de un acto bajo cualquier circunstancia. En cambio, el segundo inciso del mismo artículo contiene una norma imperativa, ya que declara que sólo bajo ciertas condiciones se puede realizar un acto: “Sólo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo, y no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos”.

La ley establece la nulidad absoluta como sanción para los actos jurídicos celebrados contraviniendo una prohibición legal. En virtud del artículo 10 del Código Civil “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”.

Por otra parte, según lo dispuesto por el artículo 1466, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. El mismo principio había sido establecido por el inciso final del artículo 1461. A su vez, el artículo 1467 exige que toda obligación contractual tenga una causa real y lícita. Y es ilícita la causa “prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. Así, cuando se realiza un acto prohibido por la ley hay dos vicios invocables: objeto ilícito o causa ilícita. Y en virtud del artículo 1682 del Código Civil la sanción del objeto ilícito y de la causa ilícita es la nulidad absoluta. Como en el caso de las normas imperativas de orden público, el contrato que infringe una norma prohibitiva no ha sido legalmente celebrado y puede ser invalidado (art. 1545).

Además, la infracción a una norma prohibitiva (como en el caso de la imperativa) puede causar perjuicios a otras personas. En tal caso, además de la nulidad del acto, cabe como sanción la indemnización de los perjuicios provocados por el acto ilícito a terceros o a la otra parte (art. 2314).

Si la norma prohibitiva se encuentra en el ámbito contractual (esto es, fuera del ámbito del orden público), la sanción es distinta. El art. 1555 regula esta materia estableciendo que el incumplimiento de una *obligación de no hacer* acarrea la destrucción de lo hecho, si se pudiere y fuere necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrado el contrato, y si no se pudiere, la indemnización de perjuicios.

80. Las normas *permisivas*, en cambio, son las que otorgan un permiso para actuar. Desde una perspectiva prescriptiva hay norma permisiva cuando se carece de todo deber.

c. Normas permisivas y normas dispositivas

81. La doctrina tradicional ha enseñado que todas las normas imperativas y prohibitivas son de orden público, y que las normas permisivas, en cambio, son de orden privado.

Aún cuando existen ciertas conexiones entre los conceptos indicados, la aseveración no es exacta: hay normas tanto imperativas como prohibitivas e incluso permisivas que son de orden público, así como también las hay de orden privado. Se trata, pues de categorías de normas que atienden a criterios diferentes.

Para comprender la noción de normas dispositivas es necesario atender a los principios de ordenación del derecho privado. El derecho privado da cuenta de principios que se extraen tanto de su contenido como de la manera en que operan sus normas: el *principio de autonomía privada*, en cuya virtud existe un permiso o autorización general para actuar y ordenar libremente las relaciones interpersonales, y el *principio dispositivo*, que importa que la mayor parte de sus normas están a disposición de las personas, sin imponerse forzosamente a su voluntad.

d. Principio de autonomía privada

82. En el derecho privado, a diferencia del derecho público, hay un principio implícito que establece que todas las conductas están permitidas. Exceptuando los límites de lo imperativamente ordenado o prohibido las personas están autorizadas para actuar conforme a su voluntad. Aunque no haya una norma expresa que autorice a actuar, sobre la base de este principio general se puede concluir que tales conductas están autorizadas.

En materia penal este principio tiene consagración constitucional. El principio *nullum crimen sine lege* es el fundamento constitucional del derecho penal moderno. La Constitución asegura a todas las personas que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Dispone asimismo que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita por la ley (Constitución, art. 19 N°3, incisos 5 y 6). Así, no puede castigarse por otros delitos que los establecidos legalmente con anterioridad a la conducta que se persigue.

Frente a esta regla general y residual de autorización existe un correlato que es el deber general de respeto y tolerancia a la libertad ajena, deber que se impone en la forma de un imperativo o prohibición. Si se interfiere en la esfera privada de otro causando daño pueden haber sanciones penales, en caso que la figura sea constitutiva de delito, y en todo caso sanciones civiles (por regla general, la indemnización de perjuicios, según el art. 2314).

La autorización puede estar amparada en normas explícitas o bien pueden residir implícitamente en el principio referido, y en ambos casos opera con igual vigor. Hay autorizaciones explícitas en las libertades expresamente garantizadas por la Constitución o en la facultad del artículo 12 del Código Civil que permite renunciar a cualquier derecho que mire en solo provecho de su titular y siempre que no esté prohibida su renuncia.

e. Principio dispositivo

83. Las normas de derecho privado contienen permisos y mandatos, por ejemplo, al definir el conjunto de derechos y deberes de las partes en un contrato de compraventa (véanse los arts. 1824 ss.).

El principio general es que estas normas legales del derecho civil son *dispositivas*, lo que no significa necesariamente que sean permisivas, sino que se trata de normas que con acuerdo de las partes pueden ser sustituidas por otras convenidas privadamente para la relación específica. La aplicación de estas normas legales es, pues, subsidiaria: sólo cuando las partes no han regulado sus relaciones particulares rigen las normas legales.

Las funciones que cumplen las normas dispositivas son cruciales en el tráfico jurídico, permitiendo que el régimen de contratos se haga más flexible y económico:

- (a) *Facilitan las decisiones de las partes* al establecer una regulación precisa del contrato: permiten confiar en que la ley ha regulado los efectos del contrato, sin tener que redactar o acordar cada cláusula. En tal sentido, permiten economizar esfuerzos. Se entiende, por ejemplo, que en una compraventa el comprador exige que la cosa sirva para su destino natural (esto es, que no tenga vicios ocultos) y que ningún tercero la reclame como propia (saneamiento de la evicción) (arts. 1837 ss.). Pero nada impide que las partes acuerden que el vendedor no deberá sanearlos (esto es, no deberá responder de tales vicios), y tal pacto es válido.
- (b) Permiten *prever* de antemano las circunstancias que pudieren ocurrir, y resolver conflictos eventuales entre las partes, cuando no han establecido reglas especiales precisas. Así se anticipan a muchos de los problemas que pudieren acaecer: la tradición jurídica recogida por la ley en gran medida resuelve los conflictos más usuales sobre la base de criterios que la experiencia ha mostrado que son justos.

84. El principio dispositivo es expresión técnica del principio de autonomía privada, y sus límites son el *orden público*, las *buenas costumbres* y las *normas prohibitivas*.

Se ha entendido tradicionalmente que tanto las leyes imperativas como las prohibitivas son de orden público, pues se imponen a los sujetos sin que puedan disponer de ellas mediante acuerdos privados. Sin embargo, ello no es correcto: hay un importante número de normas imperativas que están al alcance de los sujetos privados para su modificación, y además existen reglas de contenido permisivo que pertenecen a la categoría de normas de orden público.

Así, por ejemplo, la norma del artículo 1940 es imperativa, pues establece un deber de realizar una acción (el arrendatario es obligado a efectuar las reparaciones locativas) pero nada obsta a que las partes modifiquen esa regla, sea ampliando, sea restringiendo esa obligación. La norma, en consecuencia es de orden privado y está sujeta al principio dispositivo.

Por el contrario, las normas sobre asignaciones forzosas son imperativos que el testador no puede dejar de contemplar sin que su testamento deje de ser eficaz (art. 1167). Se trata, por tanto de normas de orden público.

La misma distinción procede, en principio, respecto de las normas prohibitivas. Las prohibiciones establecidas por la ley, como hemos visto, producen un efecto en la validez del acto prohibido: el acto convenido en su infracción es nulo (art. 10). Las prohibiciones convencionales, en cambio sólo producen el efecto contractual de dar acción para destruir lo hecho o indemnizar los perjuicios si no se puede lo primero (art. 1555).

También las normas permisivas pueden ser de orden público, aunque por su naturaleza generalmente serán dispositivas (art. 12). Así la libertad de casarse ni siquiera puede ser condición para una asignación testamentaria (1074): si alguien renuncia a esta libertad la disposición se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo hasta la mayor edad. Lo mismo vale para los derechos de alimentos futuros (art. 336), y en general para los derechos de la personalidad.

85. Por consiguiente, el problema consiste en determinar *cuando una norma es de orden público*. La forma normativa no es suficiente para inferirlo, salvo en el caso de las prohibiciones legales de acuerdo a la norma del art. 10 del código.

Las tentativas para dar un criterio abstracto para esta calificación han fracasado. Por ejemplo, se ha dicho que las normas que persiguen un interés general son de orden público en tanto que las que miran a los intereses particulares son de orden privado. Si bien es cierto que hay normas de orden público que persiguen un interés general y que sólo lo que es de interés de las partes puede ser objeto de disposición contractual, la afirmación no es por completo exacta: también existen normas de orden público que tienen por objeto la protección de particulares (normas sobre capacidad de ejercicio) o ciertos grupos de personas que están en situación negocial de desequilibrio que el derecho compensa con derechos irrenunciables (derecho del trabajo y de los consumidores). Algo análogo vale para las normas de orden público que tienen por objeto la protección de la familia (derecho matrimonial y sucesorio).

Así, como se verá al tratar del contrato, a lo más se pueden agrupar los tipos de normas de orden público (persona, familia, sucesiones, validez de los actos jurídicos, ordenación y dirección de la economía, protección de grupos desaventajados, orden público constitucional, por ejemplo). Pero la pregunta acerca de si una norma es de orden público será, a falta de texto, el resultado de un acto de *interpretación*: si el fin de la norma sólo se puede cumplir de una forma y la negociación privada está excluida, entonces la norma es de orden público. De lo contrario debe entenderse dispositiva, de acuerdo al principio general.

86. El segundo límite genérico a que está sujeta la libertad, está dado en forma bastante difusa por la noción de *buenas costumbres*. Este concepto marca una zona de superposición de la moral al derecho: la moral señala el límite de lo jurídicamente lícito o permitido. Es un concepto movable, cuya evolución en el presente siglo ha revelado un desplazamiento desde

áreas del orden sexual, familiar o privado al ámbito de los negocios. La tendencia en la actualidad está orientada a restringir cada vez más el uso de la fuerza y a atribuir a las personas mayores ámbitos de privacidad. La sociedad tiende crecientemente a ser más tolerante y pluralista en materias que afectan a la forma de vida de las personas. Por eso la noción de buenas costumbres se ha desplazado desde terrenos que forman parte del ámbito de privacidad hacia el terreno de los deberes recíprocos en las relaciones interpersonales. Así, la autonomía privada encuentra su límite en el abuso que no está tipificado por la ley (porque si lo estuviere, habría infracción al orden público). Tal es el caso, por ejemplo, de fraudes contra acreedores o de abusos de posición dominante en un contrato. Las buenas costumbres son el límite que la decencia impone a la facultad de las partes de regular sus relaciones.

Por último, las *prohibiciones legales* establecen un límite especial a la naturaleza dispositiva del derecho: la norma legal prohibitiva tiene como sanción general la nulidad absoluta, sin necesidad de indagar si su interés es privado o público (arts. 10, 11, 1461 inc. final, 1467 inc. segundo y 1682).

§12. TIPOS DE LEYES ATENDIENDO AL ÓRGANO DEL CUAL EMANAN

87. En un sentido muy amplio o genérico hablar de ley es referirse a toda norma general y permanente emanada de una autoridad pública competente, cualquiera sea ésta y cualquiera haya sido el procedimiento a través del que ha sido aprobada. Es el concepto de legislación, o de *ley en sentido material*.

Pero en un sentido estricto, puramente *formal*, la ley es un acto complejo del poder legislativo, realizado conforme a un procedimiento determinado, cualquiera sea su contenido (incluso si se trata de leyes particulares, como las que establecen pensiones de gracia). Cuando se habla específicamente de ley se entiende la ley *en sentido estricto*, esto es, aquélla en que participan los órganos colegisladores, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

A la ley en sentido estricto son asimiladas para todos los efectos legales otras fuentes que tienen jerarquía de ley, aún cuando no hayan observado el procedimiento de gestación de esta última (DL, DFL, tratados). Así, por ejemplo, los recursos de casación en el fondo y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que sólo proceden por infracción de ley (esto es, de ley en sentido estricto), se extienden a estas fuentes de jerarquía legal.

88. El concepto de legislación (ley en sentido amplio) comprende diversos tipos de fuentes que tienen en común expresar fuentes de normas generales emanadas del poder público:
- Constitución
 - Tratados internacionales

- Ley en sentido estricto (que incluyen las Leyes Orgánicas Constitucionales –LOC– y las Leyes de Quórum Calificado –LQC)
- Decretos Ley (DL)
- Decretos con fuerza de ley (DFL)
- Decretos Supremos (DS), que cuando son generales son denominados Reglamentos
- Simples Decretos
- Autoacordados dictados por los tribunales superiores para la tramitación de asuntos judiciales (por ejemplo, autoacordado sobre tramitación del Recurso de Protección).
- Resoluciones de diversos órganos administrativos que tienen facultades normativas y generales. Entre las principales se pueden enunciar:
 - Superintendencias (de AFP, de Bancos, de Valores y de Seguros, de Isapres), que actúan mediante “circulares”.
 - Banco Central, que ejerce sus facultades normativas en materias monetarias y de cambios internacionales mediante “acuerdos”.
 - Servicio de Impuestos Internos, que tiene facultades interpretativas generales de la ley, las que ejerce mediante “circulares”.
- A ello se agrega la facultad de las municipalidades de dictar, con eficacia a nivel local, normas generales sobre urbanismo, aseo, permisos para realizar actividades y sobre las otras materias de su competencia. Las normas generales dictadas por las municipalidades se denominan ordenanzas.

a. Problemas de jerarquía

89. Todo estado se encuentra jurídicamente organizado sobre la base de potestades atribuidas a sus distintos órganos, en razón de principios de jerarquía y distribución, sea ésta territorial o funcional.

Las potestades normativas o legislativas en sentido amplio, no escapan a esta regla. El Estado comprende diversas entidades revestidas de poder para dictar normas generales y permanentes, tanto a nivel territorial (municipalidades) como funcional (servicios públicos). Las atribuciones normativas de cada órgano están definidas por una regla dictada por un órgano superior.

La estructura clásica de un ordenamiento constitucional es bastante simple: en la cima del sistema jerárquico de la organización del estado está el Poder Constituyente. De este modo, desde un punto de vista formal, la Constitución Política es la ley de leyes, no sujeta a una fuente superior. Las leyes se encuentran subordinadas tanto respecto de su contenido como del procedimiento de su formación a las normas constitucionales. Los decretos y demás actos de contenido normativo de la administración se sitúan en este esquema, bajo las leyes y, obviamente, bajo la Constitución.

En términos generales el sistema jurídico clásico chileno reprodujo tradicionalmente el modelo citado. Bajo la Constitución de 1925 venía directa y exclusivamente la ley, de modo que el legislador tenía facultades normativas amplias, sólo limitadas por la propia

Constitución. Esa carta fundamental empleaba la fórmula “sólo por ley se puede” para definir las facultades del legislador, lo que quería significar que en esas materias sólo era competente el legislador y estaba excluida la competencia del Presidente de la República. En las materias no previstas como privativas del legislador el Presidente gozaba de un amplio campo de potestad reglamentaria. Pero ello no excluía que el legislador usara sus facultades normativas más generales para dictar normas en materias que eran de competencia del Poder Ejecutivo. El Presidente de la República se encontraba jerárquicamente subordinado al legislador y éste podía interferir, si así lo deseaba, en su área de competencias normativas (Constitución de 1925, art. 44).

La Constitución vigente ha alterado esta estructura jerárquica y ha establecido una separación de funciones entre el legislador y el ejecutivo. Se ha establecido un listado de materias que son de competencia del legislador: el art. 60 dispone que “sólo son materias de ley” las que esa norma enumera y el remanente, de conformidad con el N°8 del art. 32 de la Constitución, es de competencia excluyente del Presidente de la República por medio de los *reglamentos autónomos* (así llamados en razón de su independencia respecto de la ley). De este modo, la regla general en materia de facultades normativas es que ellas pertenezcan al Presidente de la República, correspondiendo al legislador sólo las materias expresamente señaladas por la Constitución.

Con todo, la Constitución también contiene una reserva general en cuanto al alcance de las facultades del legislador: también es materia de ley “toda ... norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (art. 63 N° 20). La amplitud de esta norma puede entrar en colisión con la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo. Los conflictos que se produzcan al efecto entre el Presidente y el Congreso son resueltos por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, las facultades normativas del Presidente de la República, al margen de sus potestades propiamente legislativas en cuanto órgano colegislador, son de dos órdenes: (i) facultades propias derivadas directamente de la Constitución y en cuyo ejercicio no está subordinado al legislador (reglamentos autónomos); y, (ii) facultades de ejecución de la ley, en virtud de las cuales dicta normas que aplican o reglamentan las leyes, y en cuyo ejercicio sí está subordinado al legislador (reglamentos de ejecución).

§13. FUERZA OBLIGATORIA DE LA LEY

a. Vigencia

90. Desde que una ley entra en vigencia se impone y hace obligatoria respecto de todas las autoridades, los jueces, el estado y sus órganos y las personas en general.

La pregunta por la fuerza obligatoria de la ley se refiere a los requisitos para que las leyes vinculen a todos los habitantes de la República. El Código Civil regula esta materia en los artículos 6° a 8°.

El principio es que las leyes sólo son obligatorias cuando se cumplen dos requisitos: (a) la promulgación, que se realiza mediante el decreto supremo en virtud del cual el Presidente de la República ordena, como jefe del Poder Ejecutivo, que sea observada; y, (b) la publicación, que es el acto en virtud del cual la ley es hecha conocida a todos quienes deben observarla (artículo 6°).

91. Promulgación. El acto de promulgación de la ley es su primer acto de ejecución, pues ordena que sea cumplida y observada en toda la República. Es un típico acto de gobierno y, por eso, corresponde al Presidente de la República.

Respecto de leyes (en sentido amplio) que no emanan del Poder Legislativo, como es el caso de los decretos y de las resoluciones administrativas, el acto de promulgación se identifica por lo general con el de aprobación.

92. Publicación. La sola promulgación de la ley no basta para que se entienda obligatoria: es necesario que se haga conocida por los sujetos a los que se pretende aplicar. Este es el fin de la publicación de la ley. La publicidad es, pues, un elemento que puede estimarse perteneciente al concepto de ley: hay una cierta contradicción entre la idea de ley y la de secreto. Se entiende, por tanto, que todas las leyes sean públicas. Aunque en el pasado se dictaron algunas disposiciones legales secretas, hoy la propia Constitución dispone este trámite, fijando al Presidente un plazo para hacerlo: cinco días desde que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio (art. 72 inc. final).

La publicación debe hacerse mediante la inserción de su texto en el Diario Oficial (art. 7°). La norma es puramente legal, por lo que otra ley podría establecer un procedimiento alternativo para darla a conocer, aunque ello sería, desde el punto de vista de los usos, una anomalía. Para todos los efectos legales la fecha de la ley es la de su inserción en el Diario Oficial.

Desde el momento de su publicación la ley entra en vigencia (“será obligatoria”) y se entiende conocida de todos.

93. La ley entra en *vigencia* usualmente el mismo día de su publicación. Esta regla admite las excepciones de la *retroactividad*, afectando sucesos ocurridos antes de su dictación, y de la *vacancia legal*, que la posterga para más adelante. A ambas nos referiremos más adelante, al tratar los efectos de la ley en el tiempo.

b. Presunción de conocimiento.

94. La ley se presume conocida por todos, desde su publicación (art. 7°), con el efecto de que nadie puede alegar ignorancia de la ley después de su entrada en vigencia (art. 8°). Así, la

presunción de conocimiento envuelve la inexcusabilidad o inadmisibilidad de la alegación de desconocimiento efectivo de la ley.

La norma original del Código, tomando en consideración la escasa población del país y la relativamente larga extensión de su territorio, establecía un sistema de vigencia escalonada de la ley. En la actualidad (y desde 1949), una vez entrada en vigencia la ley se aplica instantánea y simultáneamente en todo el país. Por regla general la publicación de la ley trae consigo la aplicación inmediata de la misma y, consecuentemente, la presunción del art. 7°.

Esta *presunción de conocimiento de la ley*, por injusta que pueda parecer en un caso concreto, es una exigencia inevitable de seguridad jurídica: en un sistema normativo la aplicabilidad u obligatoriedad de las reglas no puede estar sujeta a discusión. Si pudiere ser alegada la ignorancia de la ley, su obligatoriedad sería ilusoria, porque ella sería permanentemente alegada para eximirse de cumplir los deberes.

95. Distintas normas del Código Civil asocian el desconocimiento del derecho a una *presunción de mala fe*. Esta es una exigencia de seguridad jurídica, pues se pretende evitar que alguien se sustraiga del imperio del derecho con la excusa del desconocimiento.

Es el caso del artículo 706 que regula la buena fe como calidad de la posesión: el poseedor de una cosa está de buena fe si tiene la conciencia de haberla adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Esto es, si el poseedor cree que el vendedor de la cosa que actualmente posee era el dueño, está de buena fe, porque un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero, por el contrario, si creía, también por error, pero ahora de derecho, que la mera posesión material transforma al que tiene la cosa en dueño no podría alegar buena fe, porque el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (artículo 706).

El mismo principio está recogido en las normas que tratan del error como vicio del consentimiento en los contratos. En términos generales la doctrina del acto jurídico se estructura en torno a la idea de la voluntad, como fuerza creadora de derecho: el acto jurídico (y el contrato lo es por excelencia) es en esencia un acto de voluntad, y por lo tanto un acto libre e informado. Dos razones pueden afectar la información de quien celebra el acto: el error y el engaño. Es por esto que quien celebre un contrato influido por un error determinante puede pedir la rescisión (nulidad relativa) del acto celebrado bajo la influencia del error. El Código, empero, se apresura en aclarar que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (artículo 1452).

De estas reglas (artículos 8°, 706 y 1452) se ha inferido por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia el principio de que en el ordenamiento jurídico chileno el error de derecho es siempre *inexcusable*. En derecho, sin embargo, los principios admiten excepciones. Eso también ocurre con la inexcusabilidad del error de derecho, en aquellos casos en que aceptarlo es de justicia y no acarrea consecuencias inadmisibles desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

De hecho, en el propio derecho civil hay normas que permiten excusar el error de derecho por razones extremas de justicia. Es la situación del *pago de lo no debido*, esto es, cuando alguien paga a otra persona algo, creyendo, por error, que se lo debía. Ese pago produce un enriquecimiento sin causa, porque el que recibe se enriquece sin que tenga justificación jurídica para hacerlo, por lo que da lugar a una obligación restitutoria. El Código hace prevalecer este principio incluso en casos de error de derecho: “Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho” (art. 2299). Antes se había expresado que “se podrá repetir lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural” (art. 2297).

Otra institución civil en que el error de derecho resulta excusable es el llamado *matrimonio putativo*. El matrimonio que es declarado nulo no debiera producir efecto alguno según la regla del artículo 1687: las partes de un contrato nulo son restituidas al estado anterior a su celebración. De este modo, la nulidad del matrimonio provocaría la indeterminación de la filiación de los hijos, la pérdida de los derechos patrimoniales adquiridos por los cónyuges durante la sociedad conyugal que existió mientras estuvieron casados y la restitución de las pensiones alimenticias. Estos efectos nefastos desde el punto de vista de la justicia son corregidos, aunque haya intervenido error de derecho. Así, el matrimonio nulo produce efectos respecto de ambos cónyuges, en tanto ambos estén de buena fe y la doctrina y jurisprudencia han estimado que esta buena fe no se opone al error de derecho. Esto es, aunque la causal de nulidad del matrimonio se base en un concepto equivocado del derecho (v.g. de las normas que establecen los requisitos de validez del matrimonio), el matrimonio produce plenos efectos, mientras dure esa buena fe (Ley de Matrimonio Civil, art. 51, inciso primero).

Artículo 51.- El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad.

Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges.

Artículo 52.- Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia.

Más fuerte todavía, porque no depende de la buena fe, es la regla de que el matrimonio declarado nulo por no haberse cumplido con los requisitos relativos al número y calidad de los testigos, produce plenos efectos en cuanto a la *determinación de la filiación de los hijos* (ídem, inciso cuarto).

Así, el error de derecho de los cónyuges queda excusado respecto del cónyuge de buena fe y queda excusado respecto de los hijos, aunque los cónyuges hubiesen estado de mala fe.

En otras ramas del derecho, también es excusable, en ciertas circunstancias, el error de derecho. Es el caso de la doctrina penal, que conoce las instituciones del error de tipo y de prohibición. En el derecho penal el error acerca de la norma que establece un delito penal puede servir para atenuar la pena o incluso para excluir la culpabilidad. También en el derecho tributario, el error de derecho sufrido por personas presumiblemente desinformadas acerca de la ley tributaria, produce ciertos efectos atenuantes (Código Tributario, art. 107 N°3 y 4).

En suma, el principio de que el error de derecho es inexcusable se deriva de la regla que establece la presunción de que la ley es conocida por todos desde su publicación (art. 7°). Otras reglas del Código Civil dan al error de derecho un carácter inexcusable, en forma explícita (706, 1452). Con todo, dicho principio admite calificaciones, en casos límites en que la finalidad de la presunción, (esto es, la seguridad o certeza jurídica) no se ve violentada al subordinarse ante consideraciones de justicia. Así se explican las excepciones al principio, como lo muestran en el derecho civil, las reglas sobre el pago de lo no debido y del matrimonio putativo, además de los ejemplos referidos de otras ramas del derecho.

§14. VIGENCIA DE LA LEY. EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO

a. Introducción: conflictos de leyes

96. La ley es de naturaleza histórica, tiene un tiempo en el que rige y un espacio en que se aplica.

Los efectos de la ley en el tiempo plantean preguntas relativas a su vigencia: la ley tiene un momento en que inicia su vigencia y otro en que ésta termina.

Los efectos de la ley en el espacio se refieren al alcance territorial de aplicación de la ley. La ley chilena difiere de la argentina o de la italiana, por lo que surge el problema de la delimitación de los respectivos ámbitos geográficos y personales de aplicación.

Tanto por la sucesión de leyes diferentes en el tiempo, como por la diversidad de leyes en el espacio, surgen problemas de conflictos de leyes que plantean difíciles preguntas técnicas, que hacen necesario el establecimiento de alguna regla de segundo orden, que establezca un

criterio para determinar cual de las leyes (la anterior o la posterior; la nacional o la extranjera) debe aplicarse a una cierta relación.

En materia de conflicto de leyes en el espacio existe incluso una disciplina autónoma, como es el derecho internacional privado, que define reglas de conflicto sobre la base de los distintos elementos materiales de la relación jurídica afectada por la colisión de legislaciones aplicables.

En cuanto al conflicto de leyes en el tiempo, éste se produce porque las relaciones jurídicas con frecuencia no son instantáneas, sino que se prolongan a lo largo del tiempo. Así, es posible que dos leyes de contenido normativo diferente, dictadas sucesivamente, resulten aplicables.

La materia está regulada por algunos principios dados por el Código Civil y por normas específicas establecidas por la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes.

Respecto de la vigencia de la ley existen dos preguntas principales: ¿desde cuándo rige una ley? (iniciación de vigencia); ¿hasta cuándo rige dicha ley? (término de vigencia).

b. Principios que rigen la iniciación de vigencia de la ley

97. El inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad.

(a) *Vigencia inmediata de la ley*: el principio, ya analizado, es que la ley inicia su vigencia en la fecha de la publicación (arts. 6° y 7°).

(b) *Irretroactividad de la ley*: el principio establecido por el Código Civil es que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Ello con la sola limitación de que las leyes interpretativas, que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entienden incorporadas en las leyes que interpretan (y tienen ficticiamente la fecha de vigencia de éstas). En cualquier caso, estas últimas no pueden afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9°; Constitución, art. 76).

c. Excepción al principio de la vigencia inmediata: vacancia legal

98. La excepción al principio de vigencia inmediata de la ley es la llamada vacancia legal. La vacancia legal se produce cuando una ley comienza a regir en una época posterior a la de su publicación (art. 7° inc. tercero). Esta situación se puede deber a que la ley establezca un plazo o una condición para su propia entrada en vigencia.

El artículo final del Código Civil es un ejemplo de vacancia legal. El decreto promulgatorio es de fecha 14 de diciembre de 1855 y su artículo final establece: “El presente código comenzará a regir desde el 1° de enero de 1857 (...)” Es usual en Chile que las leyes que

alteran fundamentalmente normas vigentes, contemplen una vacancia legal. Tal fue el caso, por ejemplo, de la reforma procesal penal.

En Chile hay, además, un caso de vacancia general: las leyes que modifican impuestos entran en vigencia el primer día del mes siguiente de su publicación (Código Tributario, art. 3°). También lo constituía el art. 7° original del Código: la ley entraba en vigencia transcurridos seis días desde su promulgación (la fecha de ésta era la del periódico en que se insertaba) y luego lo hacía escalonadamente en el país.

La vacancia legal de la ley nueva, produce como efecto reflejo la *ultractividad* de la ley antigua, puesto que ésta sigue rigiendo en el período entre la publicación de la ley nueva y su entrada en vigencia.

§15. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD: RETROACTIVIDAD

99. El principio en materia de efectos de la ley en el tiempo es la *irretroactividad*. La sola excepción general son las leyes interpretativas en la forma que se ha comentado (art. 9°).

Sin embargo, ese principio está establecido en una norma meramente legal y no constitucional. A pesar de lo categórico de sus términos, obliga al juez y no al legislador, quien puede dictar un precepto legal contrario a otro precepto legal, sin más límite que la Constitución. De esta forma el legislador puede modificar el principio de irretroactividad del Código Civil, dictando leyes con efecto retroactivo.

100. En circunstancias que el principio es la irretroactividad de la ley, la retroactividad, esto es el efecto excepcional de que una ley rija hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, es siempre de derecho estricto y por consiguiente debe ser establecido expresamente por el legislador.

La retroactividad es una institución excepcional que afecta la seguridad jurídica. En efecto, el derecho establece las consecuencias de nuestros actos y, como es obvio, nuestra conducta está determinada por un cálculo de dichos efectos, de modo que si la ley altera con posterioridad esas consecuencias, modifica el marco de previsiones que ha determinado nuestro actuar. La retroactividad no se presume y en casos límites, como en materias penales y de garantías constitucionales, no procede ni siquiera bajo norma legal expresa. Atendido el principio de irretroactividad de la ley, los jueces tienen el deber de interpretar y aplicar las leyes de una manera que no resulte retroactiva.

101. La experiencia pronto mostró que formular el principio de irretroactividad era más sencillo que aplicarlo, particularmente cuando ocurrían modificaciones estructurales de legislación. Este hecho motivó al legislador ya en los primeros años de vigencia del Código a dictar una ley que se encargara de señalar al juez criterios para la aplicación del principio de irretroactividad (Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, de 1861).

La aplicación de esta ley, en todo caso, es inusual, pues la generalidad de las leyes que se dictan contienen reglas transitorias sobre su aplicación, que resuelven los conflictos temporales que pudiere desencadenar el cambio de legislación.

a. Doctrinas para determinar si una ley es retroactiva

102. El primer problema que suscita la aplicación del principio de irretroactividad es determinar cuando una ley es retroactiva. Las principales doctrinas que han sido desarrolladas para definir un criterio son la de los derechos adquiridos y la de las relaciones jurídicas.
103. La *doctrina de los derechos adquiridos* plantea que lo decisivo para definir la retroactividad son los derechos que establecen las leyes, a cuyo respecto las personas se pueden encontrar en dos situaciones:
 - (a) Que el derecho subjetivo *esté ya incorporado al patrimonio* de las personas al dictarse una ley posterior, para lo cual se tienen que haber cumplido todos los antecedentes requeridos por la ley para su adquisición. En tal caso se habla de *derecho adquirido*.
 - (b) Puede que sólo se tenga la esperanza de adquirir un derecho, pero que aún no se hayan cumplido todos los requisitos que la ley establece para esa adquisición. En este caso se tienen *meras expectativas*.

Una ley es retroactiva si lesiona derechos adquiridos. Por el contrario, si afecta meras expectativas no es retroactiva. La consecuencia normativa de esta distinción es que respecto de los derechos adquiridos rige la ley antigua y respecto de las meras expectativas rige la ley nueva. De ese modo queda, según la doctrina, garantizado el efecto no retroactivo de la ley. La Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes contiene normas que, respectivamente, se refieren a las meras expectativas, que se ven afectadas por la ley nueva, y los derechos adquiridos, cuya pasada adquisición no se ve afectada (arts. 7° y 8°).

Esta doctrina está concebida desde el punto de vista subjetivo. Lo que importa a la doctrina es que las posiciones jurídicas consolidadas (derechos subjetivos ya adquiridos) no sean afectados por la ley posterior. La teoría significa una fuerte garantía de certeza.

De esa circunstancia se sigue la crítica de que la doctrina es extremadamente irretroactiva y provoca la ultractividad de la ley antigua. En efecto, según la doctrina de los derechos adquiridos, la ley antigua debiera seguir rigiendo respecto de derechos adquiridos bajo su vigencia, aún después de su derogación. También se dice que es extremadamente individualista: quien haya consolidado una posición jurídica en la forma de un derecho subjetivo, tiene la certeza de que ésta permanecerá inamovible, por mucho que haya un interés general que justifique modificarla.

104. La *doctrina de la relación jurídica* distingue tres cuestiones fundamentales: la constitución de una relación jurídica; los efectos de una relación jurídica anteriores a la entrada en vigencia de una nueva ley y los efectos posteriores a esa entrada en vigencia; y la extinción de la relación jurídica.

La relación jurídica es, como se verá, un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Lo característico de la relación jurídica es que tienen un momento en que ella se crea, luego produce sus efectos, y finalmente se extingue.

Hay relaciones que se extinguen inmediatamente después de producidos los efectos. Tal es, por ejemplo, el caso en una compraventa al contado, en que al momento del contrato se cumplen las obligaciones del comprador y del vendedor. Pero otras relaciones jurídicas producen sus efectos durante un cierto período de tiempo (arrendamiento, préstamo, matrimonio). La doctrina de la relación jurídica establece criterios especialmente útiles para estas relaciones de larga duración, distinguiendo su constitución, sus efectos y su extinción:

- (a) En cuanto a su *constitución*, las relaciones jurídicas constituidas bajo una ley persisten bajo la ley nueva aunque ésta fije nuevas condiciones para dicha constitución;
- (b) En cuanto a los *efectos*, se rigen por la ley vigente al momento en que estos efectos se producen, de modo que los efectos pasados se rigen por la ley antigua y los futuros por la ley nueva;
- (c) En cuanto a la *extinción*, se rige por la ley vigente al momento en que ésta ocurre.

Esta doctrina supone implícitamente que toda relación privada lleva implícita alguna precariedad, al estar permanentemente sujeta a la eventual intervención del legislador. No es casual que esta doctrina haya tenido su origen en la década del 30 del presente siglo, época marcada por una aguda expansión de la intervención del estado en las relaciones privadas.

Al margen de la trascendencia política que importa la adopción de una u otra posición, la aplicación práctica de cada una de ellas incide en la eficacia de la nueva ley respecto de situaciones creadas en el pasado.

105. Las diferencias entre ambas doctrinas quedan de manifiesto en el siguiente ejemplo: un préstamo ha sido contratado en 1991 a una tasa de interés anual del 20%; se supone que en 1993 una nueva disposición establece como interés máximo una tasa del 12% y que el vencimiento (esto es, la obligación de pago) es en 1995.

CONSTITUCIÓN

[A]
Inicio
Julio 1991

[B]

Mayo 1993

EXTINCIÓN

[C]
Vencimiento
Julio 1995

20% interés anual

Nueva ley fija interés máximo de
12% anual

Si la ley de mayo de 1993 fuera extremadamente retroactiva afectaría los efectos pasados, esto es, que incluso las cuotas de intereses ya pagados anteriores a mayo de 1993 estuvieron limitados por el interés máximo del 12%.

El grado intermedio de retroactividad coincide con el efecto estrictamente inmediato, esto es, sólo afecta los pagos correspondientes a cuotas que venzan después de la publicación de la nueva ley.

El grado de mayor irretroactividad consiste en que la ley no afecte de modo alguno el contrato y se cumplan todos los efectos convenidos, aun bajo el imperio de la ley nueva. Por eso, esta solución combina absoluta irretroactividad de la ley nueva con ultractividad de la ley antigua.

En el ejemplo se ve asimismo la diferencia entre la doctrina de los derechos adquiridos y de la relación jurídica. Según la primera el acreedor del préstamo tiene, en virtud de un contrato perfectamente lícito al momento de celebrarlo, el derecho adquirido a que su deudor le pague un interés del 20% anual hasta el vencimiento del préstamo en julio de 1995. Se sustenta esta tesis en que cuando se convino el préstamo, el acreedor tuvo presente ese interés como antecedente de su decisión de otorgarlo, por lo que alterar los efectos del contrato con posterioridad afecta los fundamentos de su decisión de celebrar el contrato. Este es el argumento de seguridad jurídica que aspira a una solución de nula retroactividad.

Por el contrario, la doctrina de la relación jurídica hace que los efectos futuros del contrato se rijan por la ley nueva. Con esto se pretende compatibilizar el efecto inmediato de la ley nueva con el principio de irretroactividad. El interés público o de protección de los deudores que persigue el legislador de mayo de 1993 primaría en este caso por sobre la institución del contrato.

Si se acepta el contrato como modo de definir relaciones privadas, se optará por una regla de absoluta irretroactividad: el contrato se sigue rigiendo por la ley antigua hasta que extingue sus efectos y la solución estará dada de acuerdo con la doctrina de los derechos adquiridos: el acreedor del préstamo tiene adquirido el derecho a percibir una cierta suma de dinero y la ley posterior será retroactiva si afecta ese derecho. Precisamente en protección de la institución del contrato la ley chilena establece este principio en esa materia (art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo).

b. Reglas de irretroactividad de la ley chilena

106. La Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes sigue, según las materias, *criterios eclécticos*: respecto de ciertas instituciones sigue la doctrina de los derechos adquiridos y respecto de otras se acerca a los principios de la doctrina de la relación jurídica (aunque ésta haya

sido de formulación posterior). Las soluciones están planteadas con criterio casuístico y no teórico, considerando en cada caso los bienes jurídicos en juego. No está construida sistemáticamente: es más bien un listado de soluciones prácticas.

Adicionalmente, esta ley tiene carácter supletorio, esto es, rige respecto de leyes que no regulan por sí mismas sus efectos en el tiempo. Como se ha expresado, es usual que las leyes susceptibles de provocar conflictos regulen por sí mismas sus efectos en el tiempo (véase, por ejemplo, el art. 1° de la ley N°18.010, sobre operaciones de crédito de dinero).

Debe tenerse presente que el nombre de la ley es equívoco, pues sus normas no regulan el “efecto retroactivo”, sino, por el contrario, el “efecto no retroactivo” de las leyes. En efecto, el objetivo de la ley es dar aplicación práctica al criterio de irretroactividad establecido en el Código Civil (art. 9°).

107. Tradicionalmente, la doctrina chilena ha considerado que la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes está construida sobre la base de la doctrina de los derechos adquiridos. Este principio se consagra principalmente en los artículos 7° inciso primero y 8°: Por un lado se expresa que “las meras expectativas no constituyen derecho” (art. 7°), mientras que por otro se señala que un derecho ya adquirido bajo la antigua ley, como es la capacidad de ejercicio, se conserva bajo el imperio de una ley nueva, aunque ésta establezca requisitos adicionales para su adquisición (art. 8°).

Estas dos normas son aplicaciones del criterio de los derechos adquiridos y, en general, puede postularse que expresan que el criterio del derecho chileno en materia de irretroactividad es el que propone la doctrina de los derechos adquiridos.

Sin perjuicio de ello, diversas normas específicas establecen criterios que no son enteramente interpretables bajo esa doctrina.

108. Estado Civil: El artículo 2° establece el principio del efecto inmediato de la nueva ley respecto de la constitución futura de estado civil: si la nueva ley establece requisitos para adquirir un determinado estado civil diferentes que la antigua, prevalecerá la nueva ley sobre la antigua.

A su vez, el artículo 3° establece que “el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos. En consecuencia, las reglas de subordinación y dependencia entre cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, establecidas por una nueva ley, serán obligatorias desde que ella empiece a regir, sin perjuicio del pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior”.

Estas normas reflejan claramente una posición acorde a la doctrina de la relación jurídica, por cuanto ordenan la vigencia inmediata de la ley en cuanto a los efectos. Aunque se

respetar la constitución del estado civil bajo la ley antigua, los efectos futuros se rigen por la ley nueva.

Esta orientación se confirma en el artículo 5° referido a los hijos naturales⁸: “Las personas que bajo el imperio de una ley hubiesen adquirido en conformidad a ella el estado de hijos naturales, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior”.

Por otra parte, si un hijo ilegítimo bajo el imperio de una ley tenía la esperanza de pasar a ser legítimo por el posterior matrimonio de sus padres, no adquirirá ese derecho si los padres se casan bajo el imperio de una ley posterior que establezca requisitos adicionales para la legitimación (art. 7° inc. segundo). El hijo tenía la mera expectativa de ser legitimado, pero no el derecho, pues éste sólo lo habría tenido si sus padres se hubiesen casado bajo el imperio de la ley antigua. Sin embargo no es necesario recurrir a la doctrina clásica para fundar esta regla: a las mismas conclusiones se llega por aplicación de la doctrina de la relación jurídica.

109. Propiedad y demás derechos reales. “Art. 12: Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”.

En cuanto a propiedad, la constitución del derecho se rige por la ley antigua y sus efectos y extinción por la ley nueva. Expresado en términos de la doctrina de derechos adquiridos, puede decirse que el derecho de propiedad adquirido bajo una ley no se pierde bajo otra posterior que establece requisitos diferentes para su adquisición. Sin embargo, el alcance y extinción del derecho se rigen por la ley nueva, de modo que la naturaleza del derecho, de acuerdo con esta disposición, es definida por la ley posterior. La norma puede plantear problemas de constitucionalidad, porque en la medida que la ley nueva afecte atributos o facultades esenciales del dominio sería contraria a la garantía constitucional respectiva (Constitución, art. 19 N°24).

110. Sucesiones. “Art. 18: Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador. En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a su muerte las que reglan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones”.

“Art. 19: Si el testamento contuviere disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse a efecto, lo tendrán sin embargo siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador”.

⁸ Una de las formas de filiación no matrimonial que fueron eliminadas tras la dictación de la Ley N°19.585, de 1998.

En el caso de las sucesiones el análisis es diferente, puesto que el derecho nace a la muerte del testador. Por eso, al cambiarse las leyes que regulan los efectos de un testamento sólo se está actuando sobre meras expectativas. Por otro lado, al establecer que las formalidades del testamento se rigen por la ley antigua, se recoge el principio de irretroactividad en la ley que establece requisitos de forma.

111. Contratos. “Art. 22: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y 2º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

En materia de contratos, el artículo 22 acoge extensamente la doctrina de los derechos adquiridos, puesto que las leyes vigentes al momento de su celebración se entienden incorporadas al contrato, definiendo el alcance de los derechos hasta su extinción, por mucho que una ley posterior modifique estos efectos. Exceptúanse de esta regla el modo de reclamar los derechos (esto es, las normas procesales) o las penas estipuladas para la infracción; en estos casos rige el efecto inmediato de la ley.

112. Prescripción. La prescripción es una institución de seguridad jurídica que permite adquirir la propiedad (u otro derecho real) sobre una cosa por el hecho de la posesión durante un lapso de tiempo (prescripción adquisitiva) o produce la extinción de acciones o derechos por no haber sido ejercidos durante un lapso de tiempo (prescripción extintiva) (art. 2492).

Es común a la prescripción adquisitiva y extintiva, entonces, que haya transcurrido un plazo. Si la ley modifica ese plazo de prescripción surge la pregunta por cual resulta ser el plazo aplicable: ¿el fijado por la ley bajo la cual se comenzó a prescribir o el fijado por la nueva ley?

La Ley sobre Efecto Retroactivo da una solución práctica: el prescribiente puede optar entre el plazo establecido por la ley antigua o por la nueva. Si opta por la ley antigua, se cuenta el plazo desde que comenzó la prescripción; si opta por la nueva, el plazo sólo se cuenta desde que ésta entra en vigencia (art. 25).

También se ocupa la ley de la situación de imprescriptibilidad (adquisitiva): si una ley posterior declara imprescriptible un derecho no se podrá ganar por prescripción, aunque se haya iniciado la posesión bajo una ley anterior que lo declaraba prescriptible (art. 26). Se trata de un caso de aplicación del principio de los derechos adquiridos: mientras no se complete el plazo sólo existe la expectativa de adquirir la cosa o de extinguir una obligación por medio de la prescripción.

113. Normas procesales y, en general, normas de orden público. “Art. 24: Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”.

La doctrina clásica sostiene que las normas procesales, así como toda norma de orden público (y en particular las de derecho público), rigen *in actum*, es decir, inmediatamente, sin mayor discusión en torno a la existencia de derechos adquiridos. Esta aseveración otrora indiscutida por la doctrina es sometida en la actualidad a una severa crítica en razón de la protección constitucional de los derechos adquiridos.

En verdad, la irretroactividad es una institución de seguridad jurídica y no existe razón alguna para aceptar como principio que la seguridad ceda frente a los propósitos del legislador posterior que pretende satisfacer otros fines. También respecto de normas de orden público rige entonces el principio de que la ley no será retroactiva sólo si respeta derechos adquiridos. Ello por cierto no excluye que la ley posterior establezca su propia retroactividad. Sin embargo, este propósito tendrá como límite los derechos adquiridos que tengan rango constitucional (como la propiedad).

c. Comentario a las normas sobre efecto irretroactivo

114. En principio, las reglas de la ley sobre efecto retroactivo siguen la doctrina de los derechos adquiridos para resolver los conflictos de retroactividad de la ley. Desde luego, al considerar que las “meras expectativas no constituyen derecho” se puede inferir, *a contrario sensu*, que los derechos adquiridos, a diferencia de las meras expectativas, no son afectados por la ley posterior.

Reglas particulares de la ley, sin embargo, resuelven conflictos de leyes en el tiempo mediante criterios análogos a los de la doctrina de la relación jurídica, aunque la ley antecede en casi un siglo a esta formulación doctrinal. En la generalidad de los casos, la ley hace la distinción entre la constitución, el momento en que produce sus efectos y finalmente la extinción de la relación jurídica. Y la ley establece de modo reiterado que la constitución se rige por la ley vigente al momento de producirse; que los efectos se rigen por la ley nueva desde su dictación y que la extinción se rige por la ley vigente al momento en que sucede. Incluso, en el artículo 8º, una norma que ha sido mostrada como modelo de que la ley acepta la doctrina de los derechos adquiridos, se muestra el eclecticismo de la ley. Es cierto que la capacidad adquirida bajo la ley antigua no se pierde bajo la posterior, lo que es típico de la doctrina de los derechos adquiridos, pero los efectos se rigen por la ley nueva, lo que es, en verdad, una modificación de la doctrina de los derechos adquiridos. Esta modificación, que fue planteada por SAVIGNY, en verdad es el antecedente de la doctrina de la relación jurídica.

Sin embargo, en materia de contratos rige la teoría de los derechos adquiridos sin restricciones. No se acepta que un derecho adquirido en virtud de la celebración de un contrato se pierda o modifique por la dictación de una nueva ley. Ello se explica por el lugar prevalente que tiene en todo contrato la previsión del futuro que efectúa cada parte.

Por otro lado, la norma es razonable si se atiende a que las normas que rigen los contratos son por regla general dispositivas, esto es, rigen no sólo porque la ley las ha previsto, sino además, porque los contratantes así lo han querido, al no modificarlas o sustituirlas.

d. Aspectos constitucionales

115. Hay dos grupos de materias en que las leyes no pueden ser retroactivas, por mandato constitucional.

Ante todo, no pueden ser retroactivas las *leyes penales* por cuanto está consagrado específicamente en la Constitución el principio de irretroactividad. Así lo expresa el artículo 19 N°3, cuyo inciso cuarto dispone que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” (principio de la existencia previa del tribunal); y el inciso séptimo que establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (principio de la legalidad de la pena).

Otra limitación a la retroactividad está dada por los *derechos constitucionales*. Un derecho garantizado por la Constitución no puede ser dejado sin efecto por una ley posterior sino en los términos autorizados por la propia Constitución. En efecto, la retroactividad de una ley afecta, como se verá, derechos que una persona ya posee, de modo que si ese derecho afectado es garantizado por la Constitución, la ley retroactiva sería inconstitucional por ser contraria a la ley fundamental.

116. Por otro lado, la Constitución garantiza la *esencia* de los derechos que ella consagra (art. 19 N°26), de modo que no puede una ley posterior a su adquisición afectarlos en su núcleo central o esencia. En materias civiles, ello vale especialmente para el derecho de propiedad. La jurisprudencia de los tribunales ha sido muy extensiva en la definición de la propiedad, incluyendo bajo este concepto la titularidad sobre muy diversos derechos, con la consecuencia de que la garantía constitucional ha devenido en una fuerte y amplia limitación a la retroactividad.

§16. TERMINACIÓN DE VIGENCIA DE LA LEY

117. En principio, la ley tiene *vigencia indefinida*, esto es, mantiene su fuerza obligatoria hacia el futuro, sin limitación.

Con todo, la vigencia de la puede terminar, ya sea por derogación, ya sea por cumplimiento del plazo o condición establecido por la propia ley.

a. Derogación

118. La derogación es el efecto de un acto del legislador que deja sin efecto una ley anterior, sea porque la suprime, sea porque la reemplaza por otra.

El término “derogación” proviene del derecho romano, que distinguía entre la *abrogatio* (derogación de toda una ley) y la *derogatio* (derogación de parte de una ley). Hoy, la diferencia es irrelevante y ambos conceptos caen bajo la denominación de “derogación”.

119. La derogación tiene que emanar de un *órgano facultado*. En general es competente para derogar una ley *el mismo órgano que la dictó*. Así, sólo una ley ordinaria o común puede derogar una ley común; sólo una ley orgánica constitucional puede dejar sin efecto las disposiciones de una ley de esta naturaleza; sólo un reglamento puede derogar un reglamento, etc. Excepcionalmente la derogación de un DL o de un DFL, corresponde al legislador, por tener jerarquía de ley. No puede decirse lo mismo de los tratados internacionales que, aunque se les reconozca rango o jerarquía de ley no pueden ser derogados por el poder legislativo, sino con observancia de los procedimientos del derecho internacional.
120. También es competente para derogar normas *un órgano jerárquicamente superior* a aquél que las dictó. El Presidente de la República está subordinado al Congreso Nacional respecto de su potestad reglamentaria de ejecución, de suerte que si se dicta una ley que se contradice con las disposiciones del reglamento, éste se entiende derogado. No ocurre lo mismo respecto de la potestad reglamentaria autónoma, en cuyo ámbito de materias el Presidente no está sometido a la ley, sino sólo a la Constitución.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 se planteó la cuestión de si las normas legales contrarias a la nueva Carta se entendían tácitamente derogadas por ella. La Corte Suprema, conociendo de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (que previo a la reforma constitucional eran de su competencia) sostuvo en algunos fallos que correspondía aplicar las reglas generales sobre derogación de las leyes y que, por consiguiente, competía a los jueces del fondo o de la instancia (aquellos que están conociendo directamente del asunto litigioso) resolver y declarar la derogación de las leyes que habían pasado a ser inconstitucionales en virtud de la nueva Constitución. Sin embargo, parte importante de la doctrina sostuvo que las normas constitucionales son demasiado amplias para ser aplicadas directamente por los jueces en cada caso concreto, en particular si la propia Constitución ha instituido un recurso específico para el control de constitucionalidad de las leyes. En definitiva, la jurisprudencia ha acogido esta doctrina y ha decidido en el sentido que es a la propia Corte Suprema a quien corresponde declarar la inconstitucionalidad de leyes dictadas con anterioridad a la Constitución actualmente vigente. De este modo, las reglas sobre derogación tácita por una norma superior no rigen respecto de la Constitución.

Respecto de los actos administrativos la doctrina tradicional sostenía el principio de que son siempre revocables por la misma autoridad que lo dictó. La doctrina contemporánea del derecho administrativo, fundada en el principio del respeto de los derechos de las personas, hoy se sostiene que existe una especie de desasimiento de la autoridad que adoptó la decisión, quien no puede ya alterarla, en particular si hay derechos adquiridos de por medio. Tal sería, por ejemplo, el caso del acto administrativo que otorga una concesión: en

la medida que establece derechos para el concesionario no puede ser dejado sin efecto unilateralmente por la autoridad que la haya otorgado.

121. Existen diversos tipos de derogación. Ante todo, la derogación de la ley puede ser *total* o *parcial* (art. 52), dependiendo de si ella incluye toda la ley o sólo algunas de sus normas.

También puede ser *expresa* o *tácita*. La derogación expresa, a su vez, puede ser *especial* u *orgánica*.

122. Hay *derogación expresa* cuando el legislador señala expresamente que otra ley, o algunas de sus normas quedan derogadas. La derogación es expresa “cuando la nueva ley expresamente dice que deroga la antigua” (art. 52 inc. segundo).

La derogación expresa es especial cuando se enuncian precisamente las leyes o normas legales que se derogan. Es orgánica cuando se derogan todas las leyes referidas a las materias que se tratan en la ley posterior derogatoria. La derogación orgánica revela el deseo del legislador de normar completamente una materia, prescindiendo de toda la legislación vigente sobre el particular, sea o no lógicamente incompatible con la nueva ley, sin hacer otra mención que la de quedar derogadas todas las normas sobre la materia. Es el caso del artículo final de Código Civil, sin el cual habrían subsistido como vigentes las leyes españolas que desde el medioevo estaban en aplicación.

123. Hay *derogación tácita* “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior” (art. 52). La derogación tácita presenta mayores problemas jurídicos, porque siempre es el resultado de un acto de interpretación de la ley. La derogación tácita supone que dos leyes, una anterior y otra posterior, tienen contenidos lógicamente contradictorios entre sí.

La derogación tácita *es siempre especial*, porque se refiere exclusivamente a la materia en que hay contradicción, se trate de toda una ley o sólo de una parte o partes de ella. En todo lo que no pugnaren los contenidos de la ley posterior con los de la anterior, ésta permanece vigente (art. 53).

Para determinar si existe tal pugna de contenidos debe tenerse especialmente presente el grado de generalidad de la ley. *La dictación de una ley general no significa la derogación tácita de una especial anterior*, por inconciliable que resulte con ella. Sólo una nueva ley especial que regule la misma materia la deroga en lo que resulte incompatible. *Tampoco una ley especial posterior deroga una general anterior sino en la materia específica a que se refiere* aquélla, quedando subsistente ésta en las restantes materias.

b. Cumplimiento de plazo o condición

124. Algunas leyes tienen un *plazo de vigencia*. Cumplido ese término la ley deja de ser obligatoria. Este plazo puede ser expreso (cuando se señala la fecha de término de vigencia,

como en el caso de las disposiciones transitorias de la Constitución) o tácito (cuando la ley tiene una cierta finalidad y ésta se cumple).

Ejemplos de leyes sujetas a plazos expresos hay variados. Uno reciente es la Ley N°19.583 (conocida como la “Ley del Mono”) que permitía la regularización de construcciones urbanas (nuevas construcciones y ampliaciones) sin recepción definitiva, cuya vigencia finalizó el 31 de marzo de 2002.

Aunque es más inusual, nada impide que una ley establezca una condición (esto es, un hecho futuro e incierto) como criterio de terminación de vigencia.

c. Desuso

125. Cuando una norma legal durante un largo período de tiempo no es aplicada se dice que ha caído en desuso. En general el desuso, la costumbre de no aplicar cierta ley, no es aceptado como forma de poner término a la vigencia de la ley. Ello es consecuencia del principio de que la costumbre contra ley no tiene valor jurídico (art. 2°).

§17. EFECTOS DE LA LEY RESPECTO DE LAS PERSONAS

a. Principio

La siguiente sección se incluye sólo a modo de referencia. El estudio en detalle de esta materia corresponde al curso de Derecho Internacional Privado.

126. El principio que rige en cuanto a los efectos de la ley respecto de las personas es el de la *territorialidad* de la ley chilena. El art. 14 establece que “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

El ámbito personal de aplicación de la ley chilena se extiende a todos los habitantes; no sólo a los domiciliados sino también a los residentes e incluso a los transeúntes. En consecuencia, la ley no reconoce a los individuos una especie de estatuto personal, sino, por el contrario, la ley del territorio rige para todo el que lo pisa.

El principio supone, *a contrario sensu*, que a los chilenos se les aplica la ley chilena mientras se encuentren en su territorio, pero fuera de éste se les impone la ley extranjera.

127. Esta regla se ve confirmada por la amplia protección que establece la Constitución a los extranjeros. La norma que establece las garantías (art. 19) asegura a todas las personas, sin efectuar distinción sobre la base de su nacionalidad, sexo u otras calidades personales. En especial, la igualdad ante la ley se encuentra reconocida como derecho fundamental en varias disposiciones del mismo artículo (especialmente art. 19 N°s. 2 y 3). El Código Civil

reitera este principio al disponer que la ley no reconoce diferencia entre el chileno (categoría definida, de acuerdo con el art. 56, por las normas constitucionales) y el extranjero (entendido como todo el que no es chileno) en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles reglados por el Código (art. 57).

128. Sin embargo, el principio de no discriminación en cuanto a la aplicación de la ley respecto de los extranjeros reconoce ciertas excepciones.

Ante todo, de acuerdo con los principios del derecho internacional, la ley chilena reconoce a los agentes diplomáticos y a los estados y organizaciones internacionales una inmunidad de jurisdicción, en virtud de la cual no pueden ser llevados ante tribunales chilenos.

Por otro lado, en diversas leyes se distingue entre chilenos y extranjeros respecto de ciertos derechos. En muchos casos se trata de discriminaciones que obedecen a principios de reciprocidad:

- La propia Constitución reconoce la ciudadanía sólo a los nacionales. Los derechos políticos están reservados, por regla general, exclusivamente para ellos.
- El DL N°1.939, de 1977, impone restricciones a los extranjeros para la adquisición de bienes raíces en zonas fronterizas.
- Hay ciertas actividades que se encuentran reservadas para los nacionales, como la pesca, la navegación (marítima y aérea) respecto de puntos al interior del país (cabotaje) y las telecomunicaciones.
- La ley impone ciertas limitaciones a los extranjeros no domiciliados en Chile (transeúntes, de acuerdo con el art. 58) respecto del ejercicio de ciertos derechos. Así, el art. 497 les impide ejercer una tutela o curatela y el art. 1012 no les permite ser testigos en un testamento solemne otorgado en Chile.

b. Aplicación extraterritorial de la ley chilena

129. El principio de territorialidad de la ley sustituyó el sistema basado en los estatutos personales que seguían a la persona donde estuviese. Con todo, nuestra legislación reconoce excepcionalmente casos de aplicación extraterritorial de la ley chilena respecto de chilenos residentes en el extranjero.

El artículo 15 del Código Civil expresa una regla contraria e inconsistente con la del artículo 14, ya que establece un estatuto personal unilateral, en virtud del cual los chilenos domiciliados o residentes en el extranjero quedan sujetos, en ciertas circunstancias, a las leyes chilenas. En cambio, los extranjeros se rigen en Chile siempre por la ley chilena.

Las materias en que la ley chilena se aplica al chileno en el extranjero (art. 15) son las relativas a: (a) estado [civil] de las personas (casado, soltero o viudo, por ejemplo), (b) capacidad para ejecutar actos que hayan de tener efecto en Chile (15 N°1), y (c) obligaciones y derechos de familia (alimentos, por ejemplo), pero sólo respecto de cónyuges o parientes chilenos (15 N°2). Esta última regla tiene una aplicación restringida:

la aplicación extraterritorial de la ley chilena en materias de familia requiere que ambos sujetos de la relación sean chilenos. En definitiva, sólo se aplica a la familia chilena que emigra y a la que casualmente se forma en el extranjero.

§18. CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO

a. *Planteamiento*

La siguiente sección se incluye sólo a modo de referencia. El estudio en detalle de esta materia corresponde al curso de Derecho Internacional Privado.

130. Los conflictos de leyes en el espacio se presenta respecto de relaciones jurídicas que contienen elementos internacionales:

Un hecho ilícito cometido en el extranjero produce efectos en Chile. Una negligencia en la fabricación del sistema de frenos coreano introducido en un automóvil en Japón y exportado a Chile provoca un accidente en este país. La víctima desea que se le reparen perjuicios causados. ¿Por qué sistema jurídico se regirá la responsabilidad? Los derechos japonés, coreano y chileno son candidatos alternativos.

Una pareja de chilenos con un hijo nacido en Chile, vive o trabaja en Estados Unidos. Se separan y se plantean problemas de tuición y alimentación. ¿Qué ley se aplica? ¿La chilena o la del estado norteamericano donde viven?

La circunstancia de que los sistemas jurídicos tengan normas diferentes para resolver estas materias plantea los conflictos de normas en el espacio. Cuando los elementos de una relación jurídica sólo presentan elementos nacionales, no surge problema alguno: se aplica el derecho chileno. En cambio, cuando la relación tiene elementos que la vinculan a diversos países surge un conflicto de leyes, que debe ser resuelto definiendo cuál de las legislaciones pertinentes resultará aplicable.

131. Los principales elementos de carácter internacional que más frecuentemente provocan la discusión en torno al ordenamiento nacional aplicable son:

- el lugar donde están domiciliados los sujetos de la relación jurídica.
- la nacionalidad de los sujetos de la relación jurídica.
- el lugar donde se produce un hecho jurídico.
- el lugar donde se producen los efectos de ese hecho.
- el lugar donde se encuentran los bienes objeto de la disputa.

Estos elementos son denominados *factores de conexión*, en tanto vinculan la relación jurídica a un determinado país. En una relación internacional los factores de conexión

establecen relaciones con distintos países, de modo que la tarea del derecho es elegir aquél que resulte más relevante a ese tipo de relación y definir de ese modo la legislación aplicable.

El derecho internacional privado es la disciplina jurídica que se encarga del estudio y resolución de estos problemas, precisando para cada tipo de relación jurídica el factor de conexión más relevante, esto es, aquel elemento de la relación que determina la ley que más razonablemente resulta aplicable.

Cada estado tiene su propio derecho internacional privado, y por consiguiente sus propias reglas de conflicto, que determinan la procedencia de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico en razón de la concurrencia del factor de conexión relevante.

b. Principio de territorialidad en el Código Civil

132. Como se ha mostrado, el principio que rige en Chile es, ante todo, el de territorialidad de la ley (art. 14). En el territorio nacional sólo se aplica la ley chilena, sin reconocerse válidamente estatutos personales.

El territorio de Chile, para los efectos legales, comprende todo el territorio terrestre, con su espacio aéreo y subsuelo, el mar territorial (definido por el artículo 593) y la zona económica exclusiva (definida por el artículo 596).

Ratifica el Código este principio general de territorialidad de la ley al establecer que los bienes situados en Chile y los efectos de los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas (art. 16).

Sin embargo, el principio general no es de carácter absoluto: no sólo la ley chilena se aplica en Chile. Si en nuestro país sólo rigieran las leyes nacionales, no se podrían reconocer los derechos adquiridos legítimamente en país extraño. Lo mismo puede decirse de ciertas categorías jurídicas especiales adquiridas en el extranjero, como el estado civil.

c. Ley aplicable a los Bienes

133. La regla relativa a los bienes es aplicación del principio de territorialidad: “los bienes situados en Chile están sujetos a la ley chilena, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile” (art. 16, inc. primero). De este modo, respecto a la propiedad y los demás derechos reales sobre las cosas situadas en Chile, su alcance, los modos de adquirirlos, y la forma en que se conservan y pierden, se rigen por ley chilena. Se ha entendido que esta es una norma de *orden público*: los actos que tienen por objeto bienes situados en Chile no pueden válidamente someterse convencionalmente a leyes extranjeras en lo que respecta a derechos sobre dichos bienes.

La ley autoriza celebrar válidamente en el extranjero contratos referidos a bienes situados en Chile, pero agrega que los efectos de esos contratos se rigen por la ley chilena (art. 16,

incisos 2° y 3°). Así, por ejemplo, nada impide que en EE.UU. se vendan acciones de una sociedad anónima chilena. La venta puede quedar regida incluso por la ley norteamericana. Pero la transferencia de las acciones y los derechos que ellas otorgan al accionista se rigen por la ley chilena; en la medida que la sociedad anónima esté constituida en Chile, se entenderá que las acciones que representen derechos en ella se encuentran en Chile y estén sometidas a la ley chilena. Podrá comprenderse que con mayor razón esta es la regla que rige respecto de bienes corporales, raíces o muebles.

Se debe tener presente que la norma opera bilateralmente: los bienes situados fuera de Chile se rigen por la ley del lugar de ubicación.

d. Otras disposiciones

134. Sucesiones. En materia de sucesiones rige, en principio, una regla multilateral: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos especialmente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales” (art. 955). Según esta norma, la sucesión, que es uno de los modos de adquirir dominio, se regla por la ley del último domicilio del causante. Así, aunque el causante sea chileno, su sucesión se rige por la ley extranjera si al momento de fallecer tenía domicilio en el extranjero.

Con todo, también en este caso la ley establece derechos excepcionales en favor de los herederos chilenos en la sucesión de un extranjero (art. 998). Cuando la sucesión es intestada, a los herederos chilenos de un extranjero se les reconocen iguales derechos que los que corresponderían si el causante fuera chileno, es decir, conforme a la ley chilena. La regla es de contenido práctico, pues facilita los problemas que eventualmente origine la prueba de la ley extranjera. Además, los herederos chilenos tienen la posibilidad de pedir que se les adjudique la parte que les corresponde con cargo a los bienes situados en Chile (art. 998 inc. segundo).

135. Forma de los actos jurídicos. La norma del artículo 18 señala que, requiriéndose en Chile instrumento público, no valen en el país las escrituras privadas, por mucho que sean eficaces en el país extranjero donde se celebró el acto. Ahora bien, la forma como se otorga el instrumento público puede ser diferente en Chile que en el país extranjero ¿Qué pasa si en el extranjero, a diferencia de Chile, la escritura pública requiere de testigos? La ley chilena señala a este respecto que la forma del instrumento público se rige por la ley del lugar donde sea otorgado (art. 17). La forma se rige, en consecuencia, por el principio de territorialidad.
136. Contratos. Por último, en virtud del principio de autonomía privada consagrada en el artículo 1545 del Código Civil, las partes pueden convenir soberanamente la ley aplicable a la relación obligatoria que nace de un contrato que presente elementos internacionales. Si las partes no definen la ley aplicable, supletoriamente entra a regir la llamada “ley propia del contrato”, que es la ley del lugar donde se debe cumplir la prestación más característica

u obligación principal emanada del contrato (en un mandato, por ejemplo, será ley propia el lugar donde el encargo debe ser cumplido).

La autorización para que las partes puedan someter sus contratos internacionales a ley y jurisdicción extranjera es amplia: basta que el contrato tenga factores de conexión internacional. Ni siquiera se exige que exista un factor de conexión vinculado al país cuya legislación y jurisdicción es aplicable según la convención (así, por ejemplo, un contrato de aprovisionamiento de maquinarias entre una empresa chilena y una canadiense puede estar sujeta a la ley inglesa y convenirse que los conflictos serán resueltos en Londres).

Con todo, existen dos órdenes principales de limitaciones a los efectos de estas convenciones.

- (a) Los efectos de esos contratos que recaigan sobre bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena (art. 16 inc. tercero).
- (b) Tampoco podrían los contratos sujetos a ley extranjera afectar otras normas de orden público chilenas, en la medida que hayan de tener efectos en Chile. Así, por ejemplo, un contrato celebrado en el extranjero pero susceptible de producir efectos monopólicos en Chile, sólo será eficaz en cuanto sea compatible con las normas chilenas sobre libre competencia.

e. Fuentes del Derecho Internacional Privado

137. La principal fuente del derecho internacional privado chileno es el Código Civil. Supletoriamente rigen en Chile las normas del Código de Derecho Internacional Privado, que fue pactado mediante un tratado internacional ratificado por Chile. La ratificación se efectuó con la expresa reserva de que la legislación chilena prevalecería en lo que se opusiere a ese Código. De ahí que las reglas de conflicto establecidas en el Código Civil prevalezcan sobre las de aquél.

En el último tiempo se ha desarrollado una tendencia a crear un derecho internacional privado material, en oposición al formal, construido en la forma de reglas de conflicto. Aquél consiste en el establecimiento mediante tratados internacionales de ordenamientos especiales, diferentes de los nacionales, para cierto tipo de relaciones internacionales. El más importante es el surgido de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1978), que ha sido ratificado por Chile.

§19. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY

a. Tendencias a limitar interpretación

138. Cada vez que el derecho es codificado surge la tendencia a limitar las libertades del juez al momento de interpretar la ley. Ha habido muchos intentos de impedir la interpretación como forma de evitar que el juez se limite a aplicar la ley, desde tiempos antiguos: ya Justiniano prohibió los comentarios al Digesto.

El fundamento invocado para ello, es que los jueces carecen de legitimidad creadora, sino que poseerían un “poder neutro, casi nulo” (MONTESQUIEU). La tendencia es también una reacción frente a experiencias de arbitrariedad judicial, como la vista en *l’ancien Régime* en la Francia pre-revolucionaria.

b. Necesidad de la interpretación

139. Razones atribuibles al derecho legislado como objeto de la interpretación. Con todo, la interpretación se revela como una cuestión necesaria, ante todo, por la abstracción de la ley vs. la concreción de los casos que se presentan en la práctica, así como también por la equivocidad y contextualidad del lenguaje corriente que es utilizado por la ley para describir las conductas humanas.

Adicionalmente, la evolución de las costumbres da lugar a cambios en valoraciones sociales y jurídicas, que se contraponen con la relativa permanencia de la ley.

Por último, muchas veces las leyes son incapaces de prever todas las situaciones que se presentan en la práctica, por lo que recurren a fórmulas generales que dejan pendientes preguntas cruciales para que sean resueltas por la jurisprudencia. Por ejemplo, la aplicación de la compensación económica en caso de divorcio, en la nueva Ley Matrimonio Civil (art. 61).

140. Razones trascendentales: la hermenéutica como filosofía de la comprensión del comprender. Existen otras razones, ya no de orden práctica, que muestran la necesidad de la interpretación.

- (a) La hermenéutica es la teoría filosófica de la comprensión de las creaciones humanas (historia, derecho, arte). La comprensión, a diferencia de la ciencia explicativa, no se logra mediante una distancia entre quien persigue comprender y el objeto de comprensión. No se trata de *conocer* la ley, la historia, la revelación, el arte, sino de *comprenderla*. En el derecho la comprensión se produce a la luz de una pregunta práctica (caso o cuestión hipotética que debe ser resuelta a la luz del derecho).

- (b) El aporte de la hermenéutica contemporánea ha sido la noción de que la comprensión no es la simple reproducción del sentido originario, tal como fluye de la fuente (a diferencia del pensamiento de SAVIGNY) sino que se produce a partir de una pregunta que puede modificar nuestra idea anterior.

Por otra parte, el “sentido es aquello en lo que se muestra la *comprensión* de algo” (HEIDEGGER, Ser y Tiempo, §32). Y la comprensión no se produce en el vacío o ‘*desde afuera*’, porque el *sentido* se devela en el *horizonte comprensivo* que está *dado por el derecho como ordenamiento que tiene una lógica interna y supone valoraciones*. La interpretación tiene por antecedente la comprensión que unifica el horizonte comprensivo del intérprete con el texto o creación nueva que se trata de comprender.

- (i) *Toda interpretación supone comprender desde el interior de una tradición, pero tiene la finalidad práctica de responder una pregunta dogmática (doctrina) o un caso (judicial).*
- (ii) *La resolución del caso no se produce en un vacío, sino en una práctica de observancia del derecho. Interpretar supone someterse a la autoridad normativa de la ley.*
- (iii) Así, la teoría hermenéutica o de la interpretación asume que no existe distancia entre el acto de comprender y lo comprendido (ídem).

La comprensión se dirige al texto con una pregunta y comprende el texto a la luz de esa pregunta. En el acto de interpretación, sin embargo, está implícito un borrador de sentido que en la subsecuente articulación de argumentos para enfocar esa pregunta (obligación contractual, incumplimiento, pretensión resolutoria) puede ser corregido.

141. Otras maneras de definir la relación de interpretación con el texto son las siguientes:

- (a) Puede sostenerse que la ley nada tiene que decir más allá del significado semántico del texto. En este caso, la interpretación se limitará a determinar ese sentido.
- (b) Puede decirse también que toda interpretación supone adoptar *radicalmente la perspectiva del intérprete (deconstrucción, que asume que la fidelidad al texto es ilusoria)*.
- (c) Otra posibilidad es sostener que la interpretación *conduce a resultados imprecisos*, de modo que lo que rige es la arbitrariedad del aplicador, quien usa la interpretación como pretexto. Esta tesis pretende reconocer el carácter político de toda interpretación (Duncan KENNEDY).
- (d) Finalmente, puede argumentarse que toda interpretación es un juicio de verdad porque sólo así se puede sostener una justificación (Hércules de DWORKIN).

c. Cánones interpretativos

142. La tradición jurídica distingue diversos elementos o cánones interpretativos que hacen la interpretación de la ley una operación sujeta a reglas (que deben ser interpretadas). Entre ellos se encuentran:

- (a) Las palabras o la literalidad del texto.
- (b) El sentido, también denominado razón o espíritu.
- (c) La intención.
- (d) La coherencia sistemática.

143. Elemento literal (semántico). Se señala que el fin de la interpretación es buscar el sentido de la norma legal.

- (a) Artículo 19 I. La norma parece otorgar una especie de prioridad del texto de la ley sobre otros elementos. Con todo, asume que el *sentido* de la norma que se pretende interpretar es claro.
- (b) La ley está expresada, por lo general, en *lenguaje natural* de modo que el sentido literal estará dado por las reglas generales de la semántica (disciplina que estudia el sentido de las proposiciones). Por el hecho que la ley está redactada en lenguaje natural en la tradición chilena el artículo 20 del Código Civil ha dado lugar al recurso práctico usual al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe soslayarse que la ley también puede usar el lenguaje técnico jurídico o el de otras ciencias (art. 21).

- (c) Desde un punto de vista semántico se presentan dos problemas: (i) la vaguedad del lenguaje y (ii) la porosidad de la proposición.

Los conceptos tienen un núcleo de sentido y un ámbito de sentido. Sin embargo, los casos o las preguntas que éstos plantean pueden ir más allá de lo que el texto expresa (porosidad)

- (d) ¿Cuál es el valor relativo del elemento semántico o gramatical? Dependerá de diversos factores.

Un caso es que la interpretación estricta sea exigida por el sentido de la norma (arts. 1801 I y II, 1460 y 688 I). Se trata de normas que sólo pueden ser correctamente entendidas como *programas* (analogía con órdenes).

144. Elemento lógico contextual (conexión interna de sentido). Las palabras son usadas en un contexto que permite determinar su sentido. Las reglas pertenecen al contexto de una ley. La ley pertenece al contexto más general de un ordenamiento civil que contiene reglas y principio. *Sentido es contexto*.

La interpretación contextual se llama lógica si se refiere a la misma ley y sistemática si se refiere al sistema jurídico en su conjunto. Las ideas de contexto legal y sistemático se recogen en los artículos 22 I y 22 II.

145. Elemento histórico (historia del nacimiento de la ley). Se atiende al proceso de creación de la ley (*moción* parlamentaria o *mensaje* del Presidente; la discusión en comisiones; las opiniones de expertos que sirven de antecedente a la discusión legal, en ciertos casos; los *cambios de redacción* que tiene el texto durante la discusión parlamentaria.

Especialmente importante son en el caso de Código Civil los proyectos y las fuentes indicadas por BELLO.

Respecto de cambios legislativos introducidos a la normativa vigente, resulta relevante la comparación con el estado anterior.

En suma, el elemento histórico supone una forma empírica de investigación; en analogía con la interpretación estrictamente semántica (ALEXY).

Con todo, esta investigación no está exenta de dificultades, a saber, el problema de conocer la finalidad efectiva y común de los legisladores y, en otro orden, los cambios culturales y políticos ocurridos con posterioridad a la dictación de la ley. En relación con este último punto, un caso muy discutido en el derecho chileno es el valor que debe otorgarse a las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que redactó buena parte de la Constitución de 1980.

146. Elemento teleológico (fin de la norma). La investigación de la historia de la ley persigue desde el presente comprender al legislador histórico, pero el ámbito circundante político, social y doctrinario cambia. Las valoraciones y las categorías sistemáticas no son las mismas que al momento de la legislación.

Sin embargo, las normas responden con frecuencia a *ideas normativas que trascienden a sus autores*. Por ejemplo:

- (a) La Constitución Política se entiende mejor en la tradición del constitucionalismo que del redactor histórico (especialmente en caso chileno).
- (b) El propio Código Civil es la base normativa de una sociedad que ha cambiado (por ejemplo, ante las diferencias de riesgos de accidentes en S. XIX frente a la situación actual).

De lo que se trata es de descubrir el sentido actual, a la luz de una *pregunta* del presente. Aquí se muestra como opera, más en general, el horizonte hermenéutico o comprensivo que dirige la interpretación.

El *fin de la norma* tiene que ser discernido, ante todo, en el marco del sistema de derecho privado, incluyendo sus principios. Se trata de una interpretación teleológica (que atiende al fin) y objetiva (porque atiende a la ordenación de fines actual del orden jurídico).

147. Principios como criterios de interpretación. Los principios cumplen distintas funciones en materia de interpretación.

Por un lado, tienen una función de *supletoriedad* reconocida en el artículo 24 (contenido normativo de esta disposición será analizado al tratar principios como fuente del derecho).

Por otra parte, los principios son concurrentes en el acto de comprender; no son analíticamente segregables. Son decisivos al momento de optar entre dos caminos interpretativos.

148. En suma, el acto de comprensión es único, pero puede ser controlado por los llamados elementos o criterios de interpretación.

d. Integración

149. El juez debe decidir aún a falta de norma (Código Orgánico de Tribunales, art. 10; Código de Procedimiento Civil, art. 170 N° 5). La falta de norma a menudo se descubre sólo cuando el caso no encuentra una solución *apropiada* de acuerdo con lógica interna y valoraciones del ordenamiento. En estos casos, la función del juez no es interpretar el derecho (pues, justamente, no hay norma aplicable que interpretar), sino *integrar* el derecho.

150. Se han establecido diversos criterios:

- (a) El criterio de la *naturaleza de la cosa*, entendido como el sentido prefigurado socialmente en la relación interpersonal. Se ha justificado, en el ámbito del derecho civil, en las expectativas recíprocas de justicia que suele estar estructuradas socialmente.
- (b) Criterios sistemáticos: *analogía juris*.
- (c) Criterios normativos: analogía entre el caso por resolver y el caso que está previsto por la ley (analogía normativa).

VI. LA COSTUMBRE

§20. NOCIÓN DE COSTUMBRE

151. Tanto la costumbre como los principios corresponden, en cuanto fuentes formales, a normas espontáneas jurídicas originadas sin la intervención de un acto explícito de voluntad.

En los más diversos ámbitos de relación rigen usos sociales que son respetados en forma espontánea, sin interrogarse acerca de las razones que justifican su observancia. Interrogada una persona acerca de la observancia del uso es probable que conteste simplemente "así nos comportamos nosotros" (WITTGENSTEIN). Se trata de reglas de comportamiento originadas sin un propósito preconcebido, pero que satisfacen una función práctica, y que estructuran u ordenan la vida en sociedad.

En un grupo social primitivo las prácticas sociales se encuentran confundidas, indiferenciadas, cualquiera sea su contenido, mítico, religioso, político, moral, jurídico o de mera conveniencia práctica.

No todo uso (repetición externa de una práctica social) constituye por sí mismo una norma. El concepto de costumbre está reservado para esa categoría específica de usos de carácter normativo, que tienen el sentido de imponer el deber de observar cierta conducta. La explicación de la observancia de una costumbre por eso puede expresarse en el enunciado "así entendemos que debemos comportarnos". En la vida ordinaria, la vigencia de la costumbre en sentido normativo se muestra en que no es necesaria una explicación adicional para justificar el deber social.

De aquí que se pueda definir a la costumbre como un uso normativo, en la medida que importa (a) la repetición constante y permanente de una determinada práctica social (aspecto externo propio de todo uso), unida a (b) un elemento de carácter interno (normativo) que transforma a esa práctica en un deber.

Lo típico de una norma es que expresa cierto tipo de expectativas. Cuando una persona se comporta de un modo diferente a como se entiende que debe comportarse, los demás se sienten defraudados en sus expectativas. La costumbre se diferencia del mero uso precisamente por esta expectativa normativa que se muestra en este aspecto interno.

Lo peculiar del aspecto interno de la costumbre jurídica se conoce como *opinio juris*: la opinión común de que un uso normativo da lugar a una norma jurídica, y constituye algo que puede legítimamente esperarse del otro y puede hacerse valer por los medios del derecho.

152. La costumbre jurídica comparte con la moral social y las normas de mero trato lo espontáneo de su origen y el aspecto normativo: tanto unas como otras imponen deberes de comportamiento. En el caso de la costumbre jurídica la peculiaridad radica en que dichas obligaciones tienen el carácter de jurídicas y, por consiguiente, pueden ser hechas valer ante los tribunales y ejecutarse por medio de la fuerza.

Surge, por tanto, la pregunta acerca de las condiciones para que un uso normativo pueda ser calificado de costumbre en sentido jurídico. La noción clásica de costumbre recurre al efecto al criterio de la *opinio iuris*, esto es, la convicción de que es jurídicamente obligatoria.

Con todo, un criterio tan abstracto adolece de excesiva vaguedad e imprecisión. La cuestión se refiere a los criterios de pertenencia de una costumbre al sistema jurídico. Por cierto que un primer criterio es de carácter material, esto es, relativo a si el orden de relaciones normado por la costumbre pertenece al ámbito que una sociedad atribuye al derecho como ordenamiento de la vida social y como forma de resolver los conflictos. Por eso, el más decisivo indicio de que costumbre es propiamente jurídica (y no moral o de trato social), y por consiguiente da lugar a normas de derecho obligatorias, está dado por referirse a aquellas situaciones de la vida que típicamente han sido y son reguladas por el derecho, como propiedad, contratos y responsabilidad.

Sin embargo, este criterio material de pertenencia al derecho está subordinado a uno de carácter formal: en el sistema jurídico contemporáneo la ley tiene un lugar de tal modo central que se entiende que el valor de la costumbre como fuente de derecho le está subordinado.

a. Eficacia de la costumbre

153. De acuerdo al criterio formal de pertenencia al sistema jurídico, la eficacia de la costumbre sólo puede ser definida en relación con la ley.

En la tradición jurídica moderna, producto de la influencia del racionalismo, de la tecnificación del estado y de los principios jurídicos de la soberanía y de la legitimidad democrática del derecho, la costumbre ha quedado subordinada a la ley.

Sin embargo, la tradición jurídica analítica debe recurrir a la costumbre para sostener la validez del sistema en su conjunto. En efecto, no siempre se observa que la legislación sólo cobra sentido en la medida que la sociedad observe sus preceptos. La legislación se apoya, pues, en la práctica generalizada de su observancia; esto es, supone que exista una costumbre de obedecer al legislador. No puede decirse que las leyes sean observadas porque alguien así lo mandó, sino que ello descansa en un uso normativo: espontáneamente se asume que cumplir las leyes es algo que debe hacerse. Así, esa eficacia del derecho en su conjunto es el antecedente que lleva implícita la asunción de la norma fundamental de KELSEN y es constitutiva del derecho en la norma de reconocimiento de HART.

154. El predominio del legislador por sobre la costumbre puede ser explicado como una exigencia del principio político y jurídico de la soberanía democrática. La soberanía reside esencialmente en la nación (Constitución, art. 5°), pero su ejercicio lo delega, fuera de los casos de plebiscitos y elecciones periódicas, en las autoridades establecidas. El legislador ejerce, pues, un poder que le ha sido fictamente delegado por el pueblo, sin otro límite que el respeto de los derechos fundamentales de las personas (art. 5° inc. 2) y del principio jurídico del estado de derecho (arts. 6° y 7°). Por eso, se entiende que el legislador puede dictar normas que deroguen prácticas sociales espontáneas y establecer reglas que determinen la extensión de la eficacia de la costumbre como fuente formal del derecho.

Aparte de esta justificación política del predominio de la ley, ésta posee ciertas ventajas técnicas, que contribuyen a fortalecer el valor preponderante que se le asigna en el derecho moderno: su precisión, al estar formulada por escrito, lo que contribuye a aumentar la seguridad jurídica, en tanto puede ser definido el alcance de los derechos y deberes de las personas; su dinamismo, que facilita su cambio rápido frente a problemas de la convivencia no previstos o a propósitos articulados por los órganos políticos; su instrumentalidad técnica, que le permite crear incentivos precisos para obtener resultados esperados; y, su universalidad, en razón de los mecanismos formales ideados para ponerla en conocimiento público, que permiten el efecto normativo de hacer presunto su conocimiento por todos.

El predominio de la ley en el derecho moderno no significa, en todo caso, un monopolio. Menos aún significa que las costumbres no sean determinantes como fuentes materiales para el desarrollo del derecho. Con frecuencia los cambios sociales se anticipan a las modificaciones de la ley o de la jurisprudencia, y éstas no hacen más que confirmar lo que espontáneamente se considera como debido: “el núcleo del desenvolvimiento del derecho no radica, ni aún en nuestro tiempo, como en todos los tiempos, en la legislación o en la jurisprudencia, sino en la propia sociedad”, ha dicho uno de los más lúcidos sociólogos del derecho (EHRlich). En definitiva, las formas de vida y los criterios de justicia espontáneamente desarrollados en la sociedad suelen estar en el trasfondo del desarrollo del derecho.

§21. TIPOS DE COSTUMBRE

155. En razón de la primacía de la ley, se suele definir el valor de la costumbre en atención a su relación con la ley. Así, se distingue:
- (a) Costumbre según ley (*secundum legem*), que es aquélla a la que el propio legislador hace referencia, ordenando que se la tenga por derecho;
 - (b) Costumbre en silencio de ley (*praeter legem*), que rige en caso que la ley no haya regulado ciertas materias, y a falta de toda invocación legal que la haga obligatoria;

- (c) Costumbre contra ley (*contra legem*), esto es, aquélla que se opone a un precepto legal.

a. Costumbre según ley.

156. El ordenamiento civil chileno asume una doctrina muy fuerte de supremacía de la ley, en cuya virtud la costumbre solo tiene una fuerza delegada por el legislador: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella” (art. 2°).
157. La mayoría de las referencias explícitas que hace el Código a la costumbre, dicen relación con ciertos contratos en particular. Pero también existen importantes remisiones implícitas en la forma de conceptos generales o indeterminados, que son muy importantes en el desarrollo del derecho privado moderno.

Gran parte de las *remisiones específicas* a la costumbre son hechas por el Código a propósito del contrato de arrendamiento. El uso que debe darse a la cosa arrendada, a falta de convención, se entenderá que es el que resulte de la naturaleza de la cosa, o de las circunstancias del contrato, o de la costumbre del país (art. 1938); las reparaciones locativas (aquellas que son de cargo del arrendatario) son definidas en función de la costumbre del país (art. 1940); los períodos de pago de la renta son determinados por la costumbre, a falta de estipulación de las partes (art. 1944); la duración y término del contrato también se definen subsidiariamente de acuerdo con la costumbre (art. 1951). A su vez, en el contrato de mandato la costumbre determina, a falta de convención, la remuneración del mandatario (art. 2158).

Las normas que contienen *remisiones generales* a la costumbre son de gran importancia en el derecho privado. Aunque no siempre se use en estos casos la palabra costumbre, se trata de conceptos fundamentales en la configuración del derecho privado (en particular, del derecho de obligaciones).

158. La costumbre concurre en la *determinación del contenido de las obligaciones*, y en particular del contrato: En virtud del artículo 1545 del Código Civil los contratos tienen obligatoriedad de ley para los contratantes. A su vez, el artículo 1546 señala que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Esta norma dispone que las partes de un contrato están obligadas más allá de la literalidad del pacto. Además de lo expresamente convenido, las partes están obligadas a la observancia de las otras normas dispositivas emanadas de la ley o de la costumbre. La referencia a la naturaleza de la relación es también una referencia a la costumbre: lo que constituye la naturaleza de la relación es su significado económico, que se expresa en la forma en que espontáneamente es entendida en las prácticas sociales. La buena fe hace referencia a las expectativas recíprocas e implícitas de las partes, lo que típicamente es característico de las normas consuetudinarias.

A su vez, el art. 1444 dice que en todo contrato cabe distinguir las cosas que le son esenciales, las de su naturaleza y las puramente accidentales. Son elementos de la naturaleza de un contrato aquellos que, sin ser esenciales, se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusula especial. Muchos de los elementos de la naturaleza están establecidos por la propia ley; en razón del principio dispositivo. Pero también la costumbre es fuente de esas reglas implícitas, que pertenecen a la práctica contractual; por consiguiente, completa el contenido del contrato, precisando los derechos y obligaciones de las partes, cuando éstos no han pactado una regla diversa.

Por su parte, el artículo 1563 II complementa al 1444 y al 1546 al establecer que “las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. De esta manera los usos contractuales forman parte de los contratos sin necesidad de expresarlos. Esta norma, ubicada entre las que establecen el régimen de interpretación de los contratos, asigna a la costumbre un rol implícito en la interpretación de los contratos. En la práctica comercial, especialmente internacional, esta regla recibe particular aplicación.

En caso alguno la costumbre se sustituye en estas materias a lo que hayan acordado las partes de un contrato. Estas reglas, respetando la autonomía privada, sólo expresan la realidad de que los contratos no se convienen en un vacío normativo, sino su celebración supone la participación voluntaria en prácticas sociales que están regidas por la ley y la costumbre, en silencio de las partes.

159. La costumbre determina el *estándar de cuidado debido en las relaciones privadas*. Así, la costumbre también se asocia a otra de las instituciones básicas del derecho privado, como es la responsabilidad. Cuando una persona deja de cumplir por su culpa un deber contractual o extracontractual, debe indemnizar los perjuicios provocados. El criterio para dar lugar a la responsabilidad es haber actuado culpablemente (art. 1547, por el cual se responde en materia de contratos en distintos grados de culpa; arts. 2284 y 2314, en materia de responsabilidad extracontractual).

También en este punto tan crucial, el legislador ha recurrido a la costumbre para conceptualizar la idea de culpa. La culpa está definida en torno a estándares de cuidado. Así, actúa con culpa grave quien no maneja "los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios". Se actúa con culpa leve si se falta a “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Y se actúa con culpa levísima si se falta a “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes” (art. 44).

Puede apreciarse que la culpa, que es antecedente general de la responsabilidad contractual y extracontractual, se basa en apreciaciones acerca de lo que puede esperarse, según los casos, de una persona negligente, de una persona común (buen padre o madre de familia) o de una persona diligente. A veces la ley define el cuidado debido en las relaciones privadas (lo hace, por ejemplo, en materia de tránsito); pero, por lo general, el patrón de conducta

debida esté determinado con arreglo a los estándares sociales de conducta. Así, si bien no se invoca en forma expresa a la costumbre, la referencia a modelos sociales de personas (buen padre de familia; hombre diligente; hombre negligente) constituyen conceptos normativos, que hacen referencia implícita a lo que es tenido socialmente por correcto. Y ello inevitablemente contiene una referencia a las prácticas sociales tenidas por obligatorias, esto es, a la costumbre.

160. La costumbre *define los límites de la autonomía privada*: La costumbre es también decisiva al momento de definir la ilicitud de los actos jurídicos (art. 1461 inc. final y art. 1467). La autonomía privada o libertad contractual tiene como límite las normas de orden público y las buenas costumbres. Estas últimas se refieren a las convicciones espontáneas acerca de los límites de lo lícito. Este límite está establecido por nociones espontáneas, compartidas por el grupo social, que varían en el tiempo.

Así, por ejemplo, las percepciones acerca de lo jurídicamente ilícito han tendido a desplazarse desde materias que en razón del principio constitucional de privacidad han pasado a quedar radicadas en el juicio moral de cada cual, hacia la idea más general de respeto recíproco. El respecto recíproco excluye el abuso en la posición de proveedor de bienes o servicios, de competidor y, en general, en el tráfico recíproco. Así, la evolución de las costumbres desplaza los límites de la licitud contractual: lo contrario a las buenas costumbres no es hoy lo mismo que a la dictación del Código. Pero, entonces y hoy el límite a la autonomía privada está dado por reglas que muy esencialmente se muestran en aquello que espontáneamente estimamos como inaceptable en nuestras relaciones recíprocas (esto es, en un concepto normativo de malas costumbres).

161. En consecuencia, *no debe subestimarse el valor de la costumbre en el derecho civil*; la importancia relativa de la costumbre según ley es muy considerable y excede en mucho el valor que le ha reconocido la doctrina civil chilena hasta ahora. Su importancia en el campo de las obligaciones es de tal amplitud que complementa a la ley en materias muy fundamentales, precisamente porque ésta no puede establecer con precisión las condiciones específicas de aplicación.

b. Costumbre en silencio de ley (praeter legem)

162. La costumbre tiene una función integradora del derecho, completando los vacíos de la ley. A pesar de que los proyectos originales del Código Civil aceptaban la costumbre en silencio de la ley, ésta finalmente fue excluida, quedando solo aceptada la costumbre según ley (artículo 2°).

En materia civil, entonces, la costumbre no es técnicamente una fuente formal autónoma., pues la costumbre *praeter legem* no tiene valor de fuente formal en el Derecho Civil.

A pesar de esta fuerte limitación, que sólo hace admisible la costumbre según ley en el derecho civil chileno, es menester reconocer la extraordinaria importancia asignada a la costumbre en materia de contratos. Las normas comentadas en los párrafos anteriores se

oponen a la creencia de que la costumbre está restringida en el derecho civil a materias puntuales y relativamente insignificantes.

163. En cambio, en materia comercial expresamente se le otorga validez a la costumbre en silencio de ley: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los Juzgados de Comercio” (Código de Comercio, artículo 4º). Esta norma acepta la tradición mercantil que asigna a la costumbre gran relevancia como fuente de derecho; históricamente el derecho comercial se constituyó sobre la base de prácticas normativas de los comerciantes que se sustentaban en el derecho común (derecho civil), pero introducían instrumentos que éste no reconocía. Hasta hoy, en el comercio internacional siguen siendo de gran importancia las prácticas comerciales, en parte codificadas privadamente o por la comisión de comercio internacional de Naciones Unidas (véase Incoterms, Uncitral).

c. *Costumbre contra ley*

164. En un estado de derecho legislado, como el moderno, la costumbre contra ley carece de valor.

Desde luego, este principio vale inequívocamente respecto a normas legales de orden público, que claramente prevalecen sobre la costumbre.

Sin embargo, en caso de conflictos de la costumbre con leyes dispositivas, ésta puede tener valor supletorio incluso *contra legem*. Si la costumbre interpreta la voluntad tácita o presunta de las partes mejor que una ley dispositiva, el juez debería fallar según la costumbre. Ello es consecuencia de que las normas legales supletivas integran el contrato reemplazando la voluntad común de las partes, de modo que si una costumbre la interpreta mejor deberá estarse a ella (arts. 1560, 1563, 1546).

Por otra parte, la doctrina jurídica es uniforme en reconocer que la costumbre jamás deroga formalmente la ley. Como dice un moderno texto de derecho civil francés: “el desuso mata las leyes, pero mejor no lo digamos” (MARTY y REYNAUD). El desuso puede tener importancia en la postergación del derecho legislado dispositivo, como se ha señalado, pero no tiene fuerza derogatoria. Distinto es el caso de normas legales que pueden tenerse por derogadas sistemáticamente por el derecho legislado posterior, que contradice sus principios normativos; en el extremo es lo que ocurriría si se invocara una norma del antiguo derecho castellano, que nunca ha sido derogado en su totalidad, pero que se contradice en su espíritu con el derecho administrativo o civil vigente.

§22. VALOR DE LA COSTUMBRE EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO

165. Como se ha visto, *en el derecho comercial la costumbre es ampliamente reconocida*, y no sólo cuando la ley se remite a ella, de acuerdo a las reglas generales, sino también en silencio de ella, con los requisitos que indica el art. 4° del Código de Comercio, señalados más arriba. La razón es histórica: en los orígenes del derecho comercial moderno se tendió a la creación de una *lex mercatoria* capaz de reemplazar las diversas y dispersas costumbres locales en materias mercantiles. Además son aplicables supletoriamente a los contratos mercantiles las normas generales del derecho privado que hacen referencia a la costumbre (Código Civil, art. 2°; de Comercio, art. 4ª).
166. En *derecho penal* la costumbre no tiene valor, pues rige el principio inexcusable de la legalidad, en virtud del cual los delitos, las penas y los tribunales deben estar establecidos por la ley con anterioridad a la comisión del delito (Constitución, artículo 19, N°3). La imprecisión de la costumbre constituye un factor de inseguridad inadmisibles cuando están en juego valores como la vida, la libertad y el patrimonio de las personas.
167. El *derecho administrativo*, y el derecho público en general, exigen, asimismo, un respeto estricto del principio de legalidad. Los artículos 6° y 7° de la Constitución requieren que tanto las potestades atribuidas a los órganos como sus procedimientos de actuación se conformen a la Constitución y a la ley.
168. El *derecho internacional* se apoya sustancialmente en la costumbre, ya que las relaciones son reguladas por usos internacionales y principios a falta de tratados. Ante la ausencia de un legislador internacional, cuyas decisiones sean vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional, el valor relativo de fuentes espontáneas (como la costumbre y los principios) es muy superior que en el derecho interno (sólo excepcionalmente existe esta legislación en asociaciones de estados que han logrado un alto grado de integración, como la Unión Europea).

§23. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE

169. La ley no necesita probarse: se invoca, pero no se prueba. En tal sentido, la ley tiene una fuerte ventaja de certeza. Por el contrario, la costumbre presenta problemas de prueba, pues para hacerla valer ante el juez, por regla general hay que demostrar su existencia.

En materia civil no existen normas acerca de la prueba de la costumbre. Por eso, no hay restricciones para el uso de la prueba. Puede utilizarse cualquier medio de prueba: testigos, presunciones, escrituras, cualquier documento idóneo para que el juez se forme la convicción de que existe la costumbre invocada. Sin embargo, la costumbre puede estar tan generalizada que sólo baste invocarla por ser un hecho público y notorio. En tal caso lo constará al juez y no necesitará ser probada, de acuerdo a un principio probatorio general.

170. El Código de Comercio, al tratar de la prueba de la costumbre en silencio de la ley, señala que la prueba de la costumbre sólo procede cuando no consta al juez. Si le consta se aplicará la costumbre sin necesidad de prueba. Pero, usualmente, será necesario probarla, en tanto al juez no le conste (art. 5°).

El mismo Código señala para tal caso dos reglas básicas para la prueba de la costumbre: (a) por vía de dos sentencias judiciales que aseveran la existencia de la costumbre y se pronuncien conforme a ella; o, (b) por medio de tres escrituras públicas en que las partes, al celebrar un acto jurídico, den por aceptada la costumbre, y que sean anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba (Código de Comercio, art. 4°).

Además, se admite en materias de derecho marítimo la prueba de la costumbre por medio de informes periciales (art. 825). De este modo, aunque en derecho comercial la costumbre tiene técnicamente un ámbito más amplio de aplicación que en el derecho civil, resulta que está sujeta a limitaciones de prueba muy estrictas que no rigen en materia civil. A su vez, los medios de prueba aceptados son de tal formalidad que se contradicen con la naturaleza espontánea de la costumbre.

a. La casación y la costumbre

171. El recurso de casación en el fondo ha sido creado para anular sentencias dictadas con infracción de ley. El propósito que persigue es hacer efectivo el principio de supremacía de la ley en el sistema de fuentes del derecho. Mediante la casación se propende a preservar la uniformidad en la interpretación de la ley.

La infracción de una norma consuetudinaria queda, en principio, excluida de este recurso. Sin embargo, indirectamente la Corte Suprema ha entrado a conocer de la costumbre a propósito de estos recursos, cuando se alega la infracción de alguna de esas normas que invocan o se remiten a la costumbre (por ejemplo, el art. 1546). En otras palabras, si la ley se remite a la costumbre, la inobservancia de esta última puede ser calificada de infracción legal.

VII. PRINCIPIOS

§24. FUNCIÓN LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS

172. Las directivas de conducta pueden tener diferente generalidad. A diferencia de las reglas, los principios son directivas que están dirigidas a la razón práctica, esto es a la argumentación relativa a la regla que debe ser formulado para resolver un caso. Por lo mismo, los principios no establecen, por lo general, criterios concretos de conducta. La especificidad de la regla se opone a la amplitud del principio. El principio fundamenta u orienta la comprensión de una regla, pero difícilmente va a ser objeto de aplicación meramente subsuntiva.

Por ejemplo, de la generalísima disposición constitucional que consagra el derecho fundamental al respeto y protección de la vida privada (art. 19 N°4) difícilmente podrían inferirse los límites precisos de la intimidad. La norma que establece la prohibición de interceptar la correspondencia ajena, como no sea previo decreto judicial, en cambio, fija ella misma las condiciones de su aplicación. Mientras el principio constitucional se extiende a todas las situaciones previstas e imprevistas relativas a la privacidad (papeles privados, vida familiar y sexual, publicación de fotografías, entre otros) una regla puede precisar de tal modo las condiciones de aplicación que su sentido se agota precisamente en su formulación. Aunque toda norma requiere de interpretación a efectos de ser aplicada, su contenido normativo puede estar definido con alto grado de precisión.

En razón del diferente contenido semántico (tanto en la referencia objetivo, como en la intención), frente a lo estático y limitado de las normas, la virtualidad argumentativa de los principios les permite ser el elemento dinámico del derecho, en la medida que orientan los argumentos de abogados y jueces en la búsqueda de soluciones a situaciones no previstas exacta o anticipadamente por las normas.

173. Los principios expresan la idea de que el orden jurídico responde a ciertas ideas normativas que permiten entenderlo y desarrollarlo. La función de los principios en el derecho es de servir de fundamento para la justificación de reglas más concretas que permiten fundar decisiones judiciales o de construcciones de la doctrina. En esta tarea, los principios operan de dos formas:
- (a) Ante todo, *son criterios para interpretar las normas*, pues la principal función de los principios es la de servir argumentativamente para determinar el sentido más razonable de una regla, cuando ésta admite varios sentidos posibles. El principio puede llevar, incluso, a que la interpretación que más se ajuste al texto que expresa una norma sea desechada (interpretación gramatical), en tanto no resulte compatible con la idea normativa que subyace a tal regla (interpretación lógica y sistemática).

En los casos difíciles el texto legal presenta, frente a la situación concreta que debe ser resuelta, vaguedades o posibilidades alternativas de aplicación. El principio ayuda a superar la vaguedad de la regla y a determinar su ámbito de aplicación.

- (b) En segundo término, los principios actúan como *criterio para completar el ordenamiento*. A falta de una norma preestablecida, ésta puede ser fundada argumentativamente a partir de un principio jurídico reconocido.

Al respecto se debe tener presente que los jueces tienen el imperativo constitucional (art. 76) y legal (Código Orgánico de Tribunales, art. 10) de resolver los asuntos que se les presenten, aunque no haya ley que los resuelva (principio de inexcusabilidad).

Todo sistema “cerrado” de reglas, como tiende a ser un código, muestra cierta permeabilidad o incompletitud frente a casos no previstos originalmente. A menudo el intérprete debe llegar a la conclusión de que ninguna norma vigente previó el caso que se debe resolver. El principio ayuda a llenar la laguna legal que se da por establecida, justificando una regla de decisión formulada por el juez, a pesar de no haber norma previa que permita resolver el caso.

- (c) Excepcionalmente, el principio puede operar *contra legem* la ley, porque si se acepta como premisa que el orden jurídico se sostiene en directivas que no están a disposición de legislador alguno (incluso constituyente en sentido puramente formal) los principios pueden ser fundamento para resistirse a la aplicación de una ley positiva formalmente válida. En la tradición constitucional, este control material está dado por las garantías constitucionales que operan desde dentro del sistema jurídico. Pero aún a falta de un orden constitucional, existen principios que son aceptados como válidos aún en tales circunstancias. Son los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” a que hace referencia el estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38) y los que están señalados en los pactos sobre derechos humanos. En una perspectiva histórica, se trata de un derecho natural institucionalizado, que, en el extremo, establece un límite material al derecho positivado.

Pero también en el derecho privado los principios pueden operar excepcionalmente *contra legem*, en la medida que den cuenta de una coherencia sistemática del orden civil, como se muestra en algunos casos que se analizarán en este capítulo (TERRÉ). Lo cierto es que en estos casos el principio suele operar como criterio argumentativo para interpretar la ley de un modo que sólo contradice su tenor literal.

§25. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CHILENO

174. El Código Civil no hace una referencia directa a los principios, lo cual es consecuencia de la pretensión de agotamiento del derecho, común a toda codificación. Sin embargo, están

reconocidos de modo subsidiario por las normas de interpretación e integración de la ley del Código. Así, se prescribe que “en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural” (art. 24).

Los principios se hacen aplicables en el derecho chileno en forma supletoria a todas las reglas de interpretación de la ley (arts. 19 a 23) y se encuentran tipificados en dos grandes grupos bajo los conceptos de “equidad natural” y “espíritu general de la legislación”.

- (a) Por equidad natural no se entiende una referencia a concepciones subjetivas del juez, sino a conceptos e ideas normativas que adquieren forma de principios en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del derecho. Entendidos como equidad natural, los principios son expresión de las convicciones morales y jurídicas asentadas y se materializan en argumentos de buen sentido relativos al caso. En el sentido de equidad natural los principios se asocian a la práctica romana de argumentar sobre la base de lo justo, lo debido en cada caso, en el marco de una analogía *iuris* que atiende a las valoraciones del derecho en su conjunto. Los principios, desde esta perspectiva, cumplen una función retórica de argumentación orientada a la razón estructurada. La equidad natural es el punto de encuentro del derecho privado con la doctrina moral sobre la justicia, la seguridad y la utilidad.
- (b) La denominación de espíritu general de la legislación induce a atribuir a los principios un carácter estrictamente jurídico, en cuanto resultan de las instituciones jurídicas vigentes. Algunos de ellos están expresados o pueden inferirse inductivamente de la legislación. Así, están expresados en la ley el principio de autonomía privada (art. 1545), o el de buena fe (art. 1546). Otros es necesario inferirlos del conjunto de la legislación (enriquecimiento sin causa, protección de la apariencia, por ejemplo). En este sentido se trata de principios “eruditos”, en cuanto han sido elaborados por la propia doctrina o la jurisprudencia (CARBONNIER).

175. A las normas del Código Civil se agrega la norma procesal del art. 170 del Código de Procedimiento Civil (que establece los requisitos de la sentencia definitiva): “Las sentencias definitivas...contendrán: N° 5 La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”. También en este caso se asigna un rol supletorio a los principios. Todo indica que no hay diferencia sustancial entre los principios de equidad referidos en el Código Procesal y los criterios del artículo 24 del Código Civil.

§26. LOS PRINCIPIOS COMO FUENTE DEL DERECHO

176. ¿Cómo puede ser reconocido un principio como integrante del derecho positivo vigente en un país determinado?

Ante todo, existen principios jurídicos en un sentido técnico preciso: por ejemplo, que la prueba de una obligación recae en quien la alega (artículo 1698); que cualquier comunero puede pedir la división de la cosa común (artículo 1317); el deudor responde con todo su patrimonio (artículo 2465).

Comprendiendo el derecho un ámbito muy extenso de relaciones, es inevitable que algunos de los principios jurídicos excedan el terreno específicamente jurídico y se relacionen con las ideas políticas y con las ideas morales que se relacionan con las relaciones que trata el derecho. En verdad, gran parte de las ideas normativas del derecho moderno debieron esperar bastante tiempo antes de que fueran reconocidas como normas jurídicas vigentes y entretanto fueron expandiéndose por la sociedad en calidad de ideales políticos, filosóficos o morales. En la historia más reciente podemos citar las ideas propugnadas por los movimientos sociales del siglo pasado y comienzos del presente, que contribuyeron a expandir la noción de justicia distributiva; pero podemos decir lo mismo de la irrupción de los valores del cristianismo en el derecho romano, o de la ética liberal en tiempos de la Ilustración, o la influencia de los movimientos de los años 60 en el desarrollo de principios jurídicos de protección de la intimidad y de tolerancia del derecho respecto de formas de vida.

En verdad estos principios vinculados a conceptos morales adquieren forma institucional cuando se materializan en el derecho mediante principios técnicos de carácter estrictamente jurídico. Por ejemplo, en materia civil las ideas de libertad y autonomía dan lugar al principio jurídico de la autonomía privada y la idea de que la libertad no puede amparar el abuso se materializa en normas de protección del consentimiento, en la ampliación y concreción del principio de buena fe, en el principio de protección de la apariencia y en la cautela de la confianza, y la idea de seguridad da lugar al principio de irretroactividad de la ley (art. 9°) o a la institución de la prescripción (arts. 2492 y siguientes).

177. Los principios son usados más frecuentemente para justificar la interpretación de una norma más que como criterios autónomos y directos para fundar una decisión. Así, la protección de los consumidores y, en general, los contratos de expertos con quienes no lo son ha tenido en las últimas décadas un importante desarrollo de la mano de principios jurídicos como la buena fe y la confianza, el límite que imponen las buenas costumbres comerciales. El derecho civil, en parte con ayuda de la legislación (pero no necesariamente) ha desarrollado un conjunto de reglas más precisas para cautelar la debida información y la confianza de los consumidores, de una manera que es ejemplar de la forma como los principios pueden llevar argumentativamente a la formulación de reglas más precisas. Por lo mismo, aunque los jueces consideren un principio como base argumental de su decisión, en nuestro sistema jurídico siempre tienen la tendencia a atribuir la decisión a una norma legal que es aplicada extensivamente o por analogía, de la mano de un principio.
178. Desde el punto de vista de las fuentes formales la cuestión fundamental radica en determinar las circunstancias en que un principio adquiere carácter jurídico positivo. Los principios son positivos sólo en la medida en que sean observados en el proceso de decisión

judicial. Es la aceptación como criterios de argumentación lo que permite identificar a un principio como parte del sistema vigente. Si un principio es usado con naturalidad o frecuencia para fundar una argumentación judicial, inequívocamente forma parte del derecho vigente. Sólo una vez pasado ese filtro, un ideal o un interés adquiere forma jurídica.

Por lo mismo, no es necesario un reconocimiento legal o constitucional explícito para que el principio tenga carácter positivo. Es cierto que algunos principios (como los de igualdad ante la ley, de libertad personal, de dignidad, de protección de la familia están reconocidos explícitamente por la Constitución. Pero en el caso de los principios tal reconocimiento explícito tiene un valor usualmente secundario. La verdadera entidad de un principio no se muestra en su formulación textual, sino en la práctica argumentativa legal y jurisprudencial, especialmente de jueces y abogados, es decir en la medida que sean usados y aceptados como argumentos fundantes de sus sentencias.

§27. DIFICULTADES DE LA ARGUMENTACIÓN EN BASE A PRINCIPIOS

179. Los principios, a diferencia de las normas, rara vez especifican las condiciones precisas de su aplicación. Algunos tienen carácter tan preciso y general que se aplican deductivamente, a la manera de los axiomas: es el caso de los principios de autonomía privada, que permite fundar la libertad para contratar (artículo 1545) o de la sujeción de los órganos del Estado a la ley, de acuerdo con las premisas del estado de derecho (Constitución Política, artículo 6° y 7°).

Pero aunque la pretensión de un orden estructurado y axiológicamente coherente ha estado permanentemente presente en el pensamiento jurídico occidental, es más bien restringido el ámbito de acción de estos principios axiomáticos.

Lo usual es que los principios aparezcan como argumentos que se encuentran en conflicto dialéctico entre sí, para efectos de justificar una decisión. Ello es el resultado inevitable de que los principios, a diferencia de las normas, deben ser sopesados y ponderados en cuanto a su relevancia relativa respecto del caso que se trata de resolver. Esta es una práctica usual en materia constitucional, pero también lo es en el desarrollo jurisprudencial y en la construcción científica (dogmática) del derecho privado (seguridad y protección de la confianza; voluntad expresada y buena fe).

Ese sopesamiento no sólo es resultado de la vaguedad de sus criterios de aplicación, sino también por su eventual contradicción: los principios difícilmente conducen concluyentemente a una decisión. El derecho no es un sistema cerrado que dé forma a un orden armónico de principios. Más bien se limita a componer intereses y bienes en conflicto de una manera a menudo provisoria. No hay sistema que pueda superar en definitiva las tensiones entre libertad e igualdad, entre justicia y seguridad, entre libertad de información y privacidad o entre la moral de lo útil y de lo correcto.

Por eso, aunque es posible que un principio aparezca en el contexto de una argumentación como concluyente, los casos más controvertidos se caracterizan porque están en juego principios razonables que simplemente orientan la decisión en direcciones diferentes. Lo determinante en tales casos, es que juez siempre tendrá que resolver de acuerdo a un criterio normativo, aunque no haya regla que resuelva el asunto y los principios son en tales casos el único medio para dar forma a una argumentación que debe conducir a una decisión que se sostenga como correcta. En este punto es donde la práctica judicial se aleja del postulado de la tradición jurídica analítica que sostiene que donde no hay regla (o donde la regla da lugar a más de una interpretación) rige simplemente la discrecionalidad.

VIII. JURISPRUDENCIA

180. Las sentencias judiciales tienen un rol aparentemente reducido como fuentes del derecho chileno. Tal es uno de los postulados básicos de la tradición jurídica de la codificación. La sentencia vale como decisión judicial que resuelve un asunto particular, cuyo efecto vinculante se limita al caso particular.

Por otra parte, la jurisprudencia (entendida como doctrina emanada de las sentencias de los tribunales) lleva consigo la idea de generalidad, porque tiende a transformarse en una práctica.

§28. ALCANCE DE LA SENTENCIA JUDICIAL

181. El Código Civil en sus primeros artículos precisa la extensión que corresponde a la ley, a la costumbre y a las resoluciones judiciales en el esquema de fuentes del derecho.

El art. 3° dispone que “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Dos son las conclusiones que pueden extraerse de este artículo: la sentencia judicial produce sólo efectos relativos y, en consecuencia, la jurisprudencia no es fuente formal de normas generales.

182. En primer lugar, la sentencia sólo tiene fuerza obligatoria respecto del caso particular en que se dicta. El juez establece simplemente una norma particular de conducta que no tiene otro alcance fuera de ese caso. El principio, en consecuencia, es el de los efectos relativos de la sentencia. Ni aún en caso que la propia Corte Suprema conozca de un asunto su decisión se extiende fuera de los límites de ese preciso negocio y por lo tanto no puede afectar a personas distintas de quienes han participado en el juicio, sea como partes, o como terceros.

Excepcionalmente la sentencia produce efectos *erga omnes*, es decir contra todos, quienesquiera que sean. Es el caso de la sentencia que resuelve en materia de legitimidad de un hijo (art. 315) y en general en cuestiones de estado civil, así como la que se pronuncia acerca de la calidad de heredero de una persona (art. 1264).

La fuerza obligatoria de la sentencia (restringida a las partes) se materializa en la institución de la cosa juzgada. En virtud de ella se producen dos efectos:

- (a) *Acción de Cosa Juzgada*: la fuerza obligatoria de la sentencia permite a quien ha obtenido en un juicio exigir que se cumpla lo resuelto, esto es, que se ejecute el fallo, incluso con el auxilio de la fuerza.

- (b) *Excepción de Cosa Juzgada*: a las partes que intervinieron en un juicio se les reconoce el derecho de impedir que se vuelva a ventilar ante la justicia el mismo asunto que ya ha sido objeto de un pronunciamiento.

Producen cosa juzgada las sentencias ejecutoriadas, esto es, aquellas en contra de las cuales no procede recurso alguno, sea porque se han interpuesto y han sido fallados, sea porque ya han vencido los plazos para hacerlo, sea porque simplemente el legislador los ha hecho improcedentes (Código de Procedimiento Civil, art. 174).

183. En segundo lugar, *la sentencia judicial no es fuente de normas generales*. En este punto difiere fundamentalmente el sistema romano continental con el del *common law*: en nuestra tradición jurídica el precedente no es suficiente para justificar un fallo. Las sentencias judiciales no pueden fundarse sólo en otra sentencia previa. Pueden hacerlo indirectamente, en la medida que se invoque en apoyo de una decisión fundada en la ley, la costumbre o un principio.

Precisando el alcance de este precepto (art. 3° II), la Corte Suprema ha declarado que “no tiene otro alcance que establecer, como principio general, el de que la sentencia dictada en una causa no puede ser invocada para resolver otros juicios en que se discute la misma cuestión o derecho, o en que el juez tenga que aplicar el mismo precepto legal”.

Por eso, la jurisprudencia es en Chile una fuente auxiliar o de autoridad y no una fuente formal.

§29. FUNCIÓN LÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA: FUENTE DE AUTORIDAD

184. Aunque carezca de fuerza obligatoria general (lo que impide calificarla de fuente formal), la jurisprudencia constituye una importante fuente auxiliar, cuyo valor reside en su autoridad. Los argumentos basados en la autoridad invocan el prestigio de quien sostuvo una determinada opinión, el respeto que inspira. No se aduce un poder formalmente atribuido para resolver cierto tipo de casos, sino un poder derivado de la convicción o sugestión que produce su decisión.

La autoridad de la jurisprudencia no radica en la parte decisoria de la sentencia (*obiter dictum*) ni mucho menos en la expositiva, sino en el razonamiento que le sirve de fundamento, en los considerandos, aquello que en la tradición anglosajona se conoce como *ratio decidendi*.

Es propio de la autoridad que sirva para sostener un argumento. La jurisprudencia, por ello, apoya ciertas argumentaciones, desempeña un poderoso rol de convicción respecto de los propios jueces, tanto por la bondad intrínseca de los argumentos que comprende como por la especial estructura del sistema judicial chileno.

La jerarquía de los tribunales termina siendo un factor que potencia la influencia de las decisiones de los tribunales superiores, al ser ellos quienes controlan el correcto desempeño de los jueces inferiores. El recurso de casación en el fondo, que es de competencia exclusiva de la Corte Suprema, ha sido ideado para mantener una cierta uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho, y por consiguiente su finalidad es discernir el derecho. Por su intermedio la Corte Suprema ejerce su función de control de la jurisprudencia y, necesariamente, expande la autoridad que emana de sus decisiones. El reciente fortalecimiento de la casación (mediante la eliminación de los recursos de queja y la creación de salas especializadas en la Corte) contribuirá a fortalecer esta función.

El carácter de mero argumento de autoridad de la jurisprudencia se muestra especialmente en la función de casación de la Corte Suprema: cuida de la observancia de la ley pero no está ligada por sus propios fallos. A diferencia de ello, el principio del *stare decisis* del *common law* vincula incluso al propio tribunal que dictó la decisión (aunque últimamente se advierte un aflojamiento del principio). En ello se muestra que en nuestro derecho la sentencia sólo produce un efecto relativo, y no general como en la tradición anglosajona.

§30. FUNCIONES INSTITUCIONALES DE LA JURISPRUDENCIA

a. *Desarrollo del derecho*

185. El espíritu jurídico de la Ilustración desconfió de la función normativa de los jueces: “al legislador toca establecer normas y al juez sólo aplicarlas”. Esta tendencia estrictamente política llegó a plasmarse en principios jurídicos como la separación de poderes del estado. A partir de este principio, MONTESQUIEU atribuyó al poder judicial un “poder neutro, casi nulo”. En igual sentido, ROBESPIERRE: “la palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestro lenguaje: en un estado con una Constitución y una legislación la jurisprudencia no es sino la ley”. El espíritu del racionalismo tendió a monopolizar en la ley la creación del derecho.

La codificación fortalece este principio. Por definición un código es un cuerpo exhaustivo de leyes que pretende establecer una ordenación completa de un grupo de materias. La labor de los jueces se limita severamente: la interpretación de la ley no debe apartarse del texto. Ello trae como resultado que el método dominante pase a ser la exégesis del texto legal (se descifra el contenido de cada norma sin referencia a principios o a criterios sistemáticos).

186. Lo cierto es, sin embargo, que la labor de los jueces no es pura aplicación de la ley. Al menos en tres áreas se requiere de decisiones creativas, que resuelvan problemas de la convivencia en base a reglas nuevas: la vaguedad de los textos; la impredecibilidad de los casos; y, el contenido contradictorio de los principios.

La sentencia no es un mero proceso lógico sino también un acto creador (KELSEN). Por consiguiente, aún no siendo una fuente formal, la jurisprudencia es el camino de desenvolvimiento y desarrollo del derecho.

Para conocer una determinada institución jurídica no es suficiente conocer la ley: resulta indispensable recurrir a la jurisprudencia, en la que se muestra el derecho real, tal como es aplicado en los casos límites. Fuera de las modificaciones legales, las mayores transformaciones del derecho se han producido por vía de la jurisprudencia. Una muestra de ello en Chile es la procedencia de la indemnización del daño moral, obra propia de la jurisprudencia.

b. Consolidación del derecho

187. La jurisprudencia tiende a estabilizar y a dar certeza al derecho. Una vez mostradas las bondades de un determinado enfoque jurisprudencial, los jueces tienden a aceptarlo de un modo general. Esta práctica tiende a transformarse en una costumbre (de ahí que se hable de jurisprudencia consistente o asentada) que consolida la forma de fallar ciertos tipos de casos y contribuye a generar certeza en las relaciones.

La importancia de este hecho no está dada sólo por razones de seguridad jurídica; también por razones de justicia, en su sentido más elemental e inequívoco de justicia formal: la mínima exigencia de justicia es que casos iguales sean tratados de igual forma.

c. Fuentes bibliográficas

188. La jurisprudencia es expuesta en diversas publicaciones de los fallos: (i) Revista de Derecho y Jurisprudencia, que cuenta con partes de doctrina y jurisprudencia, ésta dividida en secciones en razón de materias; (ii) Fallos del Mes, publicación privada que recoge fallos mensuales de la Corte Suprema; (iii) Gaceta Jurídica, que publica fallos no recogidos por las otras publicaciones; además, debe hacerse referencia al (iv) Repertorio de Legislación y Jurisprudencia que analiza ordenadamente los diversos fallos recaídos en cada artículo de los Códigos.

IX. DOCTRINA

§31. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

189. Todo pueblo que alcanza un grado de desenvolvimiento tiende a desarrollar la función social especializada de los expertos en derecho. El derecho, abandonando los estadios arcaicos de desarrollo, pasa a ser demasiado complejo y sus funciones demasiado delicadas como para desentenderlas del trabajo científico.

Originalmente la tarea de los expertos se limitó simplemente a dar una opinión versada, sobre casos concretos. Con el correr del tiempo se extendió a la conceptualización y sistematización del derecho vigente.

En su período clásico, el derecho romano fue un derecho de juristas: su mayor desarrollo se debe a la labor de los expertos tanto en la interpretación del derecho vigente, como en la resolución de cuestiones no previstas originalmente. Esta influencia se materializa en la forma de opiniones jurídicas (análogos a nuestros “informes en derecho”) sobre casos concretos, opiniones que tenían por objeto ilustrar al juez en la resolución del asunto. Se trataba de opiniones a considerar al momento de decidir y que en ningún caso constituían un enfoque general o sistemático del derecho: sobre la base de criterios prácticos y de buen sentido se intentaba resolver el problema particular. Por lo mismo, las fuentes históricas romanas no muestran reglas abstractas, sino soluciones de justicia para casos concretos. El desarrollo legislativo era, a su vez, bastante escaso, por lo que el motor del desenvolvimiento del derecho lo constituyó la creación jurisprudencial realizada con apoyo de los jurisconsultos.

El prestigio de los consejeros más destacados hizo que en la época de AUGUSTO algunos recibieron el *ius publicae respondendi*, en razón de que su opinión era considerada ley, y no un mero consejo, pudiendo ser invocada como fuente directa.

En el derecho romano tardío se compiló la obra de los juristas. El Digesto de JUSTINIANO (S. VI) es una gran codificación, coordinada y sistematizada al modo de las codificaciones contemporáneas, de la doctrina y de la legislación, pero especialmente de aquélla.

190. Las instituciones del derecho romano (Digesto e Institutas de GAYO) fueron conservadas durante la Edad Media como el prototipo del desarrollo jurídico clásico. En medio de un período marcado por el predominio de los usos localistas, la doctrina jurídica contribuyó a generalizar el derecho romano cristianizado. Canonistas y glosadores fueron elaborando un derecho docto, culto, cimentado sobre la base del derecho romano, al que se incorporan los tópicos morales del cristianismo. La opinión común de los expertos (*communis opinio doctorum*) adquirió nuevamente valor de fuente formal del derecho.

En la tradición castellana la Ley de Citas otorgó a las opiniones de BARTOLO y BALDO (dos juristas medievales) el carácter de fuentes formales, y por ende, suficientes para fundar una decisión con el sólo hecho de mencionarlos.

191. El surgimiento de los estados nacionales acarrea el ocaso de la doctrina como fuente formal. La política pasa a desempeñar un papel fundamental en la vida de los pueblos. El poder se concentra en el estado, y con él, también el derecho. Tras las codificaciones se miró con recelo y se llegó incluso a prohibir los comentarios de las leyes. Ya JUSTINIANO había hecho algo similar con su Digesto. La idea detrás de tal prohibición es que la dictación de la ley pone fin a la doctrina. La proscripción de los comentarios va más allá de la mera prohibición: se ordena que los casos dudosos sean informados al propio legislativo para que se dicten las leyes interpretativas que correspondan (art. 5º I). Como fenómeno natural, a la codificación sigue un deterioro significativo de la doctrina.

Sólo en un período posterior, cuando surgen problemas de interpretación o vacíos y se hace necesario reordenar la exposición, la doctrina tiende a recuperar su lugar.

§32. VALOR NORMATIVO

192. La doctrina es hoy universalmente aceptada sólo como una fuente de autoridad: es antecedente para apoyar la interpretación de una norma, pero no puede fundamentar directamente una decisión.

La importancia de la doctrina como autoridad es variable, pues puede depender:

- (a) Del valor que se le asigne a la ciencia en la respectiva tradición jurídica. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Supremo resuelve los casos difíciles con apego a la doctrina más destacada. Algo similar ocurre en Italia o en los estados escandinavos. En Inglaterra, por el contrario, el desarrollo del derecho ha sido tradicionalmente tarea de los propios jueces y no de una doctrina autónoma.
- (b) De la consideración relativa del propio autor en el respectivo sistema, esto viene a ser determinado por la frecuencia con que los abogados o los jueces lo invocan en sus argumentaciones.

§33. FUNCIONES DE LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL DERECHO VIGENTE

a. En la comprensión y precisión conceptual del derecho

193. La doctrina (ciencia jurídica) cumple una función técnica que facilita la interpretación y aplicación del derecho. En la medida que el derecho es un saber técnico, la doctrina permite acercarse a él partiendo de la base de nociones fundamentales.

Para ello adopta un punto de vista dogmático, en razón de que el propio derecho vigente es asumido como un dogma, como el objeto de estudio en torno al que se desarrolla. Las normas constituyen el punto de partida del trabajo de conceptualización y de ordenación del derecho. Por ello es que también se la llama dogmática. Desde esta perspectiva la doctrina:

- (a) Es comprensiva porque a diferencia de la filosofía -y en analogía tal vez con la teología- no tiene por objeto una investigación sin fundamento positivo, sino que su primer objeto es comprender el derecho vigente. La interpretación de las normas no es mero conocimiento de ellas, sino también desarrollo de un sentido que provisoriamente se manifiesta mediante la comprensión.
- (b) Es técnica porque a diferencia de la mera exégesis del texto legal la doctrina se propone el fin técnico de definir con precisión las reglas y de establecer las relaciones sistemáticas o de sentido dentro de un orden que comprende no sólo elementos técnicos, sino también valóricos.

Al respecto, se debe tener presente que la dogmática contemporánea evita construcciones conceptuales abstractas e inflexibles: el derecho es concebido como un orden abierto, sujeto a la lógica de lo razonable, más que a la deductiva de un sistema racional de conceptos.

b. En el desarrollo del derecho

194. En el espíritu de todo codificador yace la idea de que su obra no sea alterada posteriormente. Por eso se mira con escepticismo a la doctrina. Sin embargo, cinco siglos después de que Justiniano prohibiera los comentarios del Digesto, el emperador bizantino (en 1045) se vio obligado a abrir estudios universitarios de derecho para “corregir la decadencia del espíritu jurídico”.

En el ámbito de lo que es jurídicamente posible (esto es, bajo el principio de que el experto en derecho está sometido al derecho vigente), la dogmática abre camino a la inclusión de nuevos valores o a la revisión de los antiguos, para abrirse a la solución de nuevos casos hasta entonces imprevistos resolviendo las cuestiones que se planteen en los márgenes del derecho vigente.

c. En la consolidación del derecho

195. El desarrollo del derecho puede ser impulsado por la doctrina, pero se materializa a través de la jurisprudencia y la legislación. La dogmática, con su trabajo de ordenación comprensiva contribuye a dar forma estable a la innovación (incorporándola al sistema de derecho), esto es, a consolidarla.

De este modo contribuye a la estabilidad y a la predecibilidad de las decisiones públicas. Aunque la doctrina no tiene la misma autoridad de la jurisprudencia, cumple de este modo la tarea de establecer soluciones para cuestiones prácticas que están expresadas con claridad y precisión.

d. En el control de las decisiones

196. La existencia de una doctrina independiente cumple la función crítica de someter a prueba la consistencia (ese rango mínimo de seguridad que es la justicia en sentido formal) y la argumentación en que se sostiene la jurisprudencia. La dogmática puede cumplir a nivel técnico un papel análogo respecto de la jurisprudencia que el que desempeña la opinión pública respecto de otras instituciones.