

# LOS MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS EN EL DERECHO CHILENO

## § 1. INTRODUCCIÓN

### *1. Razonamiento práctico y sistema jurídico.*

#### *a. El razonamiento Jurídico.*

- 1 El razonamiento jurídico es un caso particular del razonamiento práctico.
- 2 Por “razonamiento práctico” se entiende la argumentación racional que pretende dar una respuesta correcta a preguntas prácticas, es decir, a preguntas acerca de lo que en un caso determinado se encuentra permitido o es debido hacer u omitir. La particularidad del razonamiento jurídico consiste en que él tiene lugar bajo condiciones restrictivas.
- 3 El razonamiento jurídico se caracteriza frente al razonamiento práctico general por una restricción esencial, cual es su vinculación al derecho vigente. La determinación de la naturaleza y los alcances de esta restricción constituye el tema central no sólo de la teoría de la argumentación jurídica, sino también de su correlato, la teoría general del derecho.
- 4 El objetivo del razonamiento jurídico es la justificación o fundamentación del juicio jurídico. Esta justificación tiene dos aspectos básicos que son denominados “justificación interna” y “justificación externa”. La *justificación interna* tiene por objetivo garantizar que la decisión sea una conclusión o deducción válida de las premisas esgrimidas como razones justificatorias. La *justificación externa* consiste en la fundamentación a su vez de esas premisas justificatorias<sup>1</sup>.
- 5 Para efectos de estos materiales, asumiremos que los criterios de evaluación de la justificación interna son las reglas generales de la lógica, en particular, las reglas de la lógica deóntica o lógica de los enunciados modales de deber. La estructura lógica del razonamiento jurídico se denomina usualmente “silogismo jurídico”, y su caso más sencillo tiene la forma siguiente:
  - i. Para todo ***x***, si ***x*** se encuentra en la situación ***T***, entonces, a ***x*** le está mandado/permitido hacer/omitir ***R***.
  - ii. ***a*** es un ***x*** que se encuentra en la situación ***T***.
  - iii. ***a*** se encuentra obligado/autorizado a hacer/omitir ***R***.

---

<sup>1</sup> Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, 1989, p. 214 y ss.

- 6 La expresión “silogismo jurídico” se asocia también a una teoría de la argumentación jurídica surgida en el Siglo XIX, según la cual las premisas normativas del silogismo -en el ejemplo anterior, el enunciado (i)- se encuentran ya preestablecidas en el derecho vigente de un modo tal que basta con identificarlas y aplicarlas directamente al caso. Esta concepción ha demostrado ser falsa. Hoy en día se reconoce ampliamente que el razonamiento jurídico puede ser una actividad argumentativa compleja, en la cual la aplicación de la norma puede requerir una contribución argumentativa sustancial por parte del juez.
- 7 Este cambio de perspectivas lleva en ocasiones a rechazar la idea del “silogismo jurídico”, en el sentido de impugnar la necesidad de que la decisión del juez constituya una consecuencia lógica de las premisas. Esto es, sin embargo, incorrecto. La superación de la antigua teoría del razonamiento judicial no releva al juez ni al jurista de la obligación de sujetarse a reglas de inferencia al fundamentar su decisión o conclusión. Si así fuera, no podría siquiera hablarse de “razonamiento jurídico”, ya que la conclusión o decisión no sería una consecuencia racional de las premisas aducidas en su defensa y por lo tanto, cualquier discusión carecería de sentido. En rigor, la diferencia entre la teoría moderna de la argumentación jurídica y la vieja teoría del silogismo jurídico no se refiere a la *justificación interna* de la decisión (conclusión) sino a la naturaleza de la *justificación externa* de las premisas. El error metodológico de la antigua teoría del silogismo jurídico consistió en considerar a las premisas normativas del razonamiento jurídico como algo autoevidente, no necesitado a su vez de justificación.
- 8 Las reglas que rigen la *justificación externa* de cualquier razonamiento no consisten simplemente en reglas lógicas. Esto es así, porque los argumentos esgrimidos como razones justificatorias de las premisas del razonamiento no son meras proposiciones (enunciados), sino actos de habla. Por eso están sujetos a muchas reglas adicionales de la práctica argumentativa, como por ejemplo las que validan su pertinencia.
- 9 En el análisis de la *justificación externa* del razonamiento jurídico se centran las mayores dificultades de la teoría de la argumentación jurídica. Es precisamente la justificación de las premisas lo que distingue al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general. De un modo muy general, se puede decir que las premisas utilizadas en el razonamiento jurídico consisten en (a) reglas o principios del Derecho vigente, o más bien, proposiciones acerca de dichas reglas o principios, y (b) enunciados empíricos. Esta distinción entre dos tipos de premisas se relaciona con los argumentos empleados para su justificación racional, distinguiéndose de este modo entre:

- 10 (a) La justificación de una regla o de un principio como perteneciente al derecho vigente, que en el caso de las reglas se lleva a cabo demostrando que satisfacen ciertos criterios procedimentales de validez;
- 11 (b) La justificación de un enunciado empírico, para lo cual es posible emplear una gran variedad de criterios de justificación, desde los métodos de las ciencias empíricas hasta reglas jurídicas específicas (las reglas sobre el modo de probar hechos en el proceso), pasando por las máximas de la experiencia común, y,
- 12 En ambos contextos de justificación externa, aunque primordialmente en el primero, la práctica argumentativa jurídica hace uso de argumentos especial -“argumentación jurídica” en sentido estricto-, como los cánones de interpretación de reglas, los criterios de solución de conflictos entre reglas, los argumentos de la doctrina, la invocación de precedentes judiciales, y las denominadas “formas argumentales jurídicas especiales”<sup>2</sup>. Finalmente, en la práctica argumentativa jurídica también son usados los argumentos prácticos generales.
- 13 Salvo por los precedentes judiciales (*infra* § 6), lo que nos ocupará en estos materiales será únicamente el análisis de los criterios procedimentales de validez del ordenamiento jurídico (núm. 10).

*b. El concepto de sistema jurídico.*

- 14 Por “sistema” se entiende, de un modo muy genérico, el orden de un conjunto de elementos o conocimientos basado en la unidad de un principio o punto de vista. Aplicada al derecho, la noción de sistema ha tenido dos significados básicos, que desde la obra del eminente jurista austriaco, Hans Kelsen (1881-1973) se denominan como “sentido estático” y “sentido dinámico” del concepto de sistema jurídico<sup>3</sup>.
- 15 Por *sistema jurídico en sentido estático* se entiende el conjunto de reglas (o de proposiciones acerca de las reglas) que en su totalidad forman el derecho vigente en un lugar y en un momento dados, bajo el presupuesto que tal conjunto cumple con tres propiedades: la coherencia, la independencia y la completitud<sup>4</sup>. Ésta es la noción de

---

<sup>2</sup> Los cánones de interpretación, los criterios de solución de conflictos y las formas argumentales jurídicas especiales, constituyen, como se ha dicho, argumentos de la justificación externa de las premisas del silogismo jurídico. Los precedentes judiciales pueden constituir reglas jurídicas en los sistemas jurídicos en los que se sigue la doctrina del *stare decisis* (*infra*, § 6); cuando tienen este carácter institucional, los argumentos justificatorios de la existencia de un precedente pertenecen a la primera categoría (núm. 10).

<sup>3</sup> TPD, p. 83-84; TGDE, p. 129 y ss.

<sup>4</sup> Al respecto, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 1987, p. 100 s.

sistema jurídico en que usualmente piensan los juristas cuando conciben al derecho como un “cuerpo” o “un todo armónico”.

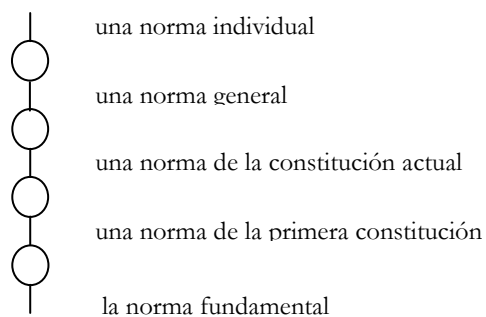
- 16 La noción anterior de sistema jurídico se denomina “estática” porque considera al derecho como un conjunto de normas válidas o de enunciados acerca de las mismas, con entera independencia de las acciones de creación y aplicación de las mismas. Cuando, por el contrario, se pone el énfasis en el proceso de creación y aplicación del derecho, y se vinculan estos actos en un procedimiento de modo que formen a su vez un “orden”, se está en el ámbito del concepto de *sistema jurídico en sentido dinámico*.
- 17 Sólo el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico puede proveer -al menos parcialmente- los criterios de identificación que requiere el razonamiento jurídico, para la justificación externa de las reglas jurídicas, como premisas del silogismo jurídico (*supra*, núm. 10). El concepto estático de sistema jurídico provee a la argumentación jurídica de muchos recursos importantes para la aplicación de las reglas jurídicas, en especial, para solucionar conflictos entre ellas, pero no permite identificar cuáles son las reglas jurídicas vigentes. El concepto de sistema jurídico en sentido estático simplemente se limita a presuponer la vigencia de un determinado conjunto de reglas.
- 18 Por contraste, el concepto dinámico de sistema jurídico da cuenta de un factor esencial para la comprensión de la peculiaridad del derecho moderno como un sistema normativo, cual es el hecho que el derecho *regula su propia producción y uso*<sup>5</sup>. Es precisamente en esta regulación de la producción y el uso de las normas jurídicas donde se encuentran los criterios de identificación que permiten justificar la selección de tal o cual norma como premisa del razonamiento jurídico, en tanto regla de derecho vigente. Así por ejemplo, las reglas del sistema jurídico chileno que autorizan al Presidente de la República para dictar reglamentos, constituyen el criterio de validez de las normas jurídicas creadas por el Presidente en virtud de esa autorización, y justifican al menos parcialmente, su utilización por el juez o el jurista como premisas de su razonamiento.
- 19 Los sistemas jurídicos modernos son, pues, *sistemas normativos institucionalizados*, es decir, sistemas de reglas que cuentan con instituciones especiales que crean y aplican las reglas del propio sistema. Siguiendo una terminología introducida por el célebre filósofo del derecho inglés, H. L. A. Hart (1907-1992), la teoría jurídica analítica denomina *reglas secundarias* a este tipo de reglas que se refieren a la identificación, modificación y

---

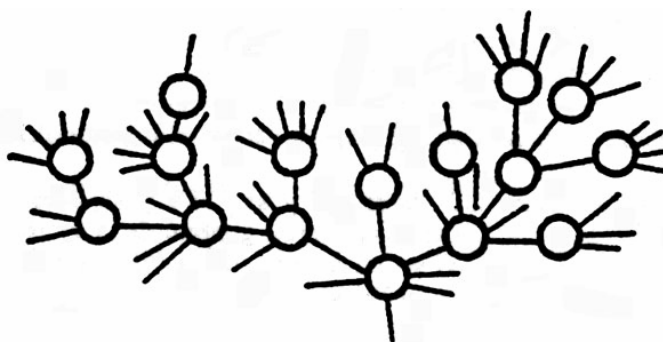
5 Kelsen, TPD, p. 84; Hart, CD, p. 33 y ss., 113 y ss.; Ross, DJ, p. 58; Bobbio, TGD, p. 158 y ss.; Raz, CSJ, p. 151 y ss.

aplicación de las demás reglas del sistema (estas últimas, denominadas *reglas primarias* en la terminología de Hart)<sup>6</sup>.

- 20 Las consideraciones anteriores llevan a comprender el Derecho -en una primera aproximación- como un complejo de relaciones entre reglas y acciones, en el cual la validez de las reglas depende del acaecimiento de ciertas acciones, que han sido a su vez realizadas de conformidad con otras reglas. La secuencia completa de reglas y acciones, que va desde una regla cualquiera de comportamiento hasta su fundamento último de validez, puede ser entendida como una “cadena de validez”, conforme al siguiente esquema<sup>7</sup>.



- 21 El conjunto de todas las cadenas de validez que reconocen un mismo y único fundamento último de validez forman el sistema jurídico, el cual puede ser en consecuencia representado mediante el diagrama de una arborescencia<sup>8</sup>:



- 22 Los teóricos kelsenianos prefieren utilizar el símil de una pirámide para representar gráficamente el sistema jurídico. Con ello se busca poner de manifiesto que el sistema

<sup>6</sup> Hart, CD, p. 99 y ss.

<sup>7</sup> La idea es de Kelsen, TGDE, *loc. cit.* (Nota 5), y ha sido analizada con particular detalle por Raz (CSJ, p. 126 y ss.).

<sup>8</sup> El esquema del sistema jurídico como una arborescencia proviene también de Raz, CSJ, p. 127.

jurídico tiene una estructura jerárquica (los escalones de la pirámide) y que todos los grados de la jerarquía del sistema jurídico se remontan a un mismo fundamento último de validez (la cúspide de la pirámide). La imagen de una pirámide como descripción metafórica del sistema jurídico presenta, sin embargo, varios problemas. La idea de una pirámide sugiere que todos los sistemas jurídicos tienen el mismo número de grados jerárquicos, o que una misma regla no puede autorizar al mismo tiempo la creación de reglas generales e individuales, o que las normas pertenecientes a todos los grados jerárquicos del sistema siempre pueden válidamente regular una misma materia en forma conjunta. Todas estas cuestiones son sin embargo contingentes, es decir, dependen de las reglas concretas de cada sistema jurídico.

- 23 Las ventajas de la arborescencia como modelo metafórico de representación del sistema jurídico es que no tiene las implicancias anteriores. El esquema de arborescencia es compatible con la diversidad de reglas jurídicas concretas relativas a las cuestiones que prejuzga el esquema de la pirámide.
- 24 El esquema de la arborescencia muestra además gráficamente en qué forma la teoría del sistema jurídico provee los criterios de justificación externa de las reglas jurídicas como premisas del razonamiento jurídico. La justificación externa de las reglas jurídicas se encuentra en la satisfacción de los criterios de validez del sistema, es decir, en el hecho que las reglas invocadas como premisas hayan sido creadas por actos previos, conforme a reglas preexistentes que confieren la facultad de crear reglas jurídicas. El examen de las principales reglas que confieren esta facultad en el sistema jurídico chileno es el objetivo de esta Primera Parte de los materiales de estudio.
- 25 El esquema de la arborescencia muestra sin embargo también los límites del concepto dinámico del sistema jurídico como un sistema de procedimientos de creación y aplicación de reglas conforme a reglas. Según este criterio, la validez jurídica se determina atendiendo a la satisfacción de las condiciones y requisitos de las reglas procedimentales por parte de quienes realizan los actos creadores de derecho. Pero es claro que la práctica argumentativa jurídica utiliza estándares prácticos que no pueden justificarse de ese modo. Tal es el caso de los principios de justicia política denominados también “principios jurídicos”.
- 26 Esta dificultad pone a la teoría del derecho en una disyuntiva: o bien la obliga a elaborar criterios especiales de justificación de la validez de los principios, asociándolos de algún modo a los criterios procedimentales de reconocimiento de la validez de las reglas, o bien debe reconocer la inexhaustividad del criterio procedimental de validez

que define el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico. La discusión de este problema no corresponde a este lugar. En lo que sigue, estos materiales se concentrarán exclusivamente en el examen de los modos de creación de reglas jurídicas, conforme a la idea procedimental de validez.

## ***2. El concepto de fuentes del derecho***

- 27 Para referirse a las formas de creación de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza tradicionalmente una noción metafórica, la de “fuentes del derecho”. En esta terminología, el derecho “fluye” de estas fuentes -tal como el agua de una vertiente-, se encuentra “contenido” en ellas -tal como el agua en un jarro-, o puede “extraerse” de ellas -tal como el agua de un pozo-. Esta es una metáfora que tiene una tradición muy larga en el pensamiento jurídico<sup>9</sup>, pero cuyo significado sigue siendo impreciso.
- 28 La razón principal de esta imprecisión radica en que el término “fuente” es multívoco, es decir, tiene muchos significados distintos<sup>10</sup>. En especial, cuando el uso del concepto tiene lugar en el contexto de una determinada teoría del Derecho, su significado cambia de acuerdo con los postulados fundamentales de cada teoría.
- 29 Así por ejemplo, el célebre filósofo del derecho y reformador social inglés, Jeremy Bentham (1748-1832), entendía por “fuente del derecho” aquella persona o personas de cuya voluntad la norma es expresión, y en consecuencia, distinguía entre (a) las normas generadas directamente por el soberano (“concepción”) y (b) las normas generadas indirectamente por él (“adopción”), ya sea (ba) por aceptación de normas generadas por soberanos previos (“suscepción”) o bien (bb) por delegación de su poder (“pre-adopción”) para crear normas (“imperación”) o para suprimirlas (“de-imperación”) <sup>11</sup>.
- 30 El ejemplo opuesto se encuentra en la teoría del gran jurista alemán, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)<sup>12</sup>. Savigny utilizaba el término “fuentes del derecho” o “fuentes jurídicas” para designar las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las

---

<sup>9</sup> Así por ejemplo, ya en el año 52 a. C. Cicerón plantea por boca de su personaje Marcus, que para obtener un conocimiento seguro del Derecho es necesario remontarse a su “fuente primaria misma” (*Las Leyes*, I, 6, 20).

<sup>10</sup> El filósofo del Derecho español, Luis Legaz y Lacambra, distingue no menos de siete sentidos diversos de la expresión “fuente del derecho”, señalando que ésta “puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etcétera); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre); g) fundamento de un derecho subjetivo” (*Filosofía del Derecho*, tercera edición, Barcelona, 1971, p. 525-526).

<sup>11</sup> *Of Laws in General*, I, 2-1 y II, 1 a 10 (edición de H.L.A. Hart, Londres, 1970, p. 1, 18 y ss.).

<sup>12</sup> *Sistema del derecho romano actual*, 2a ed, 1840, I, 2, 4-16.

instituciones jurídicas, como de las reglas jurídicas particulares formadas por abstracción de aquellas<sup>13</sup>. Para Savigny, la fuente jurídica fundamental es la conciencia jurídica popular, pues conforme a su teoría el derecho positivo es un fenómeno social que nace originariamente de las relaciones concretas mantenidas por el pueblo. La legislación estatal y la ciencia jurídica intervienen en un estadio posterior de evolución del Derecho, teniendo por finalidad principal la racionalización -abstracción y sistematización, en sentido estático- del material jurídico originario<sup>14</sup>. De este modo, una misma metáfora – “*source of the law*” (Bentham), “*Rechtsquelle*” (Savigny)-, es utilizada para designar fenómenos sociales completamente diversos.

- 31 Una forma usual de enfrentar esta imprecisión consiste en distinguir entre los conceptos de “fuente material del derecho” y “fuente formal del derecho”<sup>15</sup>. Con esta distinción se intenta diferenciar las *causas* que influyen en la generación del derecho (por ejemplo, intereses económicos o ideológicos: fuentes materiales) de los *causes* por los cuales se genera el derecho (ley, costumbre: fuentes formales). Esta distinción ayuda en parte a mitigar la multivocidad del concepto “fuente del derecho”, pero no resulta aceptable en definitiva, porque el concepto de “fuente formal” es también equívoco<sup>16</sup>.
- 32 Por “fuente formal” de la regla jurídica se entiende tanto el procedimiento de creación (formación) de la misma como la manera (forma) en que ella es expresada en el marco de la vida social. Cuando se dice, por ejemplo, que la ley es la fuente formal del derecho de mayor relevancia práctica en el sistema jurídico chileno se puede estar diciendo dos cosas distintas: (1) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas son creadas por actos de ciertos órganos del Estado mediante un cierto procedimiento, o bien, (2) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas se encuentran fijadas en ciertos textos, redactados en idioma español, que son proclamados

---

<sup>13</sup> Este concepto de fuente jurídica en sentido estricto es diferenciado por Savigny muy cuidadosamente de lo que él definía como las “fuentes históricas de la ciencia jurídica”, y que corresponden a los textos o documentos que permiten a la ciencia jurídica conocer los hechos jurídicos históricos.

<sup>14</sup> Esta teoría lleva a Savigny a rechazar el pretendido carácter de fuente jurídica de la costumbre y los contratos. Para Savigny, la costumbre no es más que la forma en que la conciencia del pueblo se evidencia exteriormente, y el contrato es la causa de nacimiento de la “relación jurídica” concreta, pero no de la regla o institución jurídicas que la define y regula, y que nace de otra fuente.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, Jorge Iván Hübner, *Introducción al Derecho*, 5ª edición, Santiago, 1984, p. 154 y ss.

<sup>16</sup> Con mayor precisión, Aníbal Bascuñán (IED, p. 148 y ss.) distingue -siguiendo a Savigny- entre fuentes del conocimiento jurídico y fuentes jurídicas del derecho, y subdivide éstas a su vez en tres clases: (a) las fuentes de validez (voluntad: estatal, social, convencional, unilateral), (b) fuentes de génesis (órganos: poder legislativo, ejecutivo o judicial, colectividad, individuos), (c) fuentes de expresión o formales (forma: Constitución, leyes, reglamentos, etc.). En general, las tres clases de fuentes jurídicas precisadas por Aníbal Bascuñán corresponden a diversos aspectos de las reglas secundarias de un sistema jurídico, y en esa medida concuerdan en conjunto con el concepto de modos de creación de normas jurídicas manejado en estos materiales. El aspecto en el cual nos separamos de su exposición es el tratamiento de la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad. Por su parte, y siguiendo al autor argentino, Julio Cueto Rúa, Máximo Pacheco utiliza el concepto de fuente formal del derecho en el sentido de modo de expresión de las normas jurídicas (*Teoría del Derecho*, 2ª edición, 1984, p. 316).

“ley” y divulgados de una forma determinada. Así, la fuente formal en un sentido (acto creador), lo es de aquello que a su vez es fuente formal en otro sentido (modo de expresión) de la regla. Esto acarrea naturalmente muchas confusiones.

33 En la medida en que se entienda por “fuente del derecho” los modos de creación de reglas jurídicas válidas en un determinado sistema, el concepto en cuestión se identifica con la idea de la creación de reglas jurídicas mediante actos regulados a su vez por otras reglas jurídicas. En este sentido, bien se puede afirmar que con el concepto de “fuente del derecho” se designa en definitiva, el complejo de reglas que reconocen a ciertas personas o grupos de personas la facultad de crear reglas y regulan el ejercicio de tal facultad, es decir, a los criterios procedimentales de validez de las normas jurídicas<sup>17</sup>. Establecida esta coincidencia, cabe preguntarse por la necesidad o conveniencia de mantener el concepto de “fuente del derecho” en el marco de la concepción dinámica del sistema jurídico.

34 Hans Kelsen es categórico en señalar la inidoneidad del concepto de fuente del derecho para la teoría jurídica, debido a su carácter tan equívoco<sup>18</sup>. La razón básica que mueve a Kelsen en este sentido es el rigor con que su teoría pretende distinguir el fundamento normativo de validez de una regla jurídica de cualquier otra consideración relativa a su surgimiento histórico o a su aceptación social.

35 En contraste con el rigor de Kelsen, el connotado filósofo del derecho danés, Alf Ross (1889-1979), acepta la terminología tradicional de las “fuentes del Derecho”, pero en una elaboración muy particular<sup>19</sup>. Según Ross, la posibilidad de predecir una decisión judicial presupone que en la fundamentación de su sentencia los jueces no proceden de un modo caprichoso o arbitrario, sino que actúan guiados por actitudes y conceptos compartidos, por una “ideología normativa común”. La *ideología* de las fuentes del Derecho identifica “el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”. La descripción de esta ideología normativa común es precisamente el objeto de la *doctrina* y de la *teoría* de las fuentes del derecho, que se diferencian entre sí por su grado de generalidad.

36 Según Ross, la teoría de las fuentes del derecho podría identificar tres grandes tipos de fuentes del Derecho, atendiendo al mayor o menor grado con que ellas presentan al

---

<sup>17</sup> Así. Bobbio-TGD, p. 158 y ss.; Hart-CD, p. 121, 126-27; Raz-CSJ, p. 252 y ss.

<sup>18</sup> TPD, p. 243.

<sup>19</sup> DJ, p. 76 y ss.

juez una regla formulada para su utilización como fundamento de su decisión, y que Ross denomina como “grado de objetivación” de la fuente, en el siguiente esquema:

- a) fuentes de objetivación completa: formulaciones de reglas revestidas de autoridad (legislación en el sentido más amplio del término);
- b) fuentes de objetivación parcial: costumbre y precedente judicial;
- c) fuentes carentes de objetivación: la “razón” o tradición cultural<sup>20</sup>.

37 El ejemplo de Ross permite sostener que se podría entender por “fuente del derecho” todos los criterios susceptibles de ser invocados ante los tribunales de un determinado sistema jurídico para justificar las premisas normativas que han de servir de fundamento a su decisión, es decir, que conforme a la ideología compartida por esos tribunales “ejercen influencia” en sus decisiones<sup>21</sup>. Esta noción amplísima e indiferenciada es plausible, pero nosotros preferimos, no obstante, prescindir de ella. Aparte de ciertas objeciones terminológicas<sup>22</sup>, el principal argumento en contra del uso del concepto de fuente del derecho consiste en el hecho, apuntado por Ross, que dicho concepto cumple una función tanto descriptiva (teoría o doctrina) como prescriptiva (ideología), generando por esta razón tensiones y malentendidos prácticamente insubsanables.

38 En su función descriptiva, el concepto de fuente del derecho pretende dar cuenta del rasgo más destacado de los sistemas jurídicos modernos, cual es la generación y cambio deliberado de reglas jurídicamente vinculantes a través de procedimientos preestablecidos. En su función prescriptiva, el concepto de fuente del derecho asume la forma de un argumento justificatorio que advierte al juez que su decisión sólo es legítima en la medida en que se basa en premisas provenientes de determinadas fuentes.

39 La doble función del concepto de fuente del derecho hace que la teoría del derecho que lo utilice se vea enfrentada a un dilema. Mientras más coherentemente se apegue a la función descriptiva del concepto, menor será la variedad de recursos reconocidos por la teoría como fundamentos legítimos de la decisión judicial, ya que la idea que los estándares jurídicos son establecidos por actos deliberados no es aplicable a varios

---

<sup>20</sup> Este último tipo de fuente es indudablemente el que más dudas suscita. La inclusión de la “tradición de cultura” dentro del catálogo de fuentes se explica como una reacción crítica de Ross al positivismo legalista, “que limita el derecho a las normas puestas por las autoridades y que cree que la actividad del juez sólo consiste en una aplicación mecánica de ellas” (DJ, p. 96).

<sup>21</sup> La aplicación de esta concepción a la teoría de la argumentación jurídica se encuentra en la siguiente definición de fuente del derecho, debida al filósofo del derecho finés, Aulis Aarnio: “toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación” (*Lo racional como razonable*, Madrid, 1991, p. 123).

<sup>22</sup> Básicamente (a) que se trate de un concepto multívoco, y (b) que implica una distinción entre el derecho y su fuente, que es incompatible con la concepción dinámica del sistema jurídico, conforme a la cual el derecho comprende tanto las normas jurídicas como los procedimientos de su creación y aplicación.

estándares que de hecho también sirven de premisas normativas en el razonamiento jurídico. Y a la inversa, si se prioriza la función prescriptiva del concepto, y se incluye estos otros estándares normativas dentro del repertorio de razones legítimas para el juez, entonces habrá que entender por “fuente” algo mucho más vago que un hecho social empíricamente constatable.

- 40 El caso práctico más importante de este dilema se encuentra en el status de los así denominados “principios jurídicos” o “principios generales del derecho” (*supra*, núms. 25, 26). Dado que con este concepto se designa tipos o clases de estándares normativos, los principios jurídicos no pueden ser considerados “fuentes” -hechos generadores- de parámetros normativos. En el razonamiento práctico ellos cumplen directamente la función de premisas normativas, y no de criterios de justificación externa de dichas premisas<sup>23</sup>. Por otra parte, ellos tampoco son el resultado de un acto de creación determinado, no valen porque así se lo decidió. De aquí que los principios generales del Derecho no pueden ser considerados, en rigor, ni como fuentes ni como productos de alguna fuente. Lo dicho vale también para las razones prácticas generales o “equidad natural”.
- 41 Este dilema es un problema para quienes pretenden legitimar la apelación a los principios generales del Derecho como premisas con una relevancia al menos equiparable a la de las reglas, y conservar al mismo tiempo la noción de las fuentes del Derecho.
- 42 Con el fin de conciliar lo inconciliable, para justificar la consideración de los principios jurídicos como el producto de alguna fuente se ha llegado incluso a suponer la existencia de una “potestad normativa del derecho”<sup>24</sup>. Pero, salvo por una definición *ad-hoc* del término “potestad”, esto es un sinsentido. Conforme a las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto de potestad, éste se define como una capacidad o habilidad de un sujeto que puede realizar actos de habla. Y un conjunto de estándares prácticos no es un sujeto del cual se pueda predicar tal propiedad: sólo los seres humanos pueden detentar y ejercer potestades normativas.
- 43 La forma más usual de eludir el problema consiste sin embargo en desplazar el significado del concepto de fuente del derecho, olvidando su relación con un modo de

---

<sup>23</sup> En rigor, los principios jurídicos desempeñan ambas funciones. Así, a veces son usados como argumentos justificatorios de una determinada interpretación de textos legales, o sea, como razones justificatorias de la pertenencia de una regla (la norma legal) al derecho vigente; otras veces son usados directamente como premisas normativas válidas, ya sea en ausencia de o incluso en conflicto con otras premisas normativas válidas.

<sup>24</sup> Así, Jaime Williams Benavente, *Lecciones de Introducción al Derecho*, I, Santiago, 1992, p. 164.

creación de reglas, y priorizando su sentido de denominación genérica de diversos estándares, explotando además la única analogía posible entre los principios jurídicos, la equidad y la legislación: así como el texto legislativo “contiene” las reglas que el juez reformula como premisa de su decisión, así también puede el juez “obtener” de principios generales y abstractos o de criterios generales de justicia premisas normativas más particulares o concretas<sup>25</sup>.

- 44 Esta estrategia tampoco es satisfactoria, en la medida en que diluye las diferencias existentes entre los distintos estándares que sirven de premisas del razonamiento judicial. Si la teoría de la argumentación jurídica parte del presupuesto que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico debido a su especial vinculación con el derecho vigente (*supra*, núms. 1 y 2), y si un sistema jurídico moderno se caracteriza principalmente por el hecho de autorregular su generación mediante el establecimiento de procedimientos para la creación de reglas, entonces es indispensable que la teoría de la argumentación distinga a las reglas así creadas como una clase especial de premisas normativas. Así se cumple mejor con el postulado de restricción del razonamiento jurídico.
- 45 Lo anterior no quiere decir que las reglas jurídicas preestablecidas constituyan las únicas premisas normativas del razonamiento jurídico. Sólo quiere decir que las otras premisas normativas requieren una justificación externa distinta de la satisfacción de criterios procedimentales de validez.
- 46 Por las razones expuestas, en estos materiales se prescindirá en adelante del concepto de fuentes del derecho. De aquí que, tal como ya se advirtió (*supra*, núm. 26), en estos materiales de estudio no se hará mención a los principios generales del derecho ni a la equidad natural.

### ***3. Los principales modos de creación de reglas en el Derecho chileno.***

- 47 En términos muy generales se puede clasificar los principales modos de creación de reglas jurídicas atendiendo a la identidad de quienes intervienen como autores en el procedimiento de su creación, distinguiéndose así entre:
- a) La creación de reglas jurídicas por parte del Estado;
  - b) La creación de reglas jurídicas por parte del individuo, y,

---

<sup>25</sup> Ésta es en definitiva la estrategia conceptual seguida por Alf Ross para avalar el uso del término, compartida también por Aarnio (vid. *supra*, notas 19 y 21). Ésta es también la estrategia que subyace a la consideración de los principios -junto con la jurisprudencia y la doctrina- como una fuente “mixta” (Bascuñán, IAD, p. 154 y ss.).

c) La creación colectiva de reglas jurídicas por parte de la comunidad.

48 Este criterio clasificatorio se encuentra sujeto a reparos, ya que es evidente que los actos creadores de reglas jurídicas son siempre actos realizados por seres humanos. Ni el Estado ni la comunidad son entes que puedan actuar con independencia de la intervención de algún ser humano. Cuando decimos que tal o cual regla ha sido instituida por un acto (o por la voluntad) del Estado, lo que queremos afirmar es que ha sido establecida por uno o varios seres humanos, actuando en conformidad a ciertas reglas, en virtud de las cuales su acción reviste un significado especial. En consecuencia, cuando decimos que una determinada regla ha sido instituida por un acto de voluntad de un individuo, afirmamos también que tal acto tiene otro significado determinado, también en virtud de ciertas reglas. Puesto que todos los actos creadores de reglas no son más que actos humanos regidos por reglas, resulta en cierto sentido inductor a confusión oponer el Estado al individuo y a la comunidad, como si se tratara de diversos autores de reglas.

49 No obstante lo anterior, la distinción tiene valor clasificatorio. Pues las atribuciones conferidas por las reglas del sistema jurídico a las personas en tanto agentes del Estado, que denominaremos en adelante “potestades públicas”, son diversas de las atribuciones reconocidas a las personas en tanto simples individuos, que en adelante denominaremos “facultades privadas”<sup>26</sup>.

50 a. Las potestades públicas son calificadas, es decir, sólo se confieren a una persona en razón de su calidad de titular de un “cargo”, esto es, de una calidad especial que se posee satisfaciendo ciertas reglas especiales. La facultad privada, en cambio, es reconocida por el sistema jurídico a todas las personas por regla general. En razón de lo anterior, las potestades públicas deben por regla general ser ejercidas por su titular, el que por regla general no está autorizado para delegar su ejercicio. A la inversa, el particular se encuentra por regla general autorizado para delegar en otra persona el ejercicio de sus facultades normativas privadas.

51 b. Las normas creadas en virtud del ejercicio de una potestad pública son obligatorias para sus destinatarios, lo quieran éstos o no: su asentimiento no es condición de validez de la regla. Por el contrario, la norma establecida en ejercicio de una facultad privada

---

<sup>26</sup> Al respecto, cfr. Ross, *Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado”*, en *Derecho Constitucional*, en, del mismo, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1993, p. 89 y ss.

sólo es por lo general obligatoria en la medida en que su destinatario haya consentido en ser obligado, lo cual se realiza también en ejercicio de la facultad privada<sup>27</sup>.

- 52 c. El ejercicio de las potestades públicas debe ser efectuado en interés de la comunidad, respetando criterios de proporcionalidad entre fines y medios, sujetándose a reglas más o menos precisas de procedimiento y constituyendo por lo general un deber para el titular del cargo. El ejercicio de las facultades privadas queda por el contrario entregado al interés y a la conveniencia de cada individuo, se lo efectúa sin sujetarse a procedimientos detallados, y sin que el individuo tenga por lo general un deber de ejercerla.
- 53 d. Finalmente, las potestades públicas presuponen como principio fundamental que ninguna persona o grupo de personas tiene otras atribuciones que las expresamente conferidas por reglas del sistema jurídico. Las facultades del individuo presuponen el principio opuesto: por regla general, lo que los individuos reconozcan como regla jurídica es en principio válido, salvo que ello se encuentre expresamente prohibido.
- 54 En lo que respecto a la identificación de la comunidad como un autor de reglas, esto tiene un sentido completamente diverso a la identificación del Estado y el individuo. Las reglas jurídicas atribuidas a la comunidad como su autor, es decir, las reglas consuetudinarias, son en rigor reglas reconocidas como jurídicamente vinculantes a pesar de no ser identificables su autor ni el acto de su establecimiento. No son reglas creadas deliberadamente sino reglas surgidas de modo espontáneo. El hecho social al cual se remite la constatación de la existencia de esta clase de reglas no es su creación, en el sentido preciso de su formulación mediante un acto de declaración de voluntad, sino su seguimiento. El *uso* de la regla por la comunidad cuenta como prueba de su “creación”.

*a. La creación de reglas jurídicas por parte del Estado.*

- 55 La definición del concepto de Estado es tarea de la teoría política y la ciencia del derecho internacional público y del derecho constitucional. Para efectos de estos materiales utilizaremos una definición puramente aproximativa, y entenderemos en

---

<sup>27</sup> Existen también casos muy excepcionales de auténticas potestades ejercidas por individuos, que implican la sujeción del destinatario sin consultar la voluntad de éste. Tal es el caso de la “potestad paterna”, es decir, de las atribuciones de los padres de “corregir a los hijos” (Art. 234 CC). Por otra parte, además del efecto directo de la norma creada por un acto de voluntad individual en relación con su destinatario es necesario considerar el efecto reflejo de la misma en relación con todas las demás personas, aunque puedan tener un interés que entra en conflicto con dicha norma. Este efecto reflejo, consistente en respetar la norma creada por un acto jurídico y no impedir su cumplimiento, se denomina “oponibilidad”.

consecuencia por “Estado” una estructura de convivencia humana ordenada jurídicamente y provista de un poder normativo independiente y supremo<sup>28</sup>.

56 Esta definición pone de manifiesto la íntima relación existente entre los conceptos de sistema jurídico y de Estado. Por una parte, la existencia de un orden jurídico -sistema jurídico en sentido estático- es un requisito del Estado, y por la otra parte, el poder de crear normas -sistema jurídico en sentido dinámico- es un atributo esencial del Estado. No es sorprendente, en consecuencia, que algunos autores sostengan la identidad de los conceptos de Estado y derecho<sup>29</sup>.

57 Esta identidad puede producir sin embargo malentendidos que aconsejan el uso diferenciado de ambos conceptos. Así por ejemplo, es obvio que el concepto de Estado sólo puede identificarse con el concepto dinámico de sistema jurídico. El derecho entendido como sistema jurídico en sentido estático no es idéntico al Estado, sino que constituye más bien resultado o el presupuesto de la actuación del Estado. Por otra parte, el Estado cumple otras funciones además de la creación de reglas jurídicas y la adjudicación de responsabilidades en caso de su infracción. Finalmente, la caracterización de un sistema jurídico como un “Estado de Derecho” tiene un sentido específico, basado en el cumplimiento de ciertos estándares o principios dentro de ese sistema, como el control jurisdiccional de los actos del Gobierno y el respeto de ciertos derechos fundamentales de las personas. Identificar los conceptos Estado y derecho priva de este sentido específico al concepto de “Estado de Derecho”, porque todo Estado sería por definición un Estado de Derecho.

58 Para referirse a los agentes concretos que realizan los actos estatales creadores de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza otra expresión metafórica, la de “órgano”. Etimológicamente considerada, la palabra “órgano” significa “instrumento” o “herramienta”, lo cual sugiere que el acto estatal es realizado por alguien en representación de otro agente, el Estado. Pero, tal como ya se ha visto, lo que en rigor se afirma mediante este confuso uso del lenguaje es que la atribución normativa se entiende conferida en razón del ejercicio de un cargo y que tal atribución constituye una potestad pública, con todas sus características distintivas.

59 Los aspectos básicos a los cuales se refieren las reglas que confieren atribuciones a los órganos del Estado se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye un principio básico del sistema jurídico chileno:

---

<sup>28</sup> Maunz, Theodor - Zippelius, Reinhold, *Deutsches Staatsrecht*, 28a. edición, München 1991, p. 2.

<sup>29</sup> Kelsen- TGDE, p. 224 y ss.; TPD, p. 285 y ss.

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”<sup>30</sup>.

- 60 Conforme a este principio, la “validez” de las normas establecidas por el Estado, es decir, su carácter vinculante como normas de conducta para los ciudadanos y como premisa del razonamiento para el juez, depende del cumplimiento copulativo de tres requisitos básicos: la investidura regular, la competencia y las formas legales de actuación.
- 61 (a) Por “investidura regular” del integrante del órgano estatal se entiende el procedimiento de elección, nombramiento o designación de una persona para ocupar un determinado cargo, así como la aceptación de éste y su asunción del cargo o instalación en el mismo. El estudio de estos procedimientos corresponde a la rama de las ciencias del derecho denominada “Derecho Administrativo”. En estos materiales sólo nos preocuparemos de precisar cuál es el órgano estatal que ejerce tal o cual potestad normativa, y presupondremos que quienes lo integran se encuentran legalmente investidos del cargo.
- 62 (b) El concepto de competencia es sin duda el más importante y el más difícil de definir de los tres requisitos. De un modo muy genérico, podemos decir que por “competencia” se entiende el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano. El discurso jurídico manifiesta este sentido del término mediante las expresiones metafóricas “ámbito” o “esfera” de competencia, queriendo con ello dar la imagen de un espacio dentro del cual el órgano actúa válidamente. La forma usual de concretar o delimitar las competencias normativas es mediante el concepto de “materia de regulación”, es decir, refiriéndose a una determinada clase o categoría de acciones o actividades humanas, cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a un determinado órgano. Así por ejemplo, en Chile el Banco Central es el órgano estatal facultado para dictar normas sobre cambios internacionales, esta última es una “materia de regulación” de su “competencia”.
- 63 La delimitación de la competencia de un determinado órgano es por lo general el resultado de considerar las reglas que la confieren o reconocen. Éste es el *criterio positivo* de competencia. Pero la competencia de un órgano cualquiera puede también ser

---

<sup>30</sup> Art. 7º inciso primero C.Pol. El Art. 8º C.Pol. introducido por la Ley 20.050, establece como regla general la publicidad de los actos de los órganos del Estado.

delimitada por aquellas reglas que eventualmente establezcan competencias exclusivas en favor de otros órganos. Éste es el *criterio negativo* de competencia.

64 (c) La forma legal de actuación del órgano del Estado corresponde por lo general a un procedimiento preestablecido, que permite identificar a la norma jurídica válida como su resultado. Los procedimientos previstos por el sistema jurídico chileno son muchos y muy variados; su estructura y su mayor o menor grado de complejidad depende de la naturaleza de la discusión y acuerdo o resolución que dan origen a la norma en cuestión, así como de la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico.

65 Atendiendo a los órganos competentes, al ámbito de competencia y al procedimiento preestablecido para el ejercicio de la potestad normativa, es posible distinguir en el sistema jurídico chileno cinco grandes categorías de potestades normativas -la constituyente, la legislativa, la administrativa y las potestades *sui generis* o de ejercicio autónomo- a las cuales se agrega la potestad jurisdiccional, de dudosa condición como potestad normativa. El siguiente cuadro ofrece una sinopsis de las potestades normativas públicas en el ordenamiento jurídico chileno, exponiendo cuáles son los órganos que las ejercen y qué denominación reciben los textos autoritativos que consagran las normas jurídicas creadas en virtud del ejercicio de dicha potestad.

POTESTADES	ÓRGANOS	TEXTOS AUTORITATIVOS
Constituyente	Cámara de Diputados y Senado Congreso Pleno Presidente de la República	Constitución Leyes de Reforma Constitucional
Legislativa	Cámara de Diputados y Senado Presidente de la República	Leyes
	Presidente de la República	Decretos con Fuerza de Ley
	Presidente de la República Congreso Nacional	Tratados Internacionales <sup>31</sup> (*)
Normativa Administrativa	Presidente de la República	Decretos Supremos, Reglamentos
	Demás órganos de la Administración Pública	Decretos, instrucciones, circulares.
Otras potestades normativas de órganos autónomos del Estado.	Banco Central	Acuerdos
	Consejo Nacional de Televisión	Acuerdos
	Municipalidades	Ordenanzas, reglamentos.
	Órganos Autónomos	Reglamentos Internos
	Tribunales Superiores de Justicia	Autos Acordados
Potestad Jurisdiccional	Tribunales de Justicia	Resoluciones (Precedentes)

---

<sup>31</sup> Las normas de tratados internacionales que consagran derechos fundamentales son consideradas por una opinión significativa de autores chilenos como normas con rango al menos igual que el de las normas constitucionales. Esto implica considerar su establecimiento como una forma especialísima de ejercicio de la potestad constituyente.

*b. La creación de reglas jurídicas por parte de los individuos*

- 66 Como ya se ha dicho, en tanto individuos, es decir, en su condición privada y en su vida cotidiana, las personas gozan también de facultades normativas, requiriendo siempre las normas así creadas el asentimiento de su destinatario para que lo obliguen (*supra*, núms. 47-53).
- 67 Pero no sólo cada individuo en particular goza de tal facultad, sino también las asociaciones de individuos, en la medida en que éstas se organicen de tal modo que tengan una existencia independiente de los miembros que la componen. A las asociaciones de este tipo se las denomina “personas jurídicas”, por oposición a las “personas naturales”, que es la denominación aplicable a los individuos mismos.
- 68 Además de las facultades normativas semejantes a las que gozan las personas naturales, las personas jurídicas gozan de una facultad normativa muy especial, consistente en la posibilidad de establecer normas que son obligatorias para los miembros de la asociación sin necesidad de que éstos las acepten en cada caso particular<sup>32</sup>.
- 69 El acto de establecimiento de normas por parte de personas naturales o jurídicas se denomina “acto jurídico”, el cual se define en general como una declaración de voluntad efectuada con la intención de generar o extinguir derechos y obligaciones. Los conceptos y categorías con que opera la rama de la ciencia del derecho encargada del análisis de los actos jurídicos -el “derecho privado” (básicamente, “derecho civil” y “derecho comercial”) proceden de la teoría del derecho natural moderno y en gran medida se remontan incluso hasta a la jurisprudencia romana. Por esta razón no es fácil relacionarlos con los conceptos y categorías de la teoría general del derecho de orientación analítica. Así por ejemplo, el concepto de “norma” -que es central en el análisis de la potestad normativa de los órganos del Estado- no desempeña como tal un papel preponderante en el análisis tradicional de las facultades normativas de los individuos. La ciencia del derecho privado se refiere por una parte al acto generador de la norma -actos jurídicos, contratos, convenciones- y por la otra parte el efecto de esa norma desde la perspectiva de sus destinatarios -obligaciones, derechos-.

---

<sup>32</sup> Es cierto que nadie puede ser obligado a pertenecer o a permanecer en una asociación; en este sentido mínimo, también las normas creadas por personas jurídicas requieren el consentimiento de sus destinatarios para ser obligatorias. Pero la pertenencia a una asociación conlleva la obligación de someterse a todas las normas que han sido establecidas por los órganos de esa asociación, sin que para cada caso de establecimiento de normas sea necesario el asentimiento de cada asociado.

70 Con todo, es posible elaborar un esquema de análisis semejante al utilizado respecto de las potestades normativas de los órganos del Estado (*supra*, núms. 59 y ss). Los aspectos esenciales de las facultades normativas de los individuos se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye otro principio básico de sistema jurídico chileno:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita”<sup>33</sup>.

71 Notablemente, este principio no se refiere a los requisitos de validez para que el acto de un individuo obligue *a otro*, sino a los requisitos de validez del acto por el cual un individuo se obliga *para con* otro. El primer requisito, la capacidad legal, es el equivalente a la detentación del cargo público, ya que se refiere al sujeto que goza de la atribución. Los requisitos tercero y cuarto corresponden -en un plano diverso, caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad (*infra*, núm 73)- al requisito de la competencia de los órganos del Estado. El requisito segundo, a su vez, se refiere a la manifestación del acto de la voluntad, correspondiendo al requisito procedimental de los actos estatales.

72 Por “capacidad legal” se entiende la condición que habilita a una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones, distinguiéndose, según una u otra consecuencia, entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Por regla general, toda persona natural es legalmente capaz; las incapacidades constituyen excepciones.

73 Por regla general, las personas naturales son competentes para efectuar toda clase de actos jurídicos. El principio que rige las atribuciones normativas de los individuos no es el de la necesidad de una autorización positiva expresa por el sistema jurídico, sino el de ausencia de prohibición: los individuos gozan de libertad para determinar las normas que han de regir sus relaciones recíprocas (principio de la autonomía de la voluntad)<sup>34</sup>. No obstante, los actos jurídicos estos deben tener siempre un “objeto”, es decir, la creación de una o más obligaciones de dar, hacer o no hacer (y sus derechos correlativos), y una “causa real”, es decir, un motivo efectivo que induzca a la celebración del acto jurídico. Tanto el objeto como la causa deben ser lícitos, lo cual en definitiva significa que no son válidos los actos jurídicos prohibidos por la ley.

---

<sup>33</sup> Art. 1445 CC.

<sup>34</sup> Tratándose de personas jurídicas, su competencia normativa se encuentra por lo general determinada por los estatutos de la misma, y excepcionalmente por normas establecidas por el Estado (leyes o reglamentos).

74 Como principio general, la celebración de actos jurídicos por parte de personas naturales o jurídicas no se encuentra sujeta a procedimientos preestablecidos, sino que basta la manifestación -expresa o tácita- del consentimiento en obligarse (principio del consensualismo). No obstante, la exigencia del cumplimiento de ciertas formalidades ha constituido una tendencia sostenida del derecho chileno, persiguiendo tales exigencias diferentes finalidades, como preconstituir medios de prueba o dar publicidad al acto. En todo caso, la validez del acto supone como mínimo que se haya asentido al mismo -"consentimiento"-, y que tal asentimiento no haya sido dado en circunstancias que afecten el carácter vinculante de la declaración de voluntad -"vicios del consentimiento": error, fuerza y dolo-.

*c. La creación de reglas jurídicas por la comunidad*

75 La costumbre constituye un modo de generación de normas jurídicas completamente diverso al que caracteriza la generación de normas jurídicas por el Estado o por los individuos. Una norma consuetudinaria no se "establece" ni se "deroga" mediante un acto de voluntad individual o colectivo, y por lo mismo no es posible precisar el lugar ni el tiempo del inicio o el fin de su existencia. En otras palabras, el cambio de las normas consuetudinarias es espontáneo, no deliberado. Por esta razón, no puede hablarse en rigor de una "potestad" o "facultad" normativa de la colectividad, ya que no se trata de una atribución que sea ejercida por un sujeto determinado de una forma determinada. Dicho con propiedad, el sistema jurídico se limita a reconocer la validez de ciertas reglas surgidas espontáneamente, cuando su existencia puede ser posteriormente probada atendiendo al hecho social de su seguimiento reiterado por parte de los miembros de la comunidad.

76 Estas características diametralmente opuestas del derecho convencional y el derecho consuetudinario hacen que el predominio del primero se traduzca en un desplazamiento de la importancia del segundo como modo de creación de normas jurídicas. La hegemonía del derecho convencional es un rasgo característico del sistema jurídico chileno, al menos desde mediados del siglo pasado.

*d. Marco de regulación de las potestades y facultades normativas.*

- 77 El estudio de los modos de creación de normas jurídicas por parte del Estado, de los individuos y de la colectividad consiste en el análisis del marco de regulación de las distintas acciones o actividades humanas que intervienen en dicha creación de normas. Este marco de regulación, o conjunto de las principales reglas secundarias del sistema jurídico chileno (*supra*, núm. 19), no se encuentra consagrado en un sólo texto autoritativo, sino en diversos cuerpos normativos.
- 78 Las reglas fundamentales relativas a las principales potestades públicas se encuentran en la Constitución. En materia de competencia de los distintos órganos estatales, estas reglas constitucionales son complementadas por reglas consagradas en leyes especiales que regulan la organización y funcionamiento de dichos órganos. Tales son los Códigos Orgánico de Tribunales (1875/1943), de Procedimiento Civil (1903) y Procesal Penal (2000), la Ley 18.838 (Consejo Nacional de Televisión) y las LOC 17.997 (Tribunal Constitucional), 18.460 (Tribunal Calificador de Elecciones), 18.575 (Bases Generales de la Administración del Estado), 18.840 (Banco Central), 18.695 (Municipalidades), 18.918 (Congreso Nacional) y 19.880 (Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado).
- 79 Las reglas secundarias fundamentales relativas a las facultades normativas de las personas se encuentran en los dos principales cuerpos normativos del derecho privado chileno, el Código Civil (1857) y el Código de Comercio (1867).
- 80 El Código Civil contempla además en su Título Preliminar diversas reglas relativas a la definición, obligatoriedad, efectos e interpretación de la ley, así como a sus relaciones con las normas consuetudinarias y a los efectos de las resoluciones judiciales. Esta fue la regulación de las fuentes del derecho chileno introducida por la codificación del Siglo XIX, que consagró la primacía del derecho legislado sobre el derecho consuetudinario y el derecho jurisprudencial.