UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Profesor Andrés Jana Linetzky
Segundo semestre año 2015
Derecho Civil I

MATERIALES V

FUENTES DEL DERECHO

1. SQUELLA, Agustín. *Introducción al derecho.* Santiago, Editorial Jurídica. pp. 205-289.
2. DUCCI, Carlos. *Derecho Civil: Parte general.* Santiago, Editorial Jurídica, 2005. pp. 64-82.
3. SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del derecho romano actual.* Madrid, Góngora y Compañía, 1879. pp. 342-368, 422-431, 438-442.
4. AGUILO, Josep. *Sobre la derogación.* México D.F., Fontamara, 1995. pp. 95-106.
5. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. "Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social.* Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2000. pp. 227-261.
6. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de derecho civil.* Santiago, Editorial Jurídica, 1998. pp. 221-267.
7. DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil.* Tecnos. pp. 126-136.
8. MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona, Ariel, 1956. pp. 27-73.
9. BARROS, Enrique. "Reglas y principios en el derecho". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social.* Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1984. pp. 269-281.
10. ESSER, Josep. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.* Barcelona, Bosch, 1961. pp. 52-87.

Agustín Squella Narducci

INTRODUCCION AL DERECHO

Editorial Jurídica de Chile

PRIMERA PARTE

FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCION

Normas jurídicas y fuentes del derecho. Diversas acepciones de la expresión "fuentes del derecho" en la literatura jurídica.

Normas jurídicas y fuentes del derecho.– Si el primer capítulo nos condujo a la conclusión de que el derecho es una realidad normativa, esto es, algo que consiste en normas, o que tiene que ver preferentemente con normas, y si, por su lado, el capítulo siguiente mostró las relaciones que el derecho como orden normativo tiene con ese otro orden normativo que es la moral, el presente capítulo, en cuanto trata de las fuentes formales del derecho, y en particular de las fuentes formales del derecho chileno, procura dar una respuesta a la pregunta acerca de quiénes y valiéndose de cuáles métodos o procedimientos están autorizados para producir las normas jurídicas, así como para modificarlas o dejarlas sin efecto.

En otras palabras: si el derecho es una realidad normativa, y si todo derecho responde a ese carácter, tiene sentido preguntarse quiénes y por medio de cuáles procedimientos están autorizados, en el caso del derecho chileno, para producir normas jurídicas, o sea, para incorporar nuevas normas al ordenamiento jurídico nacional, así como para modificar tales normas o dejarlas sin efecto.

De eso es lo que trata, en consecuencia, la mayor parte de este capítulo.

Diversas acepciones de la expresión "fuentes del derecho" en la literatura jurídica.– Sin perjuicio de lo expresado en el acápite

precedente, "fuentes del derecho" es una expresión que reconoce varias acepciones en la literatura jurídica. De este modo, sólo en una de tales acepciones –la de *fuentes formales del derecho*– la aludida expresión está conectada a la pregunta de quiénes y cómo se hallan autorizados para producir nuevas normas o modificar o dejar sin efecto las que se encuentran actualmente vigentes.

"Fuente" es una palabra que remite a procedencia u origen, y en algunas de sus distintas acepciones la expresión "fuentes del derecho" remite a su vez al origen o procedencia del derecho. Sin ir más lejos, aquella de las acepciones que hemos adelantado –la de fuentes formales del derecho– se relaciona muy directamente con la cuestión del origen de las normas en actos de producción de éstas que se hallan confiados a distintas autoridades y sujetos.

"Fuente del derecho –escribe Kelsen– es una expresión metafórica con más de un significado". Por lo mismo, resulta indispensable establecer a continuación esos diversos significados.

En una *primera* acepción, "fuente del derecho" alude al fundamento último del derecho –del derecho en general y no de un ordenamiento jurídico en particular–, y es en este contexto que aparece utilizada la expresión cuando se afirma, por ejemplo, que Dios es el fundamento último del derecho, o que lo es el orden natural, o que lo es la naturaleza racional del hombre, o, en fin, que ese fundamento último es el espíritu humano o el espíritu del pueblo.

En una *segunda* acepción, "fuente del derecho" es una expresión que se emplea para aludir a cualquier forma de organización humana que requiera del derecho para existir y desarrollarse. Es en este sentido que se emplea dicha expresión cuando se dice, por ejemplo, que la sociedad es fuente del derecho, o que lo es el Estado, o que la comunidad internacional es fuente del derecho.

En una *tercera* acepción, "fuente del derecho" alude al órgano, autoridad o persona que crea o produce derecho de acuerdo a lo que disponen las normas de competencia de un ordenamiento jurídico determinado. De este modo, el legislador sería una fuente del derecho.

En una *cuarta* acepción, "fuente del derecho" significa fundamento de validez de una norma jurídica, de modo que si la

Constitución es el fundamento de validez de la ley, la Constitución es entonces una fuente del derecho. Como habrá oportunidad de explicarse en el capítulo siguiente, toda norma jurídica encuentra el fundamento de su validez en otra norma jurídica del mismo ordenamiento de que se trate, aunque de jerarquía o rango superior, concretamente en aquella norma superior que regula su creación, esto es, en aquella norma superior que establece quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para producir la norma inferior correspondiente. Por lo mismo, si la Constitución es norma superior respecto de la ley, porque es la que establece quién, cómo y dentro de qué límites se halla autorizado para producir las leyes, la Constitución es entonces la *fuente* de la ley.

Es precisamente en las dos acepciones anteriores que la expresión "fuente del derecho" da lugar al concepto de *fuentes formales del derecho.*

En una *quinta* acepción, "fuente del derecho" alude a factores de diversa índole –políticos, económicos, sociales, científicos, técnicos, etc.– que presentes en una determinada sociedad en un momento dado influyen de manera importante en la producción de una o más normas del ordenamiento jurídico que rige en una sociedad y en el contenido de que tales normas se encuentran provistas. Esta acepción de la expresión que nos ocupa se refiere a lo que se llama comúnmente *fuentes materiales del derecho.*

Por último, "fuente del derecho", en el sentido ahora de *fuentes del conocimiento jurídico,* o simplemente de fuentes cognitivas, son todas aquellas manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación o importancia jurídica, tanto actuales como pretéritos, que permiten conocer el estado del derecho en un momento histórico determinado. Así, por ejemplo, una inscripción hallada junto a la tumba de un antiguo faraón egipcio es una fuente del conocimiento jurídico en la medida en que proporciona información acerca de las reglas por las que se regía entonces la sepultación de esos mandatarios. Un ejemplar de un código antiguo y ya derogado es también una fuente cognitiva. La exposición de motivos que hace el Presidente de la República al enviar al Congreso Nacional un determinado proyecto de ley es igualmente una fuente del co-

nocimiento jurídico. Pero un texto legal actualmente vigente, publicado en una recopilación de leyes, puede ser considerado del mismo modo una fuente cognitiva del derecho, puesto que permite informarse acerca de las regulaciones jurídicas introducidas por esa misma ley. Por lo mismo, en este último ejemplo la fuente de conocimiento jurídico se confunde en cierto modo con la fuente formal del derecho, entendida esta última no como método o procedimiento de creación de normas, sino como continente normativo dónde es posible hallar normas jurídicas luego de que éstas han sido producidas por los órganos, autoridades o personas que corresponda.

2. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO

Concepto. Explicación. Perspectivas para el estudio de las fuentes materiales. La idea de fuerzas modeladoras del derecho.

Concepto.– Fuentes materiales del derecho son los factores de muy diversa índole –políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos, etc.– que, presentes en una sociedad dada en un determinado momento, y en dinámica y recíproca interacción de unos con otros, influyen de manera decisiva, o a lo menos importante, en el hecho de la producción de las normas jurídicas del respectivo ordenamiento y en el contenido de que estas normas resultan provistas.

Por cierto que al decir que se trata de factores que influyen en la *producción* de las normas jurídicas, decimos también que influyen en la *modificación* de éstas y en su *derogación,* o sea, se trata de factores presentes tanto en la introducción de nuevas normas como en la modificación y en la pérdida de validez de normas jurídicas ya existentes.

Explicación.– El derecho, y en concreto las normas que constituyen cualquier ordenamiento jurídico, provienen siempre de determinados actos de producción normativa que ejecutan órganos, autoridades o personas que se encuentran autorizadas para producir tales normas. Esto quiere decir que en presencia de una norma jurídica cualquiera, o de un conjunto de éstas –por ejemplo, una ley– siempre es posible identificar quién

la produjo e identificar y situar el acto por medio del cual tuvo lugar su producción.

Sin embargo, puestos a establecer la procedencia de una norma, podemos rastrear su origen más allá del acto formal que la produjo y de la voluntad de quien ejecutó el correspondiente acto de creación, hasta descubrir uno o más factores que influyeron en el hecho de que la norma en cuestión fuera producida y, asimismo, en el contenido de que se la dotó al momento de producirla. Así, por ejemplo, una ley que introduce un seguro contra el desempleo sobre la base de una cotización previa a la que concurran el Estado, el empleador y el propio trabajador, tiene su procedencia en el acto o conjunto de actos de tipo formal por medio de los cuales el Presidente de la República y el Congreso Nacional concurren a la formación de la ley respectiva. Sin embargo, el origen de dicha ley, más allá de la voluntad de quienes concurrieron a su formación, podrá encontrarse en un hecho o factor económico y social relevante –una alta cesantía, por ejemplo– y en la convicción socialmente compartida de que el trabajador que ha perdido su fuente de trabajo debe ser protegido mientras encuentra una nueva ocupación.

Como dice a este respecto Ricardo A. Guibourg, "la pregunta por el origen de las normas jurídicas admite, en el modelo tradicional, dos clases de respuestas: las que buscan explicar las conductas y los procedimientos que desembocan en la creación de normas, y las que se refieren a los motivos o razones que determinan, por medio de aquellos procedimientos, los contenidos que hayan de revestirse con la modalidad normativa. El primer tipo de respuesta se encuadra en la cuestión de las denominadas *fuentes formales del derecho.* El segundo se identifica por referencia a las *fuentes materiales*".

Un autor tan formalista como Kelsen, que maneja la expresión "fuentes del derecho" para aludir tanto a los procedimientos de creación de las normas jurídicas como al fundamento de validez de éstas (tercera y cuarta acepciones), admite que dicha expresión también es utilizada para designar "todas las representaciones que de hecho influyan sobre la función de producción y de aplicación del derecho, especialmente principios morales y políticos, teorías jurídicas, opinión de expertos, etc." (quinta acepción).

Por lo mismo, quizás convenga distinguir entre la *procedencia* de las normas jurídicas, que tiene lugar en determinados actos formales de producción de las mismas, y el *origen* de las normas, que se encuentra en hechos y factores de muy diversa índole que han determinado esos actos, así como el contenido de éstos, o, cuando menos, influido poderosamente en ellos.

Del mismo modo, y si bien se habla, indistintamente, de *creación* y de *producción* de normas jurídicas, lo que ocurre propiamente cuando un órgano, autoridad o persona establece una nueva norma jurídica es un acto de producción antes que de creación, si es que por "creación" se entiende sacar algo de la nada. Por tanto, cada vez que se habla de *creación* de normas, la palabra "creación" –como advierte Roberto Vernengo– no es tomada en su sentido religioso de creación *ex nihilo,* esto es, de creación a partir de la nada, de donde resulta que "habría creación normativa cuando la intervención de un sujeto específico es condición suficiente y necesaria de un cambio en el orden jurídico".

Perspectivas para el estudio de las fuentes materiales.– Una debida atención por las fuentes materiales del derecho permite sustituir tanto una visión *voluntarista* del derecho como una de carácter *metafísico.* Una visión del primer tipo, en cuanto el concepto de fuentes materiales permite advertir que las normas jurídicas no son pura creación de los sujetos autorizados para producirlas y que deben finalmente su origen a factores anteriores al acto formal de su producción. Una visión del segundo tipo, en cuanto la teoría de las fuentes formales muestra el origen de las normas en hechos y factores objetivos, relativamente fáciles de identificar, que tienen que ver con aspiraciones e intereses que conciernen estrictamente a la vida de las hombres en sociedad.

Dos son las perspectivas desde las cuales pueden ser estudiadas las fuentes materiales del derecho, a saber, preguntándose por el o los factores que puedan estar en el origen del derecho en general, o bien preguntándose por el o los factores que puedan explicar un ordenamiento jurídico en particular o una o más instituciones o normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico determinado. La primera de esas dos perspectivas, en consecuencia, aparece cuando se pregunta ¿cuál es el origen del derecho?, mientras que la segunda se configura cada vez que se pregunta ¿cuál es el origen de este determinado derecho?, o ¿cuál es el origen de esta determinada institución, o de esta o estas normas jurídicas determinadas, pertenecientes a este derecho dado?

Desde luego que la primera de esas perspectivas es más amplia, y también más ambiciosa que la segunda, puesto que con ella se trata de descubrir algún factor que esté en el origen de todo derecho posible, mientras que con la segunda lo que se trata de establecer son los factores que puedan hallarse a la base de un ordenamiento jurídico determinado o de una o más normas o instituciones de un ordenamiento dado.

En cuanto a la división del trabajo intelectual por lo que respecta a esas dos perspectivas, acostumbra admitirse que la primera corresponde a la filosofía del derecho y la segunda a la sociología jurídica. De este modo, serían los filósofos del derecho quienes estarían interesados en hallar una respuesta a la pregunta que se formula a propósito de la primera de las perspectivas, en tanto que los sociólogos del derecho serían los interesados en dar respuesta a las interrogantes que se plantean a partir de la segunda de las perspectivas.

La idea de fuerzas modeladoras del derecho.– La primera de las dos perspectivas antes señaladas es la que se asume cuando se hacen afirmaciones del tipo siguiente: "El origen del derecho se encuentra en la fuerza", o "El origen del derecho está en la lucha", o "El origen del derecho se encuentra en la voluntad de una clase dominante", o "El origen del derecho está en el espíritu del pueblo", o "El origen del derecho se encuentra en el instinto humano por establecer relaciones de convivencia ordenadas y pacíficas".

Adoptando esa perspectiva, Edgard Bodenheimer, en su libro *Teoría del derecho,* desarrolla un largo capítulo acerca de lo que él llama *fuerzas modeladoras del derecho.*

Entre tales fuerzas modeladoras el autor norteamericano incluye fuerzas políticas, fuerzas psicológicas, fuerzas económicas, y, por último, factores nacionales y raciales.

A propósito de las *fuerzas políticas,* el autor llama la atención, en ese mismo orden, acerca de la transformación del poder en derecho, del derecho como compromiso entre grupos opuestos y del derecho como autolimitación de los gobernantes.

En cuanto a la transformación del poder en derecho, se constata que al examinar la historia de los gobiernos y los Estados, nos encontramos con que muchos de ellos debieron su origen al poder y a la fuerza. Así, "los antiguos Estados griegos y el romano fueron fundados por tribus conquistadoras, procedentes del norte, que subyugaron a la población indígena". Más tarde, "las tribus germánicas que invadieron el decadente imperio romano establecieron su dominio sobre Italia y las provincias romanas en forma semejante", mientras que "en la Edad Media el imperio mongólico del Gengis Kan fue el resultado de un sangriento proceso de subyugación y conquista".

Sin embargo, la conquista y la subyugación desde afuera no han sido los únicos medios de implantar Estados y gobiernos, puesto que en muchos casos esos dos fenómenos han surgido desde dentro, es decir, de la revolución, como es el caso de los Estados Unidos, que deben su independencia y su forma de gobierno a una lucha revolucionaria contra Inglaterra.

Bodenheimer llama la atención acerca de que si la fuerza y la violencia han acompañado en su origen a muchos Estados y gobiernos, en la mayoría de los casos se ha intentado transformar el poder usurpado en derecho; o sea, "los nuevos señores han tratado –con éxito más o menos permanente– de dar una base jurídica al orden social recién establecido".

Cabe preguntarse, en consecuencia, a qué razón obedece esa transformación del poder en derecho, aunque los puntos de vista a este respecto no son coincidentes. Así, hay autores persuadidos de que es la fuerza de la razón lo que convence a un gobernante a establecer leyes encaminadas al bien común. Otros, en cambio, sostienen que esa transformación obedece simplemente al cálculo interesado de los nuevos gobernantes, quienes advierten que nadie puede durar tiránicamente mucho tiempo en el poder, lo cual quiere decir que la transformación del poder en derecho tiene el sentido de favorecer al primero de esos dos términos. Por último, no faltan quienes señalan que la mencionada transformación se produce en la medida en que la mayoría del pueblo acepta el nuevo orden establecido.

"Todas esas explicaciones –dice Bodenheimer– contienen elementos de verdad", puesto que "la transformación del poder en derecho es un proceso muy complicado que no puede ser explicado por la actuación de una sola causa".

En cuanto al derecho como compromiso entre grupos opuestos, cabe señalar que es frecuente observar que aquél surja como el resultado del acuerdo a que llegan diferentes grupos que luchan por la supremacía. Este acuerdo puede lograrse por entender los grupos en lucha que tienen fuerzas equivalentes y que, por tanto, un compromiso puede parecer lo más razonable para todos ellos, o bien porque el grupo más fuerte, movido por la prudencia, la comprensión o el interés, invita a los demás grupos a sumarse a un punto de vista que todos puedan compartir.

Un ejemplo del primer cono es el de la Ley de las Doce Tablas, en Roma, por medio de la cual se puso término a una larga lucha que por la igualdad política sostuvieron los plebeyos en contra de los patricios gobernantes. Como narra el propio Bodenheimer, en los primeros tiempos de la República los magistrados que aplicaban el derecho, así como los jueces de hecho, eran elegidos exclusivamente de entre los patricios, quienes no estaban limitados por ninguna ley escrita. Sus sacerdotes, los *pontífices,* pusieron por escrito las normas jurídicas más importantes y ocultaron los correspondientes documentos, a raíz de lo cual el derecho era algo prácticamente desconocido para el común del pueblo, con todo el riesgo de parcialidad que ello entrañaba. En consecuencia, los plebeyos pidieron una codificación del derecho consuetudinario, hasta que el año 462 a.C. un tribuno, Terentilo Cersa, propuso que se eligiesen cinco hombres que redactasen un código de leyes que obligaran a los magistrados en el ejercicio de sus funciones judiciales. Los patricios se opusieron a dicha proposición y durante 8 años consiguieron retrasar la ejecución del proyecto, hasta que finalmente fueron obligados a ceder. El nuevo Código se grabó en doce planchas de bronce que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran leerlas. Así, concluye el autor, "de la lucha política entre dos clases de un pueblo nació la primera gran codificación del Derecho romano que habría de tener una enorme importancia para el desarrollo de aquél en los siglos posteriores".

Del mismo modo, y tal como fue señalado en el capítulo anterior a propósito de la historia de los derechos humanos, la Carta Magna inglesa de 1215 fue el resultado de una lucha política entre el rey y la nobleza feudal, apoyada esta última por eclesiásticos y mercaderes. Como se sabe, las fuerzas contrarias a la corona formaron un ejército compuesto de dos mil caballeros y

el rey, que no fue capaz de hacerles frente, se vio obligado a ceder y a firmar el acuerdo exigido por los barones feudales, y que habría de transformarse en la base del futuro derecho constitucional de Inglaterra.

Contemporáneamente, y siguiendo con los ejemplos de normas constitucionales que deben su origen al acuerdo por medio del cual fuerzas políticas opuestas ponen término a un estado de enfrentamiento, cabe mencionar las llamadas garantías constitucionales aprobadas por el Congreso chileno luego de la elección presidencial de 1970, la Constitución española de 1976 –producto del llamado Pacto de la Moncloa– y las reformas que se introdujeron a la Constitución chilena de 1980 luego del plebiscito de 1988.

En cuanto al derecho como autolimitación de los gobernantes, es menester señalar que aquél se origina a veces en actos de autorrestricción de un gobernante o de una oligarquía gobernante poderosa, aunque no es condición necesaria de tales actos un motivo propiamente altruista o humanitario. "Puede ser una acción dictada meramente por la voluntad de propia conservación, por la ambición, por el miedo al descontento y a la revolución o porque el gobernante se haya dado cuenta de que al transformar el poder arbitrario en derecho puede darle una base más amplia y duradera". Así, el código más antiguo que se conoce –el de Hamurabi– fue promulgado por un autócrata que reinó en la antigua Babilonia hasta el año 2100 a.C. Por su parte, y aunque se trató de un cuerpo legal de derecho privado –porque un autócrata, si bien puede ser un creador en el ámbito del derecho privado, "las condiciones mismas de su régimen le impedirán normalmente convertirse en campeón del derecho público"–, cabe mencionar también a este respecto el Código Civil francés de 1804, mandado redactar por Napoleón.

Pasando ahora a lo que Edgard Bodenheimer llama *fuerzas psicológicas,* cabe mencionar la "fuerza normativa de lo real", según la expresión de Jellinek, con lo cual quiere aludirse a la influencia que en el desarrollo del derecho juegan factores como el hábito y la costumbre, el deseo de paz y el deseo de orden.

En cuanto a los dos primeros factores –el hábito y la costumbre– juegan un papel particularmente importante en los primeros estados de la evolución del derecho, cuando las órdenes de gobernantes y de sacerdotes son obedecidas sólo por respeto o temor a la correspondiente autoridad.

Por su parte, los deseos de paz y de orden, de una distribución equilibrada del poder que evite la guerra de todos contra todos y la simple vigencia de la ley del más fuerte, así como de una cierta posibilidad de previsión y planificación de las conductas del hombre en sociedad, constituyen también factores poderosos en favor del establecimiento de un ordenamiento jurídico común para todos los que habitan en un momento dado un mismo territorio.

Tocante ahora a las *fuerzas económicas,* es conocida la influencia que las condiciones económicas imperantes en una sociedad tienen para el contenido del derecho. Así, por ejemplo, la circunstancia de que nuestro Código Civil haya dado un tratamiento a la propiedad inmueble rodeado de solemnidades, encuentra su explicación no en la voluntad de Andrés Bello, sino en el hecho de que al entrar ese Código en vigencia la propiedad más importante desde el punto de vista económico era la propiedad de la tierra.

En un sentido más general que el del ejemplo anterior, la teoría marxista del derecho, criticada, entre otros, por Stammler y por Kelsen, postula que el derecho no es más que uno de los elementos de la superestructura que se erige sobre las relaciones de producción que tiene una sociedad en un momento dado. En una versión más atenuada, el materialismo histórico afirma que los factores de orden económico no ejercen una influencia exclusiva, aunque sí preponderante y decisiva en el curso de la historia y en la evolución del derecho.

Finalmente, Bodenheimer menciona lo que él llama *factores nacionales y raciales,* a propósito de los cuales destaca el ideario de la Escuela histórica del derecho, que surgió en Alemania a inicios del siglo XIX, y cuyos planteamientos serán expuestos en el capítulo relativo a la interpretación del derecho.

3. LAS FUENTES FORMALES

Concepto. Identificación. Clasificación

Concepto.– Por fuentes formales del derecho se entiende los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normati-

vos donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentran calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creados.

En consecuencia, las fuentes formales se refieren tanto a los *procedimientos* a través de los cuales se producen las normas jurídicas como a los *modos* que éstas tienen *de manifestarse* y a los *continentes* donde es posible localizar a esas mismas normas una vez que han sido producidas. Así, por ejemplo, la ley es una fuente formal del derecho, y, en cuanto tal, aparece a la vez como un procedimiento para crear normas jurídicas (proceso de formación de la ley), como un modo de manifestarse dichas normas, y como un determinado continente donde es posible localizarlas (el texto legal finalmente promulgado y publicado).

Tras los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas hay alguien autorizado para producirlas, y ese alguien es a veces un órgano colegiado (el Congreso Nacional en el caso de la ley), una autoridad unipersonal (el Presidente de la República en el caso de los decretos supremos), una fuerza social (la comunidad jurídica respectiva en el caso de la costumbre), o uno o más sujetos de derecho (como en el caso de los actos jurídicos y de los contratos). Sin embargo, el lenguaje a este respecto podría ser uniformado, y, salvo el caso de la fuerza social que actúa como productora de las normas del derecho consuetudinario, todos quienes producen y aplican derecho podrían ser llamados "órganos jurídicos".

Quienes intervienen en la producción de normas jurídicas se encuentran autorizados para ello por el propio ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las normas creadas por los distintos órganos jurídicos. Esto quiere decir que el derecho regula su propia creación –según tendremos oportunidad de analizar en el capítulo siguiente–, lo cual significa que el derecho contiene no sólo normas que regulan la conducta de los sujetos imperados, sino, además, normas que regulan la manera en que nuevas normas jurídicas pueden ser incorporadas, o bien modificadas o dejadas sin efecto en el caso de las que ya se encuentran vigentes.

En efecto, y tal como vimos en el capítulo II a propósito del concepto de derecho de Herbert Hart, todo ordenamiento jurídico contiene normas de obligación, esto es, normas que imponen deberes directamente a los sujetos normativos y que éstos deben observar. Pero, además, todo ordenamiento jurídico contiene normas de competencia, o sea, normas que regulan la introducción de nuevas normas, así como la modificación o derogación de las ya existentes. Dichas normas que regulan la creación de nuevas normas constituyen el fundamento de validez de éstas y resultan aplicadas cada vez que nuevas normas son producidas por el órgano jurídico correspondiente.

Tal como se lee en un material de trabajo para el Curso de Introducción al Derecho preparado por Jorge Correa, Marcelo Montero y Carlos Peña, todo ordenamiento jurídico es *autogenerativo,* en cuanto establece claramente los modos de producción de los elementos que lo componen. Ahora bien, ¿cómo regula el ordenamiento jurídico la manera como deben crearse sus normas? "Esta regulación la hace el ordenamiento jurídico atribuyendo a ciertos actos provenientes de ciertos sujetos la capacidad para crear normas jurídicas. De esta forma, todo ordenamiento jurídico efectúa, a lo menos, las siguientes tres cosas: *dota* a ciertos sujetos –personas, autoridades o fuerzas sociales– de la *capacidad* para producir normas jurídicas; *instituye* ciertos actos específicos de esos sujetos como actos creadores de derecho, estableciendo un cierto *procedimiento* en conformidad al cual han de ser llevado a cabo los mismos; y *establece,* por lo común, un cierto continente donde las normas así creadas van a exteriorizarse."

Identificación.– Son fuentes formales la *ley,* la *costumbre jurídica, la jurisprudencia de los tribunales,* los *principios generales del derecho, la equidad,* los *actos jurídicos,* y los *actos corporativos.*

Cuando la *ley* es mencionada entre las fuentes formales del derecho debe entenderse dicha expresión en su sentido amplio, esto es, como sinónimo de *legislación,* puesto que tal expresión comprende –al menos en el caso del derecho chileno– a la Constitución, a las leyes interpretativas de la Constitución, a las leyes orgánicas constitucionales, a las leyes de quórum calificado, a las leyes ordinarias o leyes en sentido estricto, a los decretos con jerarquía de ley, a las manifestaciones de la potestad reglamentaria y a los autos acordados de los tribunales superiores de justicia.

La *doctrina* –también denominada "ciencia del derecho"– suele ser colocada entre las fuentes formales del derecho, aunque en verdad no lo es, puesto que no constituye un método para *producir* normas jurídicas, sino el resultado de una actividad destinada a *conocer* y a *difundir* las normas de un ordenamiento jurídicos dado. Se trata, en suma, de una actividad que realiza cierta clase de personas –los juristas– y que se expresa en los tratados, artículos, manuales, informes, clases y conferencias por medio de los cuales los juristas comunican un conjunto sistemático de proposiciones de tipo cognoscitivo acerca de un derecho dado, o, más concretamente, acerca de las normas de un derecho dotado de vigencia y realidad histórica.

Tres respuestas son posibles de dar a la pregunta acerca de si la doctrina constituye o no una fuente formal del derecho. La primera, que adelantamos recién, es negativa, puesto que ningún ordenamiento jurídico autoriza hoy a los juristas para producir derecho. La siguiente respuesta distingue entre fuentes del derecho *obligatorias* y *no obligatorias,* con lo cual amplía notablemente el concepto de fuente formal, e incluye a la doctrina entre las segundas, puesto que legisladores y jueces toman en cuenta las opiniones de los juristas, aunque no están obligados a hacerlo.

En cuanto a la tercera respuesta, ella es también afirmativa, porque, de hecho, los jueces fundan muchas veces sus sentencias en la doctrina, con lo cual esta respuesta se asemeja bastante a la anterior.

Por lo mismo, que legisladores y jueces pueden atender a la doctrina, aunque no están obligados a hacerlo, o que los jueces funden de hecho sus decisiones en la doctrina, significa que ésta constituye una importante fuente *material* del derecho, mas no una de carácter *formal.* Como dice Manuel de Rivacoba, "no puede negarse que ciertos juristas ejercen una profunda influencia en el legislador y en los encargados de aplicar las leyes, por el prestigio de sus opiniones y lo fundado y certero de sus ideas", quien distingue a continuación entre doctrina *individual* y doctrina *colectiva.* La primera es la que procede de cada jurista por separado, y se expresa en los libros, artículos, conferencias y lecciones de que es autor; la segunda es la que resulta de congresos o reuniones de expertos, y se expresa en las conclusiones o recomendaciones con que suelen concluir tales eventos.

Clasificaciones.– Las fuentes formales pueden clasificarse en *heterónomas* y *autónomas; generales* y *particulares; formalizadas* y *no formalizadas; inmediatas* y *mediatas;* y *principales* y *supletorias.*

Desde el punto de vista del órgano o sujeto que produce las normas jurídicas correspondientes, las fuentes formales se clasifican en *heterónomas* y *autónomas.* Las primeras son aquellas en las que el productor de la norma se encuentra en una posición de autoridad respecto de los sujetos normativos que deben cumplirla, como es el caso de la ley y de la jurisprudencia de los tribunales. Las segundas son aquellas en que el productor de la norma es de algún modo el mismo sujeto que debe cumplirla, como ocurre tratándose de la costumbre jurídica y de los negocios o actos jurídicos.

Atendiendo ahora al tipo de normas que producen, las fuentes formales se clasifican en *generales* y *particulares.* Las primeras son las que conducen a la producción de normas abstractas y generales, como la ley, y las segundas son las que producen normas concretas y singulares, como la jurisprudencia de los tribunales.

Por tanto, no existe correspondencia entre las fuentes heterónomas y las generales, como tampoco entre las autónomas y particulares. La jurisprudencia es fuente heterónoma y particular, mientras que la costumbre es fuente autónoma y general.

Atendiendo a si las normas que por su intermedio se crean encuentran o no expresión en un texto que las exprese, las fuentes formales se dividen en *formalizadas* y *no formalizadas.* Las primeras se exteriorizan en un texto, como es el caso de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales y de los contratos que constan por escrito, mientras que las segundas no se exteriorizan en un texto que dé expresión cabal a las mismas, como acontece con la costumbre jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

Desde el punto de vista de la fuerza obligatoria que poseen, las fuentes formales pueden ser *inmediatas* o *mediatas.* Inmediatas son las que producen directamente normas jurídicas obligatorias, como pasa con la ley, y mediatas, como en el caso de la costumbre según la ley, son aquellas cuya fuerza obligatoria viene otorgada por otra fuente formal.

En fin, atendiendo a la vinculación que los órganos jurisdiccionales tienen con ellas, las fuentes formales se clasifican en

principales y *subsidiarias*. Las primeras son aquellas que los jueces tienen siempre el deber de aplicar, como la ley, en tanto que las segundas son aquellas a que los jueces están autorizados a recurrir en defecto de las fuentes principales o sólo con el fin de interpretar éstas, como acontece en nuestro derecho con lo que el art. 24 del Código Civil llama "espíritu general de la legislación" y "equidad natural".

SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CHILENO

1. LA LEGISLACION

Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto. Constitución. Ley. Efectos de la ley. Tratados internacionales. Decretos con jerarquía de ley. Manifestaciones de la potestad reglamentaria. Autos acordados.

Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto.– Afinando un tanto lo adelantado sobre el particular, la palabra "ley", al menos en el caso del derecho chileno, puede ser utilizada en tres diferentes sentidos o con tres distintos alcances.

Por ley en sentido *amplísimo* puede entenderse todas las normas jurídicas de observancia general en cuya producción intervienen uno o más órganos del Estado, sea que lo hagan o no en forma asociada.

En este sentido amplísimo, la palabra "ley" suele ser reemplazada por "legislación", y comprende la Constitución, las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado, las leyes ordinarias, los tratados internacionales, los decretos con jerarquía de ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria y los autos acordados.

Así, en los seis primeros casos concurren en forma asociada el poder ejecutivo y el poder legislativo, mientras que en el caso de la potestad reglamentaria se trata sólo de autoridades ejecutivas y administrativas, mientras que en el de los autos acordados intervienen únicamente los tribunales superiores de justicia.

Por ley en sentido *amplio* puede entenderse a todas las que producen normas de observancia general y en cuya formación intervienen, conjuntamente, el órgano legislativo y el ejecutivo, como acontece con la Constitución, las leyes interpretativas de ésta, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado, las leyes ordinarias, los tratados internacionales y los decretos con fuerza de ley. Por tanto, sólo quedarían excluidos los decretos leyes, que emanan sólo del ejecutivo; las manifestaciones de la potestad reglamentaria, que provienen del ejecutivo y de la administración; y los autos acordados, que son dictados por autoridades judiciales.

En sentido estricto, "ley" es una palabra que se reserva únicamente para las leyes ordinarias o comunes, esto es, para aquellas leyes que para su aprobación requieren en cada Cámara una mayoría simple. Tal es el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de las leyes a que se refiere el inciso final del art. 63 de la Constitución.

En todo caso, en nuestro medio nacional lo usual es distinguir sólo entre ley en sentido *amplio*, o legislación, como equivalente a lo que aquí hemos presentado como ley en sentido amplísimo, y ley en sentido *estricto*, expresión esta última con la que se cubriría, además de la ley ordinaria o común, a las leyes orgánicas constitucionales, a las interpretativas de la Constitución, a las de quórum calificado, a los decretos con fuerza de ley y a los decretos leyes. Adjudicar la palabra "ley" en sentido estricto a todas esas distintas clases de leyes se justificaría en cuanto no existe entre todas ellas una diferencia propiamente de jerarquía, sino otras diferencias que aclararemos más adelante.

Constitución.– Se acostumbra afirmar que la Constitución es la ley fundamental de todo ordenamiento jurídico estatal, puesto que ocupa el estrato o grada superior de éste, prevalece sobre las restantes gradas normativas del ordenamiento y regula materias indispensables para la organización del Estado y los derechos de las personas.

En consecuencia, que la Constitución sea la ley fundamental del Estado quiere decir, a la vez, las siguientes tres cosas: a) la Constitución ocupa el nivel o grada normativa superior no sólo dentro de la legislación, sino dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico, regulando por ello los órganos y los procedimientos a través de los cuales deben ser producidas las normas que le siguen en jerarquía; b) la Constitución tiene supremacía sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico, las cuales no pueden contradecirla, en atención a lo cual todos los ordenamientos jurídicos establecen controles tanto preventivos como represivos a fin de cautelar dicha supremacía; y c) la Constitución regula materias fundamentales para la organización del Estado y los derechos de las personas, tales como nacionalidad y ciudadanía, derechos y deberes individuales, gobierno, poder legislativo, poder judicial, etc.

Ahora bien, suele distinguirse entre Constitución en sentido *material* y Constitución en sentido *formal*. Por Constitución en sentido *material*, según Kelsen, se entiende el conjunto de normas constitucionales que regulan la producción de las restantes normas generales de la legislación, lo cual supone que aquellas normas determinen los órganos facultados para producir estas normas generales y los procedimientos que deberán seguir a ese respecto. Por Constitución en sentido *formal* se entiende el conjunto de las demás normas constitucionales, esto es, las que no regulan la producción de otras normas jurídicas generales y se refieren a otras materias políticamente relevantes.

Al interior de un texto constitucional se suele distinguir también entre su parte *orgánica* y su parte *dogmática*. La primera está constituida por las normas y capítulos de la Constitución que regulan los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial–, así como otros órganos públicos relevantes, tales como Contraloría General de la República y Banco Central. En cuanto a la parte dogmática, es aquella formada por las normas y capítulos de la Constitución en que se establecen los principios constitucionales, los valores superiores que asume la respectiva Constitución y los derechos fundamentales que se reconocen a las personas.

A propósito de la cuestión relativa a quien tiene el poder constituyente, esto es, el poder para introducir una Constitución o modificar la ya existente, suele distinguirse entre poder constituyente *originario* y poder constituyente *derivado*. El primero es el que actúa cuando no existe una Constitución vigente, sea porque se asiste a la fundación del Estado y al establecimiento de la primera Constitución histórica de ese Estado, sea porque tiene lugar la introducción de una nueva primera Constitución histórica

que es resultado de la pérdida de vigencia de la anterior a raíz de un golpe de Estado o de una revolución triunfante, en tanto que el poder constituyente derivado es aquél en el que la propia Constitución vigente radica la facultad de producir nuevas normas constitucionales o de modificar o derogar las ya existentes.

Finalmente, atendiendo a si la Constitución contempla o no procedimientos para su reforma se distingue entre constituciones *pétreas* y constituciones *rígidas*. Las primeras son las que no contemplan procedimiento alguno para la reforma de sus normas, mientras que las rígidas son las que sí contemplan un procedimiento semejante. A su turno, las constituciones rígidas se dividen en *rígidas propiamente tales*, que son aquellas que contemplan un procedimiento de reforma que exige un quórum muy alto para la aprobación de enmiendas constitucionales; *semirrígidas*, que son aquellas que para su reforma exigen un quórum más alto que el que se necesita para aprobar las leyes ordinarias o comunes; y *flexibles*, que son las que contemplan un procedimiento de reforma cuyo quórum de aprobación es similar al de una ley ordinaria o común.

Sin embargo, lo usual es que una Constitución exija distintos quórums para su reforma, dependiendo cada uno de ellos del capítulo constitucional que se trata de reformar. Así, por ejemplo, la Constitución chilena actual exige para su reforma, como regla general, el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, pero si se trata de modificar los capítulos I, III, VII, X XI o XIV, se necesita en cada Cámara de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

En cuanto al proceso de reforma de la Constitución chilena de 1980, se encuentra regulado en el capítulo XIV y final de nuestra ley fundamental.

Dicho procedimiento consta de la *iniciativa*, que es el acto formal por medio del cual se presenta a consideración del Congreso Nacional un determinado proyecto de reforma de la Constitución. El proyecto en cuestión puede ser presentado tanto por el Presidente como por miembros del Congreso y comenzar su tramitación ya en una como en otra Cámara; la *discusión*, que consiste en el análisis que el Congreso Nacional hace del proyecto de reforma; la *aprobación*, que es el acto por medio del cual cada una de las Cámaras manifiestan su conformidad con el proyecto previamente discutido; la *ratificación*, que es el acto por medio del cual ambas Cámaras, reunidas en Congreso Pleno sesenta días después de aprobado el proyecto de reforma, toman conocimiento de este y proceden a votarlo sin necesidad de un nuevo debate; la *sanción*, que es el acto por el cual el proyecto de reforma, una vez aprobado por ambas Cámaras y ratificado por el Congreso Pleno, es a su vez aprobado por el Presidente de la República; la *promulgación*, o acto en virtud del cual el Presidente fija el texto definitivo de la reforma y ordena publicarlo en el Diario Oficial; y la *publicación*, que es el acto que consiste en incluir el texto de la reforma en el Diario Oficial.

Respecto de la aprobación, cabe reiterar que el quórum en cada Cámara es de tres quintas partes de los legisladores en ejercicio, aunque para la modificación de determinados capítulos de la Constitución, incluido aquel que trata de la propia reforma de ésta, se exige un quórum de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Dichos capítulos, además del ya señalado, se refieren a Bases de la institucionalidad, Derechos y Deberes constitucionales, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional.

Respecto, en fin, de la supremacía constitucional y del control que se ejerce para cautelarla, existe, como dijimos, un control *preventivo* y otro *represivo*. El primero, como su propio nombre lo indica, opera antes de que una norma inconstitucional entre en vigencia, o sea, trata de impedir que una norma inconstitucional se incorpore al ordenamiento jurídico. De este tipo es el control que ejerce en Chile el Tribunal Constitucional, de conformidad a como lo dispone el art. 82 de la Constitución, y la Contraloría General de la República respecto de las manifestaciones de la potestad reglamentaria. El control represivo, a su turno, es el que opera después que una norma se ha incorporado al ordenamiento jurídico, o sea, se trata de un control que procura corregir la existencia de normas inconstitucionales. De este segundo tipo es el control que se ejerce a través de recursos como los de *inaplicabilidad, amparo* y *protección*.

En cuanto al control preventivo que ejerce el Tribunal Constitucional, este órgano cuenta entre sus atribuciones la de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución, control que debe ejercer antes de la promulgación de esas leyes, y la de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que

se susciten durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma de la Constitución y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Además, el mencionado tribunal está llamado a resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, así como sobre la constitucionalidad de los decretos supremos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre que se trate de decretos que se refieran a aquellas materias que por disposición de la propia Constitución deben ser reguladas por medio de leyes.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional resuelve las cuestiones sobre constitucionalidad relativas a la convocatoria a un plebiscito; resuelve también los reclamos en caso de que el Presidente no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que corresponda o dicte un decreto promulgatorio inconstitucional; y, en fin, resuelve sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional.

En cuanto al control preventivo que corresponde a la Contraloría, hay que decir que ésta es un organismo autónomo que, entre otras funciones, tiene la de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración.

Cada vez que la Contraloría no encuentra un vicio de inconstitucionalidad en los decretos o resoluciones que emanan de la administración, *toma razón* de éstos. En cambio, tratándose de decretos o resoluciones contrarios a la Constitución, la Contraloría debe *representarlos,* esto es, debe hacer ver a la autoridad correspondiente la inconstitucionalidad que afecte al correspondiente decreto o resolución. Si la autoridad se conformare con la representación, el proyecto de decreto o resolución quedará sin efecto, pero si no se conformare con la representación hecha por la Contraloría, los antecedentes deben remitirse al Tribunal Constitucional a fin de que éste resuelva la controversia. El mismo procedimiento debe ser observado cuando la representación del organismo contralor recaiga sobre un decreto con fuerza de ley, un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse en ambos casos del texto aprobado.

El procedimiento anterior tiene importancia, porque la Contraloría, cada vez que representa la ilegalidad, no la inconstitucionalidad, de un decreto o resolución, el Presidente puede dar curso de todas maneras al decreto o resolución representado si es que *insiste* en aquél o en ésta con la firma de todos sus ministros. En cambio, tratándose del procedimiento que se describió antes para decretos o resoluciones estimados contrarios a la Constitución, el Presidente no tiene la facultad de insistir ante el organismo contralor.

Pasando ahora al control represivo de constitucionalidad, tenemos, en primer lugar, el recurso de *inaplicabilidad por inconstitucionalidad,* que consagra la propia ley fundamental, y que consiste en que la Corte Suprema puede declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución. Para ello, sin embargo, se requiere que exista un juicio en curso, ante la propia Corte Suprema o ante otro tribunal, y que alguna de las partes impugne la constitucionalidad de una ley que pretenda aplicarse en ese juicio, sin perjuicio de lo cual la misma Corte, en un caso de que conozca y en el que advierta la aplicación de una norma legal contraria a la Constitución, pueda hacer la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de oficio, esto es, de propia iniciativa y sin que ninguna de las partes involucradas en el asunto se lo solicite.

Si en tales casos la Corte estima que un precepto es inconstitucional, procede a declararlo así, a través de una sentencia, y a disponer que el precepto en cuestión no debe ser aplicado en el juicio de que se trata. Sin embargo, tal declaración vale sólo en relación con ese juicio, y no produce ni la inaplicabilidad general del precepto ni menos su invalidación. De ahí que a este recurso se llame de *inaplicabilidad* por inconstitucionalidad y no de *inconstitucionalidad.*

Por su parte, el *recurso de protección,* consagrado en el art. 20 de la Constitución, tiene por objeto reclamar de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el artículo 19 de la misma Constitución asegura a todas las personas. Este recurso, del que conocen las Cortes de Apelaciones, puede ser interpuesto por el propio afectado o por cualquier otra persona a su nombre. Si la Corte acoge el recurso, debe adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que este último pueda hacer va-

ler ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Algunos de los derechos y garantías protegidos por este recurso son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el respeto a la vida privada, la inviolabilidad del hogar, la libertad de enseñanza, la libertad de opinión y de información, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y el derecho de propiedad.

Corresponde mencionar que determinados derechos y garantías constitucionales, que pertenecen a los llamados "derechos económicos, sociales y culturales", no se encuentran protegidos por el recurso del art. 20 de la Constitución. Tal es el caso del derecho a la educación. Lo propio ocurre con el derecho a la protección de la salud, salvo en lo que respecta al derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

En cuanto al *recurso de amparo,* que consagra el art. 21 de la Constitución, puede ser interpuesto en favor de todo individuo que se halle arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, y tiene por finalidad que se guarden las formalidades legales y se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Este mismo recurso puede ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

El recurso de amparo se interpone ante las Cortes de Apelaciones, las que deben resolverlo en el plazo de 24 horas.

Por su parte, la ley 18.971, de 1990, estableció un recurso especial –llamado *recurso de amparo económico*–, que tiene por objeto reclamar de las infracciones al art. 19 número 21 de la Constitución. Esta última disposición consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y declara, además, que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

Ley.– La ley es una fuente formal del derecho por medio de la cual el órgano o poder legislativo, en una tarea asociada con el órgano o poder ejecutivo, produce normas jurídicas abstractas,

generales y de validez comúnmente indefinida, siguiendo para ello el procedimiento que la Constitución fija para la formación de la ley y ateniéndose igualmente a ciertos límites que en cuanto al contenido de la ley establece también la propia Constitución.

La Constitución, como grada normativa fundante de la ley, establece quién, por medio de qué procedimiento y con cuáles límites de contenido está autorizado para producir leyes.

De acuerdo a nuestra Constitución, en la formación de las leyes interviene tanto el Presidente de la República como las dos Cámaras del Congreso Nacional.

Referente al procedimiento a seguir por tales autoridades en la formación de la ley, dicho procedimiento se encuentra pormenorizadamente definido, en sus distintas fases o etapas, por el art. 62 y siguientes de la Constitución.

El proceso de formación de la ley consta de las siguientes fases: *iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación* y *publicación.*

La *iniciativa* es la primera fase o etapa del proceso de formación de una ley y consiste en el acto por medio del cual un proyecto de ley se somete a la consideración del órgano o poder legislativo.

Cuando la iniciativa proviene del Presidente de la República, esto es, cuando es ésta la autoridad que presenta el proyecto de ley, la iniciativa toma el nombre de *mensaje.* En cambio, cuando la iniciativa corresponde a uno o más diputados o senadores, toma el nombre de *moción.* Sin embargo, en ciertas materias la Constitución exige que la iniciativa sea del Presidente, o sea, reserva la exclusividad de la iniciativa para esta última autoridad. Así acontece, por ejemplo, con las leyes que imponen, suprimen o reducen tributos, con las que crean nuevos servicios públicos, y, en general, con las que tienen relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado.

En cuanto a la Cámara en que un proyecto de ley debe iniciar su tramitación, puede ser tanto en la de diputados como en la de senadores, salvo algunas excepciones. La cámara ante la cual se presenta un determinado proyecto de ley toma el nombre de *cámara de origen,* mientras la otra se denomina *cámara revisora.*

La *discusión* es el conjunto de actos que tienen lugar al interior de ambas cámaras, tanto en la sala como en las distintas co-

misiones en que cada rama del Congreso divide su trabajo legislativo, y cuya finalidad es el análisis del proyecto de ley respectivo, de modo que los parlamentarios puedan ofrecer las razones en favor y en contra del mismo, así como las proposiciones que permitan mejorar el texto primitivo del proyecto.

Nuestra Constitución regula pormenorizadamente el paso del proyecto de una a otra Cámara y lo que acontece cuando una de ellas lo aprueba, modifica o rechaza.

La *aprobación* es el acto por medio del cual cada Cámara manifiesta su conformidad con el proyecto de ley de que se trate, debiendo reunir para ello el quórum que para las distintas clases de leyes exige la propia Constitución.

En cuanto a la *sanción,* es el acto por el cual el Presidente de la República da su conformidad al proyecto de ley previamente aprobado por ambas Cámaras. La aprobación es *expresa* cuando el Presidente promulga el proyecto sin más trámites y *tácita* cuando transcurren 30 días desde la fecha de recepción del proyecto por parte del Presidente sin que éste lo devuelva al Congreso. En este último caso el proyecto se entiende aprobado por el solo transcurso de ese plazo.

Como alternativa a la sanción del proyecto recibido, el Presidente tiene el *veto,* para lo cual cuenta obviamente con ese mismo plazo de 30 días. Por lo mismo, nuestra Constitución establece que si el Presidente desaprueba el proyecto, deberá devolverlo a la Cámara de origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días. Si las dos Cámaras aprueban las observaciones presidenciales, el proyecto queda afinado y se devuelve al Presidente para que proceda a promulgarlo. Lo mismo ocurre si las dos Cámaras desechan todas o algunas de las observaciones e insisten por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas.

La *promulgación* es también un acto que corresponde ejecutar al Presidente y tiene por finalidad certificar la existencia de la ley, dotar a ésta de fuerza obligatoria y ordenar que sea cumplida como tal. La promulgación se expresa en un decreto promulgatorio que dicta el Presidente. Este debe expedirse en el plazo de 10 días desde que el proyecto haya sido sancionado y el decreto correspondiente debe ir a trámite de toma de razón en la Contraloría.

La *publicación,* que es la última de las fases o etapas del proceso de formación de la ley, consiste en el acto mediante el cual se comunica o informa el contenido de la ley. Por disposiciones constitucionales y de nuestro Código Civil, la publicación debe hacerse mediante la inserción del texto completo de la ley en el Diario Oficial, lo cual ha de ser practicado dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde que la Contraloría haya tramitado completamente el respectivo decreto promulgatorio.

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley es la de su publicación en el Diario Oficial. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier ley puede establecer reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia. Más adelante, cuando tratemos de los efectos de la ley, volveremos sobre este punto.

En cuanto a los límites que los órganos que intervienen en la formación de la ley tienen que respetar al dotar a las leyes de un determinado contenido, dichos límites son *dos.* En *primer lugar,* tales órganos no pueden dotar a las leyes de un contenido que vulnere preceptos constitucionales, y, en *segundo término,* sólo pueden regular por medio de leyes los asuntos que la Constitución califica como materias de ley. Dichas materias se encuentran mencionadas en el art. 60 de la Constitución.

Siguiendo en esto el texto de Jorge Correa, Mauricio Montero y Carlos Peña, la expresión "Sólo son materias de ley", con la cual se encabeza la larga lista del art. 60, establece dos principios: a) el principio de que sólo la ley puede reglar dichas materias *(principio de exclusividad);* y b) el principio de que sólo esas materias pueden ser reguladas por ley *(principio de exclusión).* Sin embargo, el Nº 20 del art. 60 pareciera desmentir el carácter taxativo de la enumeración, al establecer que es materia de ley "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya la bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Antes de concluir con la ley como fuente formal del ordenamiento jurídico nacional, conviene reiterar que, además de las *leyes ordinarias* o comunes, que son aquellas que para su aprobación, modificación o derogación requieren de la mayoría de los diputados y senadores presentes de cada Cámara al momento de efectuarse la votación del caso, existen en el derecho chi-

leno las otras tres clases de leyes que hemos tenido ocasión de identificar antes en este capítulo.

En cuanto a las *leyes interpretativas de la Constitución,* son aquellas que tienen por objeto interpretar normas constitucionales, esto es, establecer un determinado sentido y alcance para ese tipo de normas, y que requieren para su aprobación, modificación o derogación el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, encontrándose sujetas, además, a control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Respecto de este tipo de leyes, y en aplicación de la regla que sobre leyes interpretativas en general establece el Código Civil, las leyes que interpretan la Constitución se han de entender incorporadas a ésta, aunque no faltan expertos que afirman que se trataría de leyes con jerarquía superior a las ordinarias o comunes, pero sin alcanzar, por ello, rango constitucional.

Las *leyes orgánicas constitucionales* son aquellas que se refieren a materias que la Constitución reserva expresamente para su regulación por esta clase de leyes, y cuya aprobación, modificación o derogación requiere un quórum especial de las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio, hallándose sujetas también a un examen de constitucionalidad que corresponde llevar a cabo al Tribunal Constitucional antes de que se promulguen. Algunas de las materias que por mandato constitucional deben ser reguladas por esta clase de leyes son elecciones, partidos políticos, educación, Congreso Nacional, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Contraloría, etc.

Respecto de la jerarquía de esta clase de leyes, no la tienen superior a la de las leyes ordinarias o comunes. Las leyes orgánicas constitucionales, por tanto, se diferencian de las ordinarias no en la jerarquía, sino en el tipo de materias que regulan, en el quórum especial que requieran en ambas Cámaras y en el control de constitucionalidad a que las somete el tribunal competente para ello.

En cuanto a las *leyes de quórum calificado,* son las que se refieren exclusivamente a las materias que según la Constitución deben ser reguladas por esta clase de leyes, que necesitan para ser aprobadas, modificadas o derogadas la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, aunque no están sujetas a examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Algunas de las materias que deben ser reguladas por este tipo de leyes son nacionalidad, pena de muerte, televisión y radio, derecho de propiedad, actividad empresarial del estado, empréstitos estatales, etc.

En cuanto a su jerarquía, vale para las leyes de quórum calificado lo mismo que afirmamos respecto de las orgánicas constitucionales.

Sobre el particular, cabe destacar cómo la Constitución política vigente desde 1980 sustrajo progresivamente una buena cantidad de materias a la posibilidad de que pudieran ser legisladas por medio de leyes ordinarias o comunes, en las que, como sabemos, el quórum que debe reunirse en cada Cámara es la simple mayoría de los diputados y senadores presentes. Así, para determinadas materias fueron establecidas las leyes de quórum calificado, que suben el quórum a la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, mientras que para otras materias, de interés político, económico o social aun mayor, fueron establecidas las leyes orgánicas constitucionales, que aumentan el quórum a las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio. La espiral continúa luego con el quórum de las tres quintas partes que se exige para la reforma de la Constitución y culmina con el de los dos tercios que se necesitan para modificar aquellos capítulos de la Constitución más sensibles a los acontecimientos políticos que el país vivió luego de 1973. Todavía más: en materia de reforma a la Constitución se contempla la posibilidad de convocar a un plebiscito para que sea la ciudadanía la que resuelva las discrepancias que sobre el particular puedan surgir entre el Presidente y el Congreso, aunque sólo para el caso de que, con motivo de la tramitación de una reforma constitucional, ambas Cámaras insistieran ante el Presidente en un proyecto aprobado por ellas. Cuando esto último ocurre, según el art. 117 de la Constitución, el Presidente tiene dos caminos, a saber, promulgar el texto que haya sido objeto de insistencia o consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito respecto de las cuestiones en desacuerdo.

Efectos de la ley.– ¿Desde cuándo y hasta cuándo rigen las leyes? ¿En cuál territorio valen las leyes? ¿A quiénes obligan las leyes?– Las tres preguntas antes enunciadas inquieren, respecti-

vamente, por los efectos de la ley en cuanto al *tiempo,* en cuanto al *territorio* y en cuanto a las *personas.*

¿Desde cuándo y hasta cuándo rigen las leyes?– Tratándose de los efectos de la ley en cuanto al *tiempo,* corresponde recordar que ellas rigen desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y, además, rigen indefinidamente hasta que una nueva ley las derogue o deje sin efecto. Tal es la regla general en cuanto al inicio y término de vigencia de una ley.

Sin embargo, la regla sobre la entrada en vigencia de la ley tiene dos excepciones, a saber, la *vacancia legal* y la *retroactividad.*

La *vacancia legal* designa el período que media entre la fecha de publicación de una ley y el momento posterior de su efectiva entrada en vigencia. Esto significa que una ley puede por alguna razón diferir su entrada en vigencia para un momento posterior al de su publicación, caso en el cual debe declararlo expresamente así e indicar el plazo o la condición a cuya llegada o acaecimiento se sujeta la entrada en vigencia. Así, por ejemplo, el Código Civil chileno fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 para que entrara en vigencia a partir del 1 de enero de 1857.

El fundamento de la vacancia legal se encuentra en el hecho de que en ocasiones pueden existir motivos plausibles, derivados de la especial complejidad de un texto legal o de la conveniencia de difundirlo antes de que adquiera fuerza obligatoria, que hagan aconsejable que entre la publicación de ese texto y su entrada en vigencia medie algún tiempo –el de su vacancia legal– durante el cual puede decirse que la ley existe, aunque no obliga.

La *retroactividad* es aquel efecto de la ley que consiste en que las disposiciones de ésta rigen o afectan actos o situaciones acaecidas con anterioridad a la fecha de publicación de la ley.

El principio general es el de la irretroactividad de la ley, puesto que las leyes sólo deben disponer para situaciones futuras y no para actos o situaciones acaecidos en el pasado. Un principio como éste favorece la seguridad jurídica en cuanto permite que los sujetos cuyos comportamientos rige un determinado ordenamiento jurídico puedan conocer, al momento de ejecutar ciertos actos y no después de haberlos ejecutado, qué espera de ellos el derecho y cuáles son los efectos que el ordenamiento jurídico vincula a la ejecución de tales actos. Por lo mismo, a nadie puede sorprender lo que establece el art. 9 del Código Civil: "La ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo", aunque luego, refiriéndose a las leyes interpretativas, establece que "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Sin embargo, motivos plausibles pueden hacer aconsejable, excepcionalmente, que una ley retrotraiga sus efectos a un momento anterior al de la fecha de su publicación. ¿Cómo puede entonces conciliarse la enfática declaración del primer inciso del art. 9 del Código Civil con la existencia de algunas leyes retroactivas? Sobre el particular, se entiende que esa norma constituye un mandato para el juez, no para el legislador, de manera que su alcance es que los jueces no pueden hacer aplicación de una ley en forma retroactiva, salvo, claro está, cuando el legislador hubiere dado ese carácter a una determinada ley.

El carácter excepcional de la retroactividad obliga a que ésta deba ser *expresa* y *de derecho estricto.* Lo primero significa que la retroactividad de una ley no puede ser tácita, ni tampoco presumirse, sino que debe estar claramente manifestada en ella la voluntad legislativa de conferirle retroactividad. En cuanto a lo segundo, significa que una ley retroactiva sólo puede ser aplicada retroactivamente a los determinados actos y situaciones a los que ella se refiere, sin extender su aplicación a actos o situaciones parecidos que no estén mencionados en la respectiva ley retroactiva.

En todo caso, la retroactividad encuentra una importante limitación en materia penal, puesto que allí existe el llamado *principio de legalidad,* a saber, que nadie puede ser juzgado ni condenado sino por una ley dictada con anterioridad al hecho sobre el que recae el juicio, y a nadie puede aplicársele otra pena por la comisión de un delito que no sea aquella que la ley contemplaba al momento de cometerse el ilícito. Sin embargo, si después de cometido un delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulga una ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse el juzgamiento de la persona a las disposiciones de la nueva ley, esto es, de la ley que resulta más favorable para el procesado.

En cuanto al término de vigencia de la ley, la regla general, tal como dijimos antes, es que las leyes rijan indefinidamente en el tiempo, o sea, hasta el momento en que una nueva ley venga a derogarlas total o parcialmente.

La *derogación* es el cese de la validez de una ley en virtud de una ley posterior que así lo establece.

Como hemos tenido ocasión de decir antes, el ordenamiento jurídico contempla normas de competencia que autorizan a ciertos órganos, autoridades o sujetos no sólo para producir nuevas normas, sino también para modificar o dejar sin efecto las normas ya existentes. Esto se aplica también al legislador, quien está facultado no sólo para introducir nuevas leyes al ordenamiento jurídico, sino también para modificar o derogar las leyes que se encuentran vigentes.

En otras palabras, todo ordenamiento jurídico prevé el cambio deliberado de las normas que lo componen.

Ante todo, es preciso distinguir entre *derogación* y *desuso*. El desuso de una ley equivale a la pérdida de su eficacia, esto es, a la circunstancia de que la ley deja de ser generalmente obedecida por los sujetos imperados y comúnmente aplicada por los órganos jurisdiccionales. En el capítulo siguiente analizaremos qué efectos tiene la ineficacia de una norma sobre la validez de ésta, o sea, sobre la existencia y obligatoriedad de la norma, aunque el desuso o ineficacia, a diferencia de lo que ocurre con la derogación, no proviene de un acto formal de una autoridad normativa. Sobre el particular, cabe distinguir, como hace Rivacoba, entre dos maneras de invalidar una ley: la primera ocurre por *derogación*, en virtud de la cual la ley pierde su validez y deja de pertenecer al respectivo ordenamiento jurídico, mientras que la segunda ocurre por *enervación*, que es lo que ocurre a una norma que aun manteniéndose formalmente inserta en el ordenamiento jurídico, pierde su eficacia, es decir, pierde "la adhesión social del grupo en que debe regir y deja de hecho de cumplirse".

Cabe diferenciar también la *derogación* de la *anulabilidad*.

Tal como tendremos oportunidad de mostrar en el capítulo siguiente, toda norma jurídica debe ser producida dentro del marco de exigencias que a su respecto fija la norma de grado superior que regula su creación. Así, una ley tiene que ser producida por las autoridades a las cuales la Constitución faculta para ello, tiene que seguir al momento de su creación las distintas etapas de que consta el proceso de formación de la ley que diseña la propia Constitución y, en fin, tiene que respetar ciertos límites de contenido que la Constitución también le impone.

Cuando una norma jurídica no satisface los requerimientos formales o materiales que para su producción fija la norma superior correspondiente, puede decirse que aquella norma es nula, o, mejor aún, *anulable*, puesto que podrá objetarse su validez por medio de los recursos o acciones que en tal sentido facilite el propio ordenamiento jurídico de que se trate.

Por lo mismo, *derogación* y *anulabilidad* son instituciones distintas. La derogación cumple la función de renovación o cambio regular del ordenamiento jurídico y tiene el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas. En cambio, la anulabilidad cumple la función de impedir cambios irregulares del ordenamiento y produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas que son declaradas nulas. Además, la derogación es un acto que ejecuta la misma autoridad que había previamente dictado la norma que se trata ahora de derogar, mientras que en el caso de la anulabilidad ésta es producto de un acto que ejecuta un órgano de aplicación del derecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

Otra distinción importante es la que puede hacerse entre *derogación* y *abolición*, entendiendo que la primera es un acto de extinción deliberada de la validez de una o más normas legales determinadas, en tanto que la segunda consiste en una extinción deliberada de la validez de toda una institución jurídica determinada. Así, por ejemplo, se habla de abolición de la pena de muerte, de la esclavitud, de la nobleza, con lo cual se quiere decir que todo un complejo entramado de normas se ha extinguido en su validez.

A propósito de dicha distinción, Josep Aguiló dice que su importancia puede estar en que la abolición implica más que la derogación, y agrega: "El efecto normal de la derogación consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, tiene un cierto com-

ponente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución implica, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo".

La jurisprudencia romana distinguió también entre *derogación* y *abrogación*. La primera se producía cuando de la ley derogada se suprimía sólo una parte de ella, en tanto que la segunda tenía lugar cuando se la suprimía íntegramente. Sin embargo, esta distinción no ha subsistido y en nuestros días una misma palabra –derogación– se emplea para referirse a las dos situaciones descritas en este párrafo.

Atendiendo ahora a lo que expresa el art. 52 de nuestro Código Civil, la derogación puede ser *expresa* o *tácita*, y *total* o *parcial*.

Es *expresa* cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es *tácita* cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Por su parte, derogación *total* es aquella que produce la íntegra eliminación de la ley anterior, mientras que la de tipo *parcial* produce la eliminación de sólo parte de la ley anterior, quedando ésta en lo demás vigente.

Suele hablarse también de derogación *orgánica*, que es aquella que se produce cuando una nueva ley regula íntegramente las materias que se hallaban reguladas por una o más leyes anteriores, las cuales se entienden derogadas aunque no exista incompatibilidad entre sus normas y las de la nueva ley.

Para concluir ya lo relativo a la derogación, conviene detenerse un instante en algunas consideraciones doctrinarias sobre el tema.

Así, por ejemplo, hay autores que consideran a las normas derogativas como normas en sentido estricto, esto es, como normas de deber u obligación que regulan la conducta de determinadas personas. Más concretamente, las normas derogatorias serían normas de conducta dirigidas a los jueces y a los funcionarios de la administración, quienes estarían obligados a dejar sin aplicación las normas que hayan sido derogadas.

Para Kelsen, en cambio, la situación es distinta. Partiendo de la base de que "la derogación consiste en la *eliminación* de la validez de una norma", el autor concluye que las normas derogatorias son un tipo de normas no independientes.

Normas no independientes son para Kelsen todas aquellas que no imponen deberes coactivos, aunque se hallen en relación con otras normas que sí hacen esto último. Por lo mismo, el sentido de una norma no independiente existe en la medida en que resulta posible vincularla con alguna o algunas otras normas independientes del mismo ordenamiento jurídico.

Para Kelsen hay varias clases de normas jurídicas no independientes y las derogatorias forman una de esas clases. De este modo, todo el sentido de una norma derogatoria está dado por su relación con la correspondiente norma derogada, de lo cual se sigue que una vez que la norma derogada ha perdido su validez como consecuencia de la norma derogatoria, esta última pierde asimismo su validez. En consecuencia, no podría producirse derogación de una norma derogatoria, puesto que esta última deja de existir en el mismo momento que deja de existir la correspondiente norma derogada. La derogación de una norma derogatoria que ya ha producido sus efectos, que no son otros que eliminar la norma derogada, carecería de sentido, puesto que recaería sobre un "material jurídicamente irrelevante".

Distinto es el caso de una norma derogatoria cuyo objeto sea otra norma derogatoria que todavía no ha producido sus efectos derogatorios. Ello ocurre, explica Josep Aguiló, "cuando la primera (en el tiempo) norma derogatoria determina que sus efectos se producirán en un momento posterior al de su entrada en vigor. En este caso, que podríamos llamar de *derogación aplazada*, sí se produciría la derogación de la primera norma derogatoria, siempre que la derogación tuviera lugar durante el intervalo que va desde su entrada en vigor hasta el momento fijado para la producción de sus efectos.

Kelsen sostiene también que la gran diferencia entre la norma derogatoria no independiente y la norma derogada de carácter independiente consiste en que la primera establece "no un deber ser, sino un no-deber ser", puesto que la norma derogatoria sólo hace eliminar el deber ser de una conducta que había sido establecida por otra norma.

Por su parte, Carlos Alchourrón y Eugenio Bubygin distinguen entre *adición* y *sustracción* de normas. Esto quiere decir que un ordenamiento jurídico puede cambiar por *adición* de nuevas normas y por *sustracción* de las ya existentes.

Cada vez que se adiciona una nueva norma se produce un cambio en el respectivo ordenamiento jurídico. Sin embargo, para los dos autores antes mencionados, el sistema jurídico está compuesto no sólo por las normas formuladas, sino también por las que se derivan de éstas. De este modo, cada vez que se adiciona una nueva norma, el sistema resultante de esa acción contiene las consecuencias de sus normas formuladas, las consecuencias de la nueva norma y las consecuencias, asimismo, que se sigan de la suma de ambas.

En cambio, cuando se trata de sustraer normas al sistema, cual es el caso de la derogación, es preciso distinguir entre una forma de derogación que produce también un cambio en el sistema y otra que no conlleva cambio alguno en el sistema. Así, cuando en un sistema una norma ha sido formulada dos veces, o bien cuando se formula una norma que ya existía en el sistema como norma derivada, la derogación de la norma es redundante.

Por el contrario, cuando se deroga una norma no redundante y se coloca otra en su lugar, se produce un cambio en el sistema, puesto que se sustrae de ésta la norma derogada, añadidas sus consecuencias y todas las normas para cuya derivación era necesaria la norma derogada. La cuestión se complica, sin embargo, cuando lo que se deroga es una norma que deriva de otra –por ejemplo, la norma "Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja", derivada de la norma que establece "Juan debe trabajar todas los días de la semana entre las 10 y las 18 hrs."–, la norma derogatoria –en este caso, "Juan puede tomar alcohol los sábados entre las 10 y las 18 hrs."– es compatible con cada una de las dos normas anteriores, si se mira a éstas separadamente, pero no lo es si se la mira conjuntamente. En consecuencia, la pregunta es la siguiente ¿cuál de las dos primeras normas es la que debe ser eliminada?

Con todo, como dice Aguiló, más valdría que una situación como esa no fuera resuelta sobre la base de criterios vinculados a la derogación, sino recurriendo a "recursos interpretativos ajenos a la ordenación temporal", lo cual quiere decir que el solo criterio de la ordenación temporal de las normas no basta aquí para dar una solución al caso planteado.

Excepción a la regla general sobre el término de vigencia de las leyes, consistente en que éstas rigen indefinidamente hasta el momento de su derogación, la constituyen las leyes temporales, esto es, aquellas que en su propio articulado limitan el tiempo de su vigencia al establecer un plazo o condición que, una vez llegado o acaecido, producen el inmediato cese de la vigencia de la ley.

¿En cuál territorio valen las leyes?– Tocante ahora a los efectos de la ley en cuanto al *territorio,* la regla general es el principio de territorialidad de la ley, en razón del cual las leyes rigen únicamente en el territorio del Estado que las dicta.

Dicho principio está consagrado en los arts. 14 y 16 del Código Civil. La primera de estas disposiciones establece que "la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros", mientras que la segunda declara que "los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile".

El mismo principio de territorialidad aparece consagrado en los arts. 5 y 6 del Código Penal. La primera de tales disposiciones establece que "la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código". En cuanto al otro de los artículos, declara que "los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley".

El principio de territorialidad reconoce excepciones, lo cual quiere decir que hay casos en los que la ley chilena rige en el extranjero y situaciones en que la ley extranjera puede regir en Chile.

De lo primero son ejemplos los arts. 15 y 6, respectivamente, del Código Civil y del Código Orgánico de Tribunales. El primero de esos artículos sujeta a las leyes chilenas a los chilenos, no obstante tener éstos residencia o domicilio en país extranjero, en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, así como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, aunque sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. Por su parte, la citada norma del Código Penal identifica una serie de delitos que quedan sometidos a la jurisdicción chilena, no obstante ser cometidos fuera del territorio

de la República. Entre tales delitos pueden ser mencionados, a vía de ejemplo, los cometidos por un agente diplomático o consular de la República en el ejercicio de sus funciones; los delitos contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado; la falsificación de moneda nacional; la piratería; y los delitos comprendidos en los tratados con otras potencias.

También hay situaciones en las que la ley extranjera puede regir hechos acaecidos en Chile. Así, por ejemplo, el art. 955 del Código Civil dispone que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, y agrega que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, todo lo cual puede traer consigo que una ley extranjera en materia de sucesión pueda tener aplicación en Chile.

Por otra parte, constituye una tendencia actual que ciertos delitos particularmente graves, como el genocidio, los crímenes de guerra y la tortura de personas, pueden ser juzgadas en el extranjero, no obstante haber sido cometidos en el propio país de las víctimas y de los victimarios.

¿A quiénes obligan las leyes?– En cuanto a los efectos de la ley en cuanto a las *personas,* suelen ellos mostrarse en tres principios jurídicos, a saber, el principio de obligatoriedad de la ley, el principio de igualdad ante la ley y el principio de conocimiento de la ley.

Al primero de esos principios se refieren los arts. 6 y 7 del Código Civil que junto con establecer normas sobre la publicación de las leyes, disponen que éstas no obligan sino una vez promulgadas y publicadas de acuerdo con las reglas correspondientes. Al segundo principio se refiere el art. 19 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, y que declara que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Por último, el tercero de los principios aludidos aparece en el art. 8 del Código Civil, que dispone "nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia", disposición que consagra la presunción de conocimiento de la ley.

Los tratados internacionales.– Los tratados son pactos o acuerdos que suscriben dos o más Estados y tienen por finalidad crear

derechos y obligaciones para los Estados que concurren a ellos, u organizar entidades internacionales que no son Estados y establecer la competencia de esas entidades y el modo como habrán de relacionarse con los Estados.

De una manera más restringida, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que para los efectos de esa Convención se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Sin embargo, en otra de sus disposiciones, la citada Convención establece que ella se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

La Convención de Viena, que fue suscrita el 23 de marzo de 1969 y aprobada como ley en nuestro país recién el 22 de junio de 1981, establece normas sobre celebración y entrada en vigencia de los tratados; sobre observancia, aplicación e interpretación de los mismos; sobre enmienda y modificación de los tratados; y sobre nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados internacionales.

En el caso de Chile, nuestra Constitución establece normas sobre la formación de los tratados en el Nº 17 del art. 32, disposición ésta que establece cuáles son las atribuciones exclusivas del Presidente de la República.

En la formación de un tratado es posible distinguir, en consecuencia, una *fase externa* y otra *interna.*

La *fase externa* es la que está confiada al Presidente de la República, puesto que entre las atribuciones exclusivas de éste se cuenta la de "conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones", así como "concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país".

La primera parte de la fase externa está constituida por la *negociación,* que es el conjunto de las actuaciones por medio de las cuales los Estados procuran llegar a un acuerdo acerca de las cláusulas de un tratado. Cuando la negociación es exitosa

conduce a una segunda parte, a saber, la *adopción del texto* del tratado, que tiene lugar cuando el texto de que se trate cuenta ya con el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración. Viene a continuación una tercera parte, llamada *autenticación*, que consiste en el acto formal por medio del cual el texto de un tratado queda establecido como auténtico y definitivo.

En cuanto a la *fase interna,* consiste en la aprobación que al texto de un tratado debe dar el Congreso Nacional. Por lo mismo, una vez autenticado, el tratado en formación tiene que ser sometido por el Presidente a la aprobación del Congreso, en lo cual se deben seguir los mismos trámites de una ley, con la única diferencia de que el Congreso sólo puede aprobar o desechar los tratados que le presente el Presidente, mas no modificarlos. Esto último es lo que se desprende del art. 50 de nuestra Constitución, que, al establecer las atribuciones exclusivas del Congreso, señala, en primer lugar, la de "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley".

Es en atención a esa fase interna a que según nuestro derecho debe someterse la formación de los tratados que éstos se asimilan de algún modo a las leyes internas del país y comparten la jerarquía de éstas.

Una vez cumplida la fase interna, el Presidente procede a *ratificar* el tratado, lo cual equivale a manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. La Convención de Viena dispone sobre el particular que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. La propia Convención establece las modalidades que puede adoptar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado mediante la firma, mediante el canje, mediante la ratificación, aceptación o aprobación, o mediante la adhesión.

A continuación viene el *canje* o *depósito* de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. La Convención de Viena dice que tales instrumentos harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuar

a) su canje entre los Estado contratantes; b) su depósito en poder del depositario; o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario si así se ha convenido. Este depositario puede ser un Estado neutral, algún organismo internacional o el principal funcionario administrativo de dicho organismo.

Por último, el *registro* y *publicación* de un tratado se efectúa de acuerdo al art. 80 de la Convención de Viena: los tratados, después de su entrada en vigor, se transmiten a la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación. Si se hubiere designado un depositario del tratado, éste se encontrará autorizado para realizar los actos antes señalados.

Los decretos con jerarquía de ley.– Los decretos con jerarquía de ley constituyen una clara expresión legislativa del órgano o poder ejecutivo, puesto que, si bien regulan materias propias de una ley, esto es, materias que deberían ser aprobadas también por el órgano o poder legislativo, emanan sólo del primero de esos órganos o poderes.

Por lo mismo, se les denomina también *legislación irregular* o de *emergencia.*

Los decretos con jerarquía de ley son de dos clases: *decretos con fuerza de ley* y *decretos leyes.*

Los *decretos con fuerza de ley* son actos legislativos del Presidente de la República que regulan materias propias de una ley, procediendo para ello el Presidente sobre la base de una autorización previa que le confiere el Congreso Nacional.

Más precisamente: se trata de una fuente formal por medio de la cual se crean normas jurídicas que regulan materias propias de una ley y que, no obstante, son dictadas por el Presidente de la República en virtud de una expresa delegación de la potestad legislativa que en manos del Presidente hace el órgano o poder legislativo, valiéndose este último para ello de una ley denominada "ley delegatoria". En cuanto a su denominación –*decretos* con fuerza de *ley*– ella se justifica porque los dicta el Presidente y porque regulan materias propias de ley.

Los decretos con fuerza de ley encuentran su fundamento en el inciso primero del art. 61 de nuestra Constitución, puesto que allí se dice que el Presidente podrá solicitar autorización al Congreso para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre ma-

terias que corresponden al dominio de la ley, y que dicha autorización debe ser dada por el Congreso por medio de una ley.

Existen, sin embargo, algunas limitaciones a este respecto, a saber, que la autorización que se da al Presidente tiene una duración de un año; que no corresponde autorizar al Presidente para que regule por medio de decretos leyes determinadas materias que la Constitución excluye de manera expresa, tales como nacionalidad, ciudadanía y otras; que tampoco es viable esa autorización cuando se trata de regular asuntos que deben ser materia de una ley orgánica constitucional; y que, asimismo, la autorización no puede alcanzar a la dictación por parte del Presidente de normas que afecten a la organización, atribuciones y al régimen de los funcionarios del poder judicial, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional y Contraloría.

Además, la correspondiente ley delegatoria debe señalar con precisión las materias sobre las cuales deberá recaer la regulación legislativa que se confía al Presidente, y, del mismo modo, puede determinar otras limitaciones, restricciones y formalidades a que el Presidente deba sujetarse en la dictación del decreto con fuerza de ley que se le autoriza emitir.

En cuanto a su publicación y efectos, los decretos con fuerza de ley se sujetan a las mismas normas que en general rigen para las leyes. Por otra parte, corresponde a la Contraloría examinar los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente, de modo de asegurar que éste se ajuste estrictamente al marco que le hubiere fijado la ley delegatoria del caso.

Cuando un decreto con fuerza de ley contravenga la ley delegatoria, la Contraloría debe representarlo así y devolverlo al Presidente. Si el Presidente disiente de la representación hecha por el órgano contralor, dispone de diez días para solicitar al Tribunal Constitucional que resuelva la controversia.

Respecto de su jerarquía, los decretos con fuerza de ley la tienen similar a la de las leyes ordinarias o comunes y pueden ser objeto del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En cuanto a los *decretos leyes* son actos legislativos del Presidente de la República que regulan materias propias de ley, aunque sin que medie para ello una autorización de parte del órgano o poder legislativo. Su denominación se justifica por la misma razón que los decretos con fuerza de ley, puesto que son actos que emanan del Presidente, lo cual explica que se les denomine *decretos,* y regulan materias que tendrían que ser normadas por leyes, lo cual explica que a aquella palabra se añada la expresión *leyes.*

Los decretos leyes tienen su origen en los llamados *gobiernos de facto,* que se producen como consecuencia de una ruptura del orden constitucional causada por una revolución o un golpe de Estado exitosos. Tales hechos suelen producir la clausura del órgano o poder legislativo que se encontraba en funciones, de modo que quienes encabezan la revolución o el golpe de Estado exitoso asumen no sólo el poder ejecutivo de la nación, sino también las funciones legislativas que correspondían al órgano clausurado o disuelto.

Los gobiernos *de facto,* en consecuencia, son aquellos que asumen el poder del Estado sin sujetarse a las normas constitucionales y legales que rigen la elección de las autoridades ejecutiva y legislativa y que favorecen lo que se denomina alternancia en el poder, precisando tales autoridades regular materias de ley entretanto se restablece la normalidad constitucional, lo cual hacen mediante estos actos que se denominan "decretos leyes".

Si se intentara un paralelo entre los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes, sus *semejanzas,* a la vez que su *diferencia,* saltan de inmediato a la vista. En cuanto a sus *semejanzas,* ambos emanan del Presidente de la República o Jefe de Estado, es decir, ambos constituyen manifestaciones legislativas del poder ejecutivo; ambos, por otra parte, regulan materias propias de una ley; y ambos, en fin, responden a circunstancias extraordinarias, aunque menos excepcionales en el caso de los decretos con fuerza de ley que en el de los decretos leyes, puesto que el hecho que conduce a la dictación de estos últimos –la ruptura del orden constitucional– es, de por sí, un acontecimiento excepcional. En punto a su diferencia, cabe reiterar que ella se encuentra en que ambos tipos de decretos regulan materias propias de una ley, aunque sólo en el caso de los decretos con fuerza de ley existe autorización previa de parte del órgano legislativo.

Las manifestaciones de la potestad reglamentaria.– La potestad reglamentaria es la facultad que la Constitución y las leyes otorgan al Presidente de la República, así como a otras autoridades

administrativas, para producir normas jurídicas, tanto de carácter general como particular, destinadas a regular materias de interés público que no sean de dominio legal, a facilitar una adecuada aplicación de las leyes y al mejor y más eficaz cumplimiento de las funciones de gobierno y administración que corresponden a tales autoridades.

En el caso del ordenamiento constitucional chileno, a esta facultad se refiere de modo expreso el Nº 8 del art. 32 de la ley fundamental, que incluye entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de "ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". Todo ello en atención a que, en un ámbito más general que el de las atribuciones especiales que la Constitución le otorga, al Presidente de la República, según dispone el art. 24 de la Constitución, corresponde el gobierno y la administración del Estado, motivo por el cual se le reconoce como el Jefe del Estado.

En consecuencia, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente y demás autoridades de gobierno y administrativas regulan aquellas materias que no están reservadas a la ley, facilitan la aplicación de las leyes y cumplen con las demás funciones que al Presidente y a esas otras autoridades corresponde.

Por ello es que acostumbra distinguirse entre potestad reglamentaria *autónoma* y potestad reglamentaria de *ejecución*. Por medio de la primera, el Presidente dicta normas sobre materias que la Constitución no ha reservado al dominio legal, en tanto que por intermedio de la segunda esa misma autoridad facilita la aplicación de las leyes. Como una modalidad de la potestad reglamentaria autónoma es preciso mencionar también a la potestad reglamentaria de complementación.

En cuanto a la potestad reglamentaria *autónoma*, ella se fundamenta en que no todas las materias de interés público tienen necesariamente que ser reguladas por leyes, mientras que la potestad reglamentaria de *ejecución* se explica porque las disposiciones abstractas y generales de las leyes que produce el órgano legislativo están muchas veces necesitadas de disposiciones complementarias que faciliten la aplicación o ejecución de tales disposiciones. Tanto es así que con cierta frecuencia las propias leyes establecen en su articulado que el Presidente de la República deberá dictar las normas adicionales que sean necesarias o convenientes para la mejor aplicación o ejecución de sus disposiciones. En cuanto a la potestad reglamentaria de *complementación*, es aquella que ejerce el Presidente de la República para regular los aspectos particulares de aquellas materias respecto de las cuales la potestad legislativa sólo es competente para regular sus *bases* –como en los casos de los números 4 y 18 del art. 60 de la Constitución– así como de aquellas materias de ley que pueden ser subsumibles en la declaración del número 20 de esa misma disposición constitucional. En estos tres casos la potestad reglamentaria de *complementación* –como se lee en un texto de Antonio Bascuñán– "tiene por objetivo dictar normas cuyo establecimiento está excluido del dominio legal", y, por tanto, "se trata de un caso particular de la potestad reglamentaria autónoma".

Con todo, el ejercicio de la potestad reglamentaria, según hemos señalado, se orienta no sólo a regular materias no reservadas a la ley y a introducir normas que faciliten la ejecución de ésta, sino a un mejor y más eficaz desarrollo de las funciones de gobierno y administración que el ordenamiento jurídico del Estado confía al Presidente y a otras autoridades superiores.

Desde el punto de vista de su jerarquía, las distintas manifestaciones de la potestad reglamentaria tienen un lugar subordinado no sólo a la Constitución, sino también a la ley. Esto quiere decir que el marco normativo dentro del cual se ejerce la potestad reglamentaria está constituido por la Constitución y la ley. Es por esto que a la Contraloría corresponde ejercer el control de legalidad de los actos de la administración, debiendo representar al Presidente la ilegalidad de que puedan adolecer los decretos y resoluciones que se le remiten para el trámite de tomar de razón.

A las manifestaciones de la potestad reglamentaria se las denomina en general *decretos*.

Desde el punto de vista de su contenido y alcance normativo, los decretos se clasifican en *reglamentos, simples decretos* e *instrucciones*.

Los *reglamentos*, también llamados "decretos reglamentarios", son dictados por el Presidente y contienen normas jurídicas ge-

nerales cuya finalidad más habitual es la adecuada ejecución de las leyes.

Simples decretos son aquellos dictados por el órgano ejecutivo para llevar a cabo las actividades de gobierno y administración, aunque sus normas tienen alcances particulares, esto es, conciernen a un número determinado y circunscrito de sujetos o situaciones.

En cuanto a las *instrucciones,* son simplemente comunicaciones que los jefes superiores de la administración dirigen a sus subordinados y que tienen por finalidad indicar a éstos los criterios y acciones que deberán emplear y llevar a cabo para la mejor aplicación de una ley o de un reglamento, así como las medidas que deban adoptar para el mejor funcionamiento de una determinada repartición o servicio público.

Atendida ahora la autoridad que los dicta, los decretos se clasifican en *decretos supremos* y *resoluciones.* Los primeros son los dictados por el Presidente y las segundas provienen de autoridades administrativas distintas de aquella.

En cuanto al proceso de formación que tienen en general los decretos, y descontado el hecho de que deben estar siempre escriturados y ser firmados, fechados y numerados por la autoridad que los dicta, ellos deben ser enviados a toma de razón en la Contraloría, de modo que este organismo tenga ocasión de llevar a cabo el respectivo control de legalidad. En cuanto al modo como los decretos se difunden, los que contienen normas jurídicas generales se publican en el Diario Oficial, en tanto que los que conciernen a uno o más sujetos determinados simplemente se comunican o transcriben a los correspondientes interesados.

Cabe señalar que determinadas instituciones fiscalizadoras creadas por ley –por ejemplo, la Superintendencia de Seguridad Social, la de Bancos e Instituciones Financieras, la de Administradoras de Fondos Previsionales, la de Instituciones de Salud Previsional– cuentan con potestades normativas, es decir, con competencia para producir en sus respectivos campos normas jurídicas de obligatoriedad general que tienen una gran importancia. Estas instituciones cuentan también con la atribución de interpretar normas legales y reglamentarias en las materias sujetas a su fiscalización, según veremos en el capítulo V, dando origen a lo que se llama "interpretación administrativa".

Por otra parte, determinados órganos autónomos del Estado, que no se encuentran subordinados al Presidente de la República, tales como el Banco Central, las Municipalidades y el Consejo Nacional de Televisión, cuentan también con potestades normativas muy importantes. Tales órganos son creados en ocasiones por la propia Constitución, como es el caso del Banco Central, y en los demás casos por la ley, aunque se trata siempre de órganos de autonomía frente a la Administración Central del Estado.

Autos acordados.– Los autos acordados emanan no de las autoridades políticas ni administrativas, sino de los tribunales superiores de justicia, y contienen normas jurídicas de carácter general relativas a la manera como los tribunales deben proceder en el conocimiento de determinadas acciones y recursos procesales. Por lo mismo, pueden ser entendidos como manifestaciones legislativas de los tribunales superiores de justicia, por medio de las cuales estos últimos, y en especial la Corte Suprema, regulan determinadas materias que en estricto rigor tendrían que ser normadas por medio de leyes.

En cuanto a la explicación que puede darse para la existencia de los autos acordados, cabe señalar que ellos vienen a complementar algunos vacíos que se advierten respecto del modo en que la Constitución o las leyes han regulado determinadas acciones y recursos de que deben conocer los tribunales de justicia. Es lo que acontece, por ejemplo, con los autos acordados que la Corte Suprema ha dictado acerca de la tramitación que debe darse a dos recursos establecidos por la Constitución, como son el de protección y el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En cuanto a la justificación normativa de los autos acordados, ella puede encontrarse en el art. 79 de la Constitución, que confía a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales, con excepción tan solo del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, tribunales electorales regionales y tribunales militares en tiempo de guerra; disposición que se complementa con la del art. 3 del Código Orgánico de Tribunal, que declara que los tribunales además de la facultad de conocer las causas, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, y de intervenir en todos

aquellos asuntos no contenciosos en que una ley requiere su intervención, tienen las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se les asigna en los respectivos títulos de ese mismo Código.

Las facultades conservadoras se refieren a la labor que compete a los tribunales en la protección de los derechos fundamentales, mientras que las facultades disciplinarias guardan relación con la vigilancia y castigo que los tribunales superiores deberán llevar a cabo respecto de jueces y funcionarios judiciales. En cuanto a las facultades económicas, que son las que autorizarían a los tribunales superiores para dictar autos acordados, son aquellos que se ejercen para conseguir una mejor y más pronta administración de justicia.

Los autos acordados de carácter y aplicación general que dicte la Corte Suprema deben ser publicados en el Diario Oficial.

Sin perjuicio de los dos autos acordados previamente mencionados de la Corte Suprema, y que regulan dos importantes recursos establecidos por nuestra Constitución, otros autos acordados, tanto de ese tribunal como de Cortes de Apelaciones, pueden ser hallados en los apéndices de los códigos, en particular en el del Código Orgánico de Tribunales.

2. LA COSTUMBRE JURIDICA

Concepto. Elementos. Paralelo entre legislación y costumbre. Clasificaciones. Valor de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno.

Concepto.– La costumbre jurídica es una fuente del derecho en la que las normas jurídicas que por su intermedio se producen provienen de la repetición uniforme de un determinado comportamiento colectivo, al que se añade la convicción de que se trata de un comportamiento jurídicamente obligatorio, lo cual quiere decir que cabe esperar consecuencias propiamente jurídicas, esto es, de carácter coactivo, cada vez que el comportamiento de que se trate no sea observado por un sujeto que debía observarlo.

En consecuencia, el origen de las normas creadas por medio de esta fuente, cuyo conjunto se denomina "derecho consuetudinario", se encuentra en un hecho, a saber, la repetición uniforme de una conducta por parte de los sujetos que forman una comunidad jurídica determinada, al cual se suma la persuasión, también de carácter colectivo, que consiste en admitir que dicha conducta es *jurídicamente* obligatoria, o sea, que viene exigida por el derecho y no por otro tipo de orden normativo.

Que la costumbre sea una fuente formal del derecho permite advertir cómo un hecho –la repetición uniforme de un cierto comportamiento– puede producir normas jurídicas, llamadas consuetudinarias, que aparecen también entre los materiales integrantes de los ordenamientos jurídicos dotados de realidad histórica. Sin embargo, y tal como apunta Roberto Vernengo, "la relación entre el hecho consuetudinario, como fuente, y las normas consuetudinarias por él producidas, no es enteramente semejante a la que el jurista advierte, por ejemplo, entre los actos legislativos y la ley. No sólo porque de algún modo repugna al estilo de pensar jurídico aceptar que un mero hecho sea origen de enunciados normativos, sino también porque la tajante distinción entre el hecho consuetudinario y la norma producida es borrosa", circunstancia que "impide pensar la relación entre el hecho de la costumbre y la norma consuetudinaria como la relación entre el acto legislativo y la ley".

Kelsen procura explicar lo anterior diciendo que las normas jurídicas producidas por vía legislativa son normas conscientemente impuestas, y que si los actos legislativos conducen a la producción de normas, es porque el propio derecho confiere a esos actos el sentido objetivo de producir normas jurídicas, lo cual no excluye que el derecho de un país pueda establecer también que un "hecho consuetudinario específicamente caracterizado" conduzca también a la producción de normas jurídicas.

Por lo demás, los inicios de la vida en sociedad del hombre se caracterizan porque la convivencia se organiza a partir de normas consuetudinarias indiferenciadas, entre las cuales no es posible distinguir a las normas propiamente jurídicas de las de carácter religioso y moral. Es en ese contexto indiferenciado de normas en el que las normas consuetudinarias de tipo jurídico se van constituyendo como un sector normativo específico que precede a las normas jurídicas escritas que provienen de actos formales de creación jurídica confiados a determinadas autoridades normativas. Con todo, la costumbre jurídica retrocede más

tarde en importancia, precisamente ante el avance de un derecho escrito que va más allá de reproducir meramente las normas consuetudinarias y que expresa la voluntad normativa de quienes lo producen. Como escribe Rivacoba, "la costumbre y la legislación son las formas históricamente más importantes de producir y aparecer el derecho. Sin embargo, aquélla es anterior en el tiempo, pues la segunda requiere una no escasa evolución cultural en las comunidades humanas: que hayan alcanzado un grado apreciable de organización política, con autoridades bien definidas que la dicten, y el uso de la escritura, para fijarla".

Elementos.– De acuerdo al concepto que acabamos de dar de la costumbre jurídica, ésta consta de dos elementos, uno *objetivo* y otro *subjetivo.*

El elemento *objetivo* está constituido por la repetición uniforme de una determinada conducta por parte de los sujetos de una comunidad jurídica dada, esto es, se trata de un hecho que se reconoce en cuanto tales sujetos se comportan bajo ciertas condiciones de una misma manera y que ese comportamiento similar se prolonga durante un tiempo suficientemente largo.

Desde el punto de vista de su elemento objetivo, se requiere que la costumbre sea *observada* en el lugar que se la invoca, que sea de *general* observancia, que posea *antigüedad,* y que sea *constante.*

En cuanto al primero de tales requisitos, la costumbre no es una imposición del Estado que deba regir en todo el territorio del Estado, de modo que ella sólo puede tener validez jurídica al interior de la comunidad que la ha producido y que se atiene a ella. Seguidamente, que la costumbre jurídica sea *general* no tiene un alcance territorial, sino social, en el sentido de que ella debe ser observada por los integrantes del grupo social de que se trate. A continuación, que la costumbre posea *antigüedad* significa que el hecho consuetudinario debe tener estabilidad en el tiempo, aunque no pueda decirse cuánto tiempo es el que se necesita exactamente para entender que se ha configurado una costumbre jurídica, de donde resulta que el papel de los tribunales es a este respecto muy importante, puesto que por medio de sus fallos pueden certificar la existencia de una determinada costumbre jurídica. En fin, que la costumbre jurídica sea *constante* significa que ella sea de hecho observada regularmente cuando se dan las circunstancias que la determinan. Por lo mismo, la *constancia* no significa aquí *frecuencia,* sino el hecho de que la conducta consuetudinaria de que se trata sea observada regularmente cada vez que sobrevienen las correspondientes circunstancias.

En cuanto al elemento *subjetivo* de la costumbre jurídica, consiste en el convencimiento de que la conducta que se repite es jurídicamente obligatoria, lo cual significa, en síntesis, que los sujetos normativos observan esa conducta con conciencia de que de ella cabe esperar que se sigan consecuencias específicamente jurídicas y no de otro orden. A este elemento se le ha llamado desde antiguo "opinio iuris seu necessitatis", o, simplemente, "opinio iuris" u "opinio necessitatis", y consiste en la convicción colectiva acerca de la obligatoriedad jurídica de la conducta constitutiva de la costumbre por parte de quienes la practican.

Ahora bien, ¿qué es lo que produce la convicción de que una determinada conducta que los miembros de una comunidad practican es *jurídicamente* obligatoria?

Siguiendo en la respuesta a esa pregunta a Alf Ross, toda costumbre es observada con conciencia de su obligatoriedad, esto es, bajo el convencimiento de que si no se la sigue el sujeto quedará expuesto a sufrir la desaprobación del grupo social correspondiente. Sin embargo, lo que transforma esa conciencia de obligatoriedad en una conciencia de obligatoriedad propiamente *jurídica* viene dado por el hecho de que la materia sobre la cual recae el hecho consuetudinario es de aquellas reguladas comúnmente por el derecho.

Paralelo entre legislación y costumbre jurídica.– Legislación y costumbre jurídica coinciden en ser ambas fuentes formales del derecho, si bien las normas de la primera son *escritas* y constituyen el derecho *legislado,* mientras que las que provienen de la segunda son normas *no escritas* y constituyen el derecho *consuetudinario.*

Siguiendo en esto a Kelsen, se puede advertir que las constituciones de los Estados modernos establecen órganos legislativos especiales que son competentes para producir normas generales aplicables tanto por los tribunales como por los organismos administrativos, "de suerte que al escalón de los procedimientos

constituyentes sigue el escalón de la legislación y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos". Sin embargo, "la constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado". Un hecho –continúa el autor– que "se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; y en que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surgen la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse".

En cuanto a las diferencias entre una y otra fuente formal, pueden indicarse las siguientes:

a) la legislación se forma merced a un procedimiento claramente establecido por la Constitución y que consta de diferentes etapas que van desde la iniciativa hasta la publicación; en cambio, la costumbre jurídica se genera de modo espontáneo y no formalizable, a partir de la reiteración que los sujetos hacen de una determinada conducta;

b) la legislación, por lo mismo, es una fuente formal heterónoma, o en la que predomina una dimensión de heteronomía, mientras que la costumbre jurídica es una fuente autónoma, o en la que predomina una dimensión de autonomía, tal como se tuvo oportunidad de mostrar en el capítulo I;

c) el tiempo de formación de una ley es cierto y determinable, de modo que la fecha de su entrada en vigencia queda siempre claramente establecida; al contrario, el proceso de formación de una costumbre jurídica es lento y larvado, lo cual trae consigo que la determinación del momento de su entrada en vigencia sea de algún modo incierta;

d) tratándose de la legislación, una ley puede ser diferenciada de los actos legislativos que la han producido, mientras que en la costumbre jurídica tales actos se confunden con aquellos que constituyen a la propia costumbre. Del mismo modo, los comportamientos que la legislación regula son posteriores a ésta, en tanto que las que regula la costumbre se dan simultáneamente con ésta;

e) en punto al término de su vigencia, en el caso de la legislación se trata también de un momento cierto, normalmente el de su derogación, mientras que el término de la vigencia de una costumbre jurídica es incierto;

f) la legislación tiene un modo también cierto de expresión –la escritura– y de transmisión –la publicación–, en tanto que la costumbre jurídica tiene modos de expresión y transmisión inciertos, generalmente de tipo oral, sin perjuicio de que los tribunales, en cuanto hacen aplicación de normas consuetudinarias, contribuyen a patentizar la existencia de éstas y a facilitar su expresión y transmisión;

g) las normas del derecho legislativo se presumen conocidas y no es necesario probarlas cada vez que se las invoca ante un tribunal o ante un organismo de tipo administrativo; en cambio, las normas del derecho consuetudinario requieren ser probadas, y es por tanto usual que el propio derecho legislado establezca por qué medios debe probarse la existencia de una costumbre, que es lo que acontece, por ejemplo, con el Código de Comercio respecto de las costumbres mercantiles.

Clasificaciones.– Atendido el territorio donde rige, la costumbre jurídica puede ser *local, general* e *internacional.*

Es *local* la que rige en una parte determinada y circunscrita del territorio de un Estado. Es *general* la que rige en todo el territorio de un Estado. Es *internacional,* en fin, la que rige en el ámbito de las relaciones interestatales.

Desde el punto de vista de las relaciones que guarda con la ley, la costumbre jurídica puede ser *según la ley, fuera de la ley* y *contra la ley.*

La costumbre *según la ley* está constituida por dos situaciones en que ella puede encontrarse en su relación con la ley. La primera de esas dos situaciones es la de la costumbre interpretativa y se produce siempre que la ley admite ser interpretada en uso de normas del derecho consuetudinario. La segunda situación se refiere al caso en que la costumbre jurídica tiene valor como fuente formal del derecho bajo la condición de que la ley le otorgue expresamente ese carácter para determinadas materias de regulación jurídica.

Costumbre *fuera de la ley* es aquella que surge al margen de la ley y es utilizada para llenar vacíos o lagunas de ésta. En consecuencia, la costumbre fuera de la ley está constituida por nor-

mas consuetudinarias que no se oponen a sus similares del derecho legislado, sino que versan sobre materias no reguladas por este último.

Costumbre *contra la ley* es aquella que está constituida por normas consuetudinarias que se oponen a las del derecho legislado y a las que se reconoce o concede un poder o fuerza derogatoria respecto de este último.

Valor de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno.– Tanto en el derecho civil chileno como en el comercial se legisla expresamente acerca del valor de la costumbre.

El Código Civil fija el estatuto de la costumbre jurídica en su art. 2, al disponer que "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella", con lo cual consagra un régimen de costumbre según la ley en la segunda de las situaciones que fueron explicadas previamente.

Un caso de remisión de nuestro Código Civil a la costumbre se encuentra en su art. 1546, que dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, en consecuencia, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, "o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". Otro caso lo constituye el art. 2117 que a propósito del contrato de mandato establece que éste puede ser gratuito o remunerado, añadiendo acto seguido que la remuneración del mandatario, llamada *honorario,* "es determinada por convención de las partes, por la ley, la costumbre o el juez".

Por su parte, el Código de Comercio fija el estatuto de la costumbre en sus arts. 4, 5 y 6.

El art. 6 acepta la costumbre *según la ley,* en la primera de las dos situaciones a que se refiere este régimen de la costumbre, al declarar que "las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles".

Por su parte, el art. 4 acepta la costumbre *fuera de la ley,* al disponer que "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".

En cuanto al art. 5, se trata de una disposición que establece el modo de probar las costumbres mercantiles, y declara que no constando a los juzgados de comercio la autenticidad de la costumbre que se invoque ante ellos, la costumbre en referencia podrá ser probada por el testimonio de dos sentencias que aseveren la existencia de la costumbre y hayan sido pronunciadas conforme a ésta, o bien por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Las dos antes mencionadas normas de los arts. 4 y 5 del Código de Comercio, además de señalar algunos requisitos de los hechos consuetudinarios –uniformes, públicos generales y reiterados– admiten la distinción entre costumbres locales y costumbres generales, refuerzan la idea de que las costumbres deben ser probadas y destacan la importancia que para la certificación o prueba de una costumbre jurídica tienen las sentencias judiciales que se pronuncian de acuerdo con ella.

En las restantes ramas del derecho chileno no se ha legislado acerca del valor de la costumbre jurídica. Sin embargo, tratándose del derecho penal carece de todo valor en razón del principio de legalidad que domina en materia penal y en virtud del cual nadie puede ser juzgado ni condenado por un hecho que no constituía delito al momento en que se le ejecutó y a ninguna persona responsable de un delito puede serle aplicada otra pena que la que el delito tenía señalada al momento en que fue cometido. Dicho brevemente, no hay delito ni pena sin ley, y no resulta admisible que por medio de la costumbre pueda producirse un tipo penal o una pena.

En cambio, la costumbre jurídica tiene gran importancia en el derecho internacional, tanto como una fuente formal autónoma, independiente de los tratados, y como fuente material que influye en la celebración de tratados y en el contenido de éstos. El mismo principio *Pacta sunt servanda,* que prescribe que los tratados vigentes obligan a las partes que los suscribieron y deben ser cumplidos por ellas de buena fe, es una norma consuetudinaria que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incorporó a su texto, en el art. 26 de la misma, en la parte en que esa Convención regula lo concerniente a la observancia de los tratados internacionales.

4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Antecedentes históricos, denominaciones más frecuentes y situación actual. Los principios generales como fuentes supletorias del derecho. ¿Son los principios jurídicos una fuente formal del derecho? Las doctrinas tradicionales sobre los principios generales del derecho. Los diversos significados de la expresión "principios jurídicos" y una clasificación de éstos. Principios jurídicos y normas jurídicas. Las funciones de los principios jurídicos. Los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico nacional.

Antecedentes históricos, denominaciones más frecuentes y situación actual.– Si bien los principios generales del derecho, bajo esa misma denominación, o bajo la de "principios jurídicos", o simplemente "principios", constituyen una preocupación teórica relativamente reciente, lo cierto es que los antiguos juristas romanos supieron también de los principios, aunque los denominaron "regulae" o "regulae iuris". Sólo más tarde esas *regulae* o *regulae iuris* adoptaron la expresión y el nombre de *máximas*. En todo caso, las *regulae iuris* tuvieron un carácter explicativo, no normativo, puesto que se entendía que ellas procedían del derecho y no éste de las *regulae*, y estaban destinadas, por lo mismo, a reflejar el derecho, configurándose antes como recursos técnicos y pedagógicos que daban cuenta del derecho de esa manera breve, formal y atractiva en que se expresan los aforismos y los adagios. Por su parte, la tradición iusnaturalista, especialmente en el siglo XVIII, impuso la palabra "principios", y es así como ahora sus denominaciones más frecuentes son, precisamente, "principios", "principios jurídicos" y "principios generales del derecho".

Hoy, por lo mismo, cualquiera de esas tres denominaciones es más amplia que la de máximas, aforismos o adagios, según tendremos oportunidad de mostrar en el acápite sobre los distintos usos que la expresión "principios jurídicos" admite en la actualidad.

Por otra parte, y establecidas las tres denominaciones ya mencionadas, cabe señalar que la legislación chilena se refiere a los principios jurídicos con las expresiones "espíritu general de la legislación" y "principios de equidad", cuyos alcances examinaremos más adelante.

Asimismo, más adelante vamos a referirnos a las funciones que cumplen hoy los principios jurídicos, aunque conviene dejar establecido desde ya que la tradición de estos principios muestra un rasgo que subsiste hasta hoy.

Tal rasgo consiste en que los principios generales del derecho nacieron para auxiliar a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la vez que para introducir un control que evitara las decisiones discrecionales de aquellos, operando en los casos de falta de ley que regule el caso a ser decidido; de oscuridades o contradicciones en las leyes aplicables al caso y que el juzgador no pudiere despejar valiéndose de los métodos o elementos de interpretación de la ley; e, incluso, en presencia de consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieran derivarse de la aplicación de una ley al caso que el juez debe resolver.

Los principios generales como fuentes supletorias del derecho.– Ese triple cometido de los principios jurídicos, que son los mismos que acostumbra indicarse para la equidad, trae consigo que a ésta y a aquéllos se les rotule como "fuentes supletorias del derecho", o sea, como fuentes de las que los jueces podrían echar mano cuando la fuente principal de sus decisiones –la legislación– fallare en cualquiera de los tres aspectos antes mencionados, a saber, porque ofrece vacíos o lagunas; porque presenta dificultades de interpretación que no ha sido posible superar mediante el empleo de los elementos de interpretación de la ley que estudiaremos en el capítulo V; o porque de la aplicación de una ley a un caso dado puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el juez considera su deber evitar en la medida en que tales consecuencias no pudieron ser previstas por el legislador ni éste pudo tampoco querer que se produjeran.

Por ello es que las así llamadas "fuentes supletorias" del derecho, entre las cuales se incluye a los principios y a la equidad, suelen ser definidos como aquellas a las que el juez está autorizado a recurrir en presencia de lagunas de la ley, de dificultades de interpretación que no es posible salvar por medio de los elementos tradicionales de interpretación de la ley, y, asimismo –aun cuando esta tercera hipótesis tiene menos aceptación– de efectos injustos o inconvenientes que puedan seguirse de la apli-

cación de una ley a un caso determinado que cae bajo el campo de regulación de aquella. En otras palabras: esas tres anomalías o dificultades de la ley son las que autorizan al juez para recurrir a las fuentes supletorias, y, por lo mismo, son también las tres hipótesis o situaciones en que el ordenamiento jurídico abre paso a los principios generales y a la equidad.

Los principios jurídicos continúan cumpliendo las funciones antes señaladas, aunque el desarrollo que han experimentado en el curso de las últimas décadas –se habla hoy de una auténtica "rehabilitación de los principios"– permitió que los principios expandieran su esfera de influencia más allá de los *jueces* –llamados a aplicarlos– y de los *juristas* –llamados a explicarlos– y alcanzaran también a la actividad normativa que llevan a cabo el *legislador* y los órganos de la administración del Estado.

¿Son los principios jurídicos una fuente formal del derecho?– Al hilo de lo explicado previamente, los principios generales del derecho, estrictamente hablando, no son fuentes formales del derecho, puesto que no constituyen, por sí mismos, métodos de producción de normas jurídicas, y, en consecuencia, no encajan en el concepto de fuentes formales del derecho.

Sin embargo, los legisladores invocan a menudo los principios jurídicos, las autoridades administrativas y de gobierno hacen otro tanto, los juristas identifican y explican principios jurídicos en las obras de que son autores, y los jueces justifican a menudo sus decisiones no en normas, o no sólo en normas, sino también en principios, particularmente en las tres hipótesis que mencionamos antes. Es efectivo que en esas tres hipótesis los principios reciben aplicación por medio de los jueces, pero, al ser estos últimos los que producen la decisión normativa del caso, la fuente formal propiamente tal, la que crea o produce la norma, sería la sentencia judicial.

Existe, pues, una fuerte presencia de los principios en todo ordenamiento jurídico, al margen de los debates acerca de si son principios propiamente jurídicos o de carácter moral; de si forman parte del ordenamiento jurídico o son algo externo a éste; de si están en el derecho o únicamente se refieren al derecho; de si son a fin de cuentas lo mismo que las normas jurídicas o reconocen una existencia aparte de ellas; y –en caso de que se los estime como algo distinto de las normas– cuáles serían las diferencias que reconocerían con éstas.

Las doctrinas tradicionales sobre los principios generales del derecho.– Jesús Lima Torrados hace una buena presentación de lo que nos corresponde tratar ahora.

En primer lugar, las *doctrinas iusnaturalistas* sostienen que los principios jurídicos son los que en tal carácter forman parte del derecho natural, esto es, de un derecho anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos en los que tales principios reciben luego aplicación, de donde se sigue que existen tantas concepciones de los principios generales cuantas doctrinas existen acerca del derecho natural.

El primer código que reguló los principios generales en el marco de las doctrinas arriba señaladas fue el Código Civil austríaco de 1811, que en su art. 7 dispuso lo siguiente: "Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aun dudoso el caso se decidirá de acuerdo con la circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente sopesadas, según los principios jurídicos naturales". Algo semejante dispuso el Código Civil portugués de 1867, al establecer que las cuestiones que no pudieran resolverse "por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por los casos análogos previstos en las leyes, se decidirán por los principios de derecho natural, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Las *doctrinas positivistas* sostienen que los principios generales del derecho viven en cierto modo ínsitos en cada ordenamiento jurídico y pueden ser establecidos por medios inductivos a partir de las propias normas e instituciones del respectivo ordenamiento jurídico. Se trata, en suma, de componentes no escritos del ordenamiento jurídico, que viven en éste "como el alcohol lo hace dentro del vino", y que informan sus normas e instituciones.

Tal como se dice, para las doctrinas positivistas la identificación de los principios se consigue merced a un proceso de progresiva abstracción que parte de las normas y procura llegar a los presupuestos lógicos de todo el ordenamiento jurídico, aun-

que este ordenamiento siempre es uno solo, no varios ni todos los ordenamientos. En consecuencia, gracias a ese proceso de abstracción, lo que se establece finalmente no son los principios generales *del derecho,* sino los que acompañan al *determinado ordenamiento jurídico* a partir de cuyas normas e instituciones fue posible inducir y fijar tales principios.

Por lo mismo, esta concepción de los principios tiene cierta analogía con el elemento sistemático de interpretación de la ley y, asimismo, con la analogía jurídica, según comprobaremos en el capítulo subsiguiente de este manual.

Esta concepción fue seguida por el Código Civil italiano de 1942, que estableció que en caso de duda la cuestión litigiosa se resolvería "según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado", frase en la cual la palabra "Estado" remite obviamente al Estado italiano. El Código Civil portugués de 1966, después de dar varias reglas acerca de qué deben hacer los jueces en los casos de lagunas de la ley, dispuso que "a falta de caso análogo, la situación se resuelve según la norma que el propio intérprete dictaría si tuviese que legislar dentro del espíritu del sistema". Por último, la manera como nuestro Código Civil se refiere a los principios generales del derecho en su art. 24 –llamándolos "espíritu general de la legislación"– es también expresiva de una concepción positivista de los principios generales.

En cuanto a las *doctrinas eclécticas,* son aquellas que tratan de armonizar las dos doctrinas previas de modo que, asociando una con otra, concluyen que los principios generales son tanto los del respectivo ordenamiento positivo como los que provienen del derecho natural.

Un ejemplo al respecto lo constituye el Código Civil de Egipto de 1949, puesto que establece que "en defecto de disposiciones legales el juez resolverá en conformidad con la costumbre, en defecto de costumbre según los principios generales del derecho islámico, y a falta de éstos, según los principios del derecho natural y de la equidad".

Una última doctrina sobre los principios generales, llamada *histórico-romanista,* sobre la base de entender que la perfección que alcanzó el derecho romano hizo de éste una suerte de razón natural, debido a la lógica y justicia de sus preceptos y soluciones, propugna que los principios generales no pueden ser

otros que los que el derecho romano nos legó en tal carácter. En palabras de Mans Puigamou, citadas por Antonio Bascuñán, "los auténticos principios del derecho, comprendidos los del derecho histórico y singularmente los del romano, aunque hayan perdido su vigencia, conservan siempre su categoría de principios, y como tales se mantienen inaccesibles ante el implacable devenir de los tiempos y subsisten como ruinas gloriosas de una construcción jurídica insigne". Algo menos retóricamente, Andrés Bello, citado por Alejandro Guzmán, decía, refiriéndose a las leyes romanas, que "han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón".

Según esta doctrina, los principios generales provenientes del derecho romano se expresarían en máximas o aforismos jurídicos, como el que dice que *donde la ley no distingue tampoco el hombre debe distinguir,* o el que dice que *al que está permitido lo más está también permitido lo menos.* Sin embargo, no faltan detractores a esta doctrina. Así, en España, Luis Legaz y Lacambra expresaba que la "identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico y no podría sostenerse hoy en serio", en tanto que De Castro, valiéndose de un lenguaje más fuerte, dice que las máximas heredadas del derecho romano constituyen "expresiones técnicas o recursos pedagógicos y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del derecho".

Los diversos significados de la expresión "principios jurídicos" y una clasificación de éstos.– El autor argentino Genaro Carrió ha distinguido nada menos que *once* acepciones de la expresión "principios jurídicos", y es probable que esas once acepciones no agoten del todo el ámbito de significado que tiene dicha expresión.

Carrió, con la elegancia y amenidad que lo caracteriza, se vale de un modelo no jurídico –el de las reglas del fútbol– para llegar a una idea acerca de cómo se forman y expresan los principios en el derecho.

Dice él que en el fútbol hay dos tipos de reglas, las que prohíben y sancionan conductas precisas, como es el caso de la regla del *hand,* según la cual a todos los jugadores, salvo al arquero

dentro del área, les está prohibido tocar intencionalmente la pelota con la mano; y las que prohíben y sancionan una variedad heterogénea de comportamientos que no están definidos en forma precisa, sino por referencia a una pauta amplia en la que caben varios comportamientos. Así ocurre, por ejemplo, con la regla que prohíbe las "jugadas peligrosas", pero que no detalla cuáles son ellas y deja al criterio del árbitro decidir en cada caso cuándo un jugador ha jugado en forma peligrosa y debe ser sancionado.

Carrió considera que no es difícil encontrar en el derecho ejemplos de normas análogas a esos dos tipos de reglas del fútbol. Así, reglas del fútbol del primer tipo, que el autor llama "reglas específicas", son análogas a las que sancionan el homicidio o el robo, mientras que las segundas, a las que llama *standards,* son análogas a las que prohíben causar daño a otro con culpa o negligencia.

Sin embargo, en el fútbol hay por lo menos una regla que cumple una función distinta a la de las ya señaladas, diverge de éstas respecto de la persona de sus destinatarios y tiene consecuencias normativas diferentes. Por lo mismo, los análogos jurídicos de esta regla son también distintos a los análogos jurídicos que reconocen los dos primeros tipos de reglas del fútbol.

Los árbitros aplican una regla que puede ser enunciada así: no debe sancionarse una infracción cuando como consecuencia de ello resultaría beneficiado el equipo infractor y perjudicado el equipo al que pertenece el jugador víctima de la infracción. A esta regla se la conoce como "ley de la ventaja", y tiene aplicación, por ejemplo, cuando el árbitro deja sin sancionar un *foul* que se comete en la persona de un delantero que se apresta a anotar un gol, y que, no obstante, conserva el control del balón y las posibilidades de alojarlo en el fondo del arco contrario.

Carrió dice que él entiende que esa regla no figuraba en el reglamento oficial del fútbol y que fue incorporada a éste bastante tiempo después que los árbitros comenzaran de hecho a aplicarla, de modo que antes de pasar a formar parte de ese reglamento, la regla formó parte de lo que podríamos llamar la "jurisprudencia referil".

Esa regla, en opinión de Carrió, posee cuatro características centrales, a saber, a) versa sobre la aplicación de otras reglas del

juego, concretamente de las *reglas específicas* y de los *standards;* b) se dirige primordialmente a los árbitros, no a los jugadores, lo cual quiere decir que impone un deber a aquéllos, no a éstos; c) sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas específicas y a los standards; y d) presenta cierto grado de neutralidad o de indiferencia de contenido, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas muy heterogéneas.

Carrió consiente en que hoy la "ley de la ventaja" es una de las reglas del fútbol, porque forma parte del reglamento de este juego. Pero la verdad es que se trataba de una regla antes de su incorporación formal al reglamento, puesto que los árbitros la aplicaban regularmente como si fuera una regla del juego y no como un simple hábito.

Pues bien, ¿hay en el derecho pautas o criterios que se parezcan a la "ley de la ventaja", esto es, que reciban aplicación por parte de los jueces, no obstante no estar formalizadas como tales entre las normas del respectivo ordenamiento? El autor da una respuesta afirmativa a esa pregunta e indica que tales pautas o criterios se llaman "principios", y a fin de probarlo recurre a un ejemplo extraído del derecho norteamericano, el mismo que utiliza Ronald Dworkin cuando trata de los principios.

Se trata del famoso caso de "Riggs contra Palmer", que fue resuelto en 1899 por un tribunal de Nueva York. El caso es el siguiente:

Una persona *X* había otorgado testamento y en él dejaba un importante legado a su nieto *Y.* Conocedor de ese hecho, *Y* asesinó a *X* para heredarlo, pero sobrevino un juicio entre el homicida y otros herederos de *X* que se oponían a que *Y* recibiera el legado con que había sido beneficiado. Pues bien: de acuerdo con las normas legales sobre testamento, el tribunal no podía evitar que el legado fuera a parar a manos de *Y,* puesto que entre tales normas no había ninguna que impidiera en forma clara y explícita la pretensión de este último. Sin embargo, el tribunal rechazó tal pretensión, argumentando para ello que a nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio dolo ni sacar ventajas de sus transgresiones al derecho, diciendo expresamente en su fallo que "aunque ninguna ley les ha dado vigencia, estas máximas controlan con frecuencia los efectos de los testamentos y prevalecen sobre el lenguaje de éstos".

Por su parte, el criterio que el tribunal usó en ese caso presenta características similares a aquellas cuatro que, según vimos, tenía la "ley de la ventaja" en el fútbol. Así, tal criterio, y otros similares a él que se invocan en el ámbito del derecho, presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas; se dirigen primordialmente a los jueces y sólo secundariamente a los sujetos imperados; proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan y en ciertas circunstancias permiten llenar vacíos de éstas o corregir resultados injustos que pudieren seguirse de la aplicación de las normas; y, por último, exhiben un cierto grado de neutralidad o de relativa indiferencia de contenido, en el sentido de que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica.

De este modo –continúa Carrió– a todas esas pautas o criterios se las puede llamar "principios jurídicos", a fin de distinguirlas de las reglas específicas y de los standards variables, lo cual, como es bien patente, trae consigo la persuasión de que el derecho, además de normas, está constituido también por principios. En esto consiste, precisamente, una de las críticas que Ronald Dworkin dirige en contra de la teoría de Hervert Hart, la que, según tuvimos oportunidad de analizar en el capítulo II, sostiene que el derecho es una "unión de reglas primarias y secundarias". Dworkin dice no estar de acuerdo con esta afirmación no porque el derecho no esté formado por reglas, sino porque dicha afirmación sugiere que el derecho estaría formado *únicamente* de reglas, en circunstancias de que, además de las reglas, en el derecho existen estas otras pautas o criterios, llamados "principios", que sirven, lo mismo que las reglas, para evaluar jurídicamente el comportamiento de las personas y para justificar las decisiones que adoptan los tribunales cuando conocen casos concretos de la vida social.

Precisamente, en uno de sus ensayos Ronald Dworkin se pregunta si acaso el derecho es un sistema de reglas y su respuesta a esa pregunta es negativa, puesto que afirmar que el derecho es un sistema de reglas pasa por alto el importante papel que juegan en el derecho determinados patrones de conducta que no son reglas o que no funcionan como tales.

A esos patrones el autor los denomina "principios en sentido genérico", expresión con la que cubre dos tipos distintos de patrones: las "políticas" y los "principios en sentido estricto".

Una *política* es esa clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad. *Principio,* en el sentido estricto del término, es el patrón que debe ser observado no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. Así –y por dar el mismo ejemplo que propone Dworkin–, "el patrón de que los accidentes automovilísticos han de ser reducidos es una política y el patrón de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos es un principio".

Luego de fijar esa distinción, el autor se da a la tarea de establecer las diferencias entre los *principios* (en el sentido genérico del término) y las *reglas jurídicas.* De esto trataremos un poco más adelante.

En todo caso, lo que interesa destacar en la concepción que Dworkin tiene de los principios es que éstos son estándares esencialmente morales y que, al formar parte del derecho, ponen de relieve la estructura moral que tendría este último. Una postura similar a este respecto asume Robert Alexy, para quien la referencia a principios en el derecho es un instrumento de inmisión de la moral en el derecho.

Por lo mismo, una concepción semejante de los principios trae consigo efectos en varios campos de la teoría jurídica. En *primer lugar,* afecta al concepto mismo de derecho, en cuanto muestra que éste no se halla compuesto únicamente de normas. En *segundo término,* afecta el enfoque de las relaciones entre derecho y moral, puesto que, al considerar a los principios como estándares esencialmente morales y al afirmar acto seguido que ellos forman parte del derecho, lo que se pone de manifiesto, a fin de cuentas, es el carácter estructuralmente moral que poseería el propio derecho. En *tercer lugar,* tal concepción de los principios impacta en la manera como se entiende la función jurisdiccional, ya que se la considera como una actividad ligada no sólo a normas, sino también a otros estándares –los principios–, los cuales jugarían un papel importante no sólo en presencia de los casos difíciles que se presentan a conocimiento y fallo de los jueces. *Por último,* impacta también en el modo como se concibe la ciencia jurídica, puesto que, al hilo de la concepción de los principios que nos encontramos analizando, lo que

se espera de ella no es únicamente que identifique, interprete y relacione entre sí las normas de un determinado ordenamiento, facilitando así su aplicación a los casos correspondientes de la vida social, sino que, además, dé cuenta de los principios presentes también en dichos ordenamientos. En este último sentido, la ciencia jurídica utilizaría los principios con un doble propósito: sintetizar información relativa a un ordenamiento, puesto que los principios son enunciados que hacen posible una descripción abreviada o económica del derecho, de una rama de éste o de una institución jurídica determinada; y, por otro lado, advertir que el derecho es un conjunto ordenado, esto es, un conjunto dotado de sentido, y no una mera confluencia de pautas de comportamiento. Como dicen al respecto Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, esta doble capacidad de los principios, consistente en presentar de manera breve y a la vez ordenada un ordenamiento jurídico o una parte de éste, "no es ni más ni menos que lo que suele llamarse sistematización del derecho", la cual constituye "la función principal que, se supone, la de realizar la ciencia jurídica".

Más allá de lo dicho hasta ahora sobre los principios, conviene advertir que la palabra "principios" tiene varios usos en la literatura jurídica. A continuación vamos a indicar los más frecuentes:

a) principio como expresión adecuada para aislar rasgos importantes de un ordenamiento jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él. Por ejemplo, el principio de la separación de poderes, el principio de inexcusabilidad que impera a propósito de la función jurisdiccional, el principio de inamovilidad de los jueces;

b) principio como expresión para aludir a una norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy amplias. Por ejemplo, el principio, normativamente consagrado por nuestro Código Civil, de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes;

c) principio como expresión que se emplea para aludir a los valores superiores de un ordenamiento. Por ejemplo, los valores de libertad y de igualdad en la declaración del art. 1 de la Constitución;

d) principio en el sentido de norma programática que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, la declaración constitucional del Nº 18 del art. 19, a propósito del derecho a la seguridad social, en orden a que "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas";

e) principio como expresión apropiada para aludir a ciertas generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las normas de un ordenamiento. Por ejemplo, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa y el principio de que no hay responsabilidad penal por hechos ajenos;

f) principios como sinónimo de pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo. Por ejemplo, el principio de no discriminación por motivos raciales;

g) principio en el sentido de norma dirigida a los órganos jurisdiccionales y que regula un aspecto particularmente importante. Por ejemplo, el principio consagrado en el Nº 3 del art. 19 de la Constitución que dice 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; y

h) principio como sinónimo de máxima jurídica que de un modo a la vez económico y general ilustra sobre un tópico jurídico relevante. Por ejemplo, el principio de que la ley posterior deroga a la anterior.

En cuanto ahora a las principales clasificaciones de los principios, cabe mencionar las siguientes:

a) *políticas* y *principios* en sentido estricto, de acuerdo a la distinción que Dworkin hace sobre el particular;

b) principios dirigidos a guiar la conducta de los *sujetos normativos* en general y principios dirigidos a guiar el ejercicio de *poderes normativos* públicos vinculados a las producción y aplicación del derecho, en especial de los órganos jurisdiccionales;

c) principios *explícitos,* para aludir a aquellos formulados expresamente en un ordenamiento jurídico, y principios *implícitos,* para aludir a los que pueden ser fijados a partir de las normas de un ordenamiento; y

d) principios *inexpresos pero implícitos* y *principios totalmente inexpresos*, entendiendo por los primeros aquellos que pueden inducirse a partir de una o más normas del ordenamiento, y por los segundos aquellos que se procura deducir del sistema jurídico en su conjunto, de la naturaleza de la cosa, de la Constitución en sentido material, etc.

En cuanto a los principios explícitos e implícitos, hay que convenir en que los primeros no ofrecen mayores dificultades, puesto que tienen una base de sustentación clara en alguna disposición constitucional o legislativa, mientras que los segundos se relacionan con el procedimiento de analogía que estudiaremos en el capítulo V.

En cuanto a los principios totalmente inexpresos, y en la medida que se obtienen no a partir de disposiciones normativas del ordenamiento, sino de doctrinas morales o políticas que se supone subyacen e informan al ordenamiento, constituyen lo que también se denomina "principios extrasistemáticos". La idea que Dworkin tiene de los principios se relaciona precisamente con esta concepción, aunque no faltan autores que los califican de "normas apócrifas", esto es, normas que son el fruto de una actividad creadora, a las que se presenta, sin embargo, como si fueran obra del legislador.

Las obras de Dworkin y Carrió acerca de los principios, pero también las contribuciones al tema de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Luis Prieto, Robert Alexy y Alfonso García Figueroa, son de gran utilidad para establecer tanto los significados como las clasificaciones de los principios. La obra de esos mismos autores nos permitirá ahora trazar las relaciones y diferencias entre principios y normas, establecida ya que ambos tipos de estándares están presentes en todo ordenamiento jurídico.

Principios jurídicos y normas jurídicas.– Dworkin postula que la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas es lógica. Ambos patrones tienen en común que apuntan a decisiones particulares sobre la obligación jurídica en circunstancias también particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que señalan a quienes deben tomar esas decisiones.

De partida, las reglas jurídicas –dice Dworkin– son aplicables a la manera "todo o nada", con lo cual quiere decir que si se dan los hechos estipulados por una regla, puedan seguirse dos situaciones: o bien la regla es válida, en cuyo caso no queda más que aceptar la solución anticipada por la norma, o bien no es válida y en nada puede ella contribuir a la decisión. Tal es lo que acontece, por ejemplo, con la regla que estableciera que para que valga un testamento tiene que ser firmado por tres testigos, puesto que "si la exigencia de tres testigos es una regla jurídica válida, entonces no puede ser que un testamento sea firmado por sólo dos testigos y sea válido".

Los principios, sin embargo, no operan de ese modo, puesto que ni aun aquellos que presentan mayor semejanza con las reglas establecen consecuencias que se sigan automáticamente cuando se dan ciertas condiciones.

En una línea de pensamiento similar, Robert Alexy considera a los principios como *mandatos de optimización*, con lo cual quiere decir que los principios ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, de donde se sigue que pueden ser cumplidos en diversos grados. En cambio, las reglas exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Por lo mismo, en caso de conflicto entre dos principios jurídicos de un mismo ordenamiento "se impone un ejercicio de ponderación referido al caso concreto que no lesiona la existencia simultánea en el mismo ordenamiento de tales principios, mientras que un conflicto entre reglas, si es real, parece que ha de resolverse con la pérdida de validez de una de ellas". En otros términos, "los principios pueden hallarse en una tensión superable sin afectar a su reconocimiento jurídico, pero las normas sólo pueden aparecer en una *contradicción* que hace de ellas elementos incompatibles". Como dice Alexander Peczenik, citado por Luis Prieto, a quien pertenecen la expresiones antes citadas, "si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades: obedecer la regla en cuestión o no obedecerla. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor".

Retomando las expresiones de Dworkin, los principios, a diferencia de las reglas, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente. De este modo, en el derecho norteamericano puede darse por establecido el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos, aun-

que con esto no se quiere decir que el derecho nunca permita que alguien se beneficie de los actos ilícitos en que incurra. Así lo demuestran, por ejemplo, los ejemplos siguientes: el de la prescripción adquisitiva, en virtud del cual un sujeto que pasa regularmente por la propiedad de otro puede adquirir el derecho a hacerlo, reclamando a partir de ese hecho la correspondiente servidumbre de tránsito; lo mismo, si una persona abandona su empleo para tomar otro mejor remunerado, infringiendo así los términos de su contrato de trabajo, quizás tenga que indemnizar a su primer empleador, pero tiene derecho a conservar su nuevo empleo y su nueva remuneración; también, si un sujeto, sin acatar los términos de su libertad bajo fianza, se desplaza a otro estado para hacer una muy buena inversión, puede ser regresado a prisión, pero retendrá las ganancias de su inversión.

Otra diferencia entre reglas y principios consiste en que éstas tienen una dimensión de la que las primeras carecen: la dimensión de "peso o importancia". Esto quiere decir que en caso de oposición entre dos principios, quien está llamado a resolver el conflicto tiene que optar entre uno y otro principio tomando en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Las reglas, en cambio, carecen de esta dimensión, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto la decisión sobre cuál de ellas es válida no podrá ser adoptada fijándose en la mayor o menor importancia de las normas, sino que tendrá que serlo apelando a consideraciones que van más allá de las normas; por ejemplo, a la jerarquía de la autoridad que las dictó, al orden cronológico en que las normas se hubieran incorporado al ordenamiento, al carácter general o especial que pueda adjudicárseles al contrastar una con otra, etc.

El punto de vista de Dworkin, previamente expuesto, apunta a ofrecer una separación *fuerte* entre principios y reglas. Aquellos y éstos son considerados como *normas,* esto es, como estándares jurídicos que regulan comportamientos e influyen en la decisión de los casos concretos, pero entre unos y otras existe una diferencia exhaustiva que Alexy expresa muy bien de la siguiente manera: "toda norma es o bien una regla o un principio".

Por otra parte, existen partidarios de una separación *débil* entre principios y reglas. Estos sostienen que existen diferencias

entre aquellos y éstos, pero de carácter meramente gradual, que son las que se ponen de manifiesto cuando se dice, por ejemplo, que los principios son más fundamentales que las normas, o que son más generales que éstas, o que son más vagos e indeterminados, o que tienen mayor jerarquía que las normas. Por lo mismo, como cree Luis Prieto, "no es posible mantener una distinción lógica o cualitativa entre reglas y principios, sino tan solo una distinción relativa y por lo demás insegura".

Por último, no faltan quienes asimilan derechamente los principios a las normas y consideran a aquellos sólo como las normas fundamentales o generalísimas del ordenamiento, o sea, como las normas más generales, como es el caso de Bobbio, para quien si los principios se obtienen a partir de las normas mediante un proceso de generalización del propio material normativo del ordenamiento, y si, además, los principios tienen por finalidad la misma que se atribuye a las normas, a saber, resolver conflictos, entonces los llamados principios no son algo sustancialmente distinto de las normas que componen el ordenamiento.

En síntesis, para los que se inclinan por una separación *fuerte* entre principios y reglas, aquellos y éstos son dos tipos de estándares, y, en tal sentido, dos tipos de normas, porque ambos guían comportamientos y sirven para justificar decisiones de casos, si bien se trata de componentes del derecho que tienen entre sí diferencias cualitativas importantes, tales como las que Dworkin y Alexy procuran poner de manifiesto. Es por esta razón que en el marco de ideas de esos dos autores lo que se contrapone es *reglas* a *principios,* y no *normas* a principios, puesto que reglas y principios, tal como son caracterizados por tales autores, constituyen dos especies de normas, en cuanto unas y otros expresan guías del comportamiento humano. Para quienes se inclinan por una distinción *débil* entre principios y normas, lo que habría en el derecho son únicamente normas, y aquello que se designa con la palabra "principios" no serían más que las normas más fundamentales y generales del ordenamiento jurídico. En fin, para quienes niegan la distinción entre principios y normas, aquellos, en cuanto se obtienen a partir del manejo que se hace de las propias normas, no son otra cosa que enunciados lingüísticos que en nada se diferencian de las normas que les sirven de sustento.

Con todo, la frontera que separa a la distinción fuerte de la distinción débil entre principios y normas es mucho más pronunciada que la que separa a esta última de la posición de quienes niegan sencillamente toda distinción. Con esto se quiere decir que quienes niegan la distinción tendrían menos problemas en aceptar pasarse del lado de los que postulan una distinción débil que los que tendrían estos últimos para pasarse del lado de quienes ofrecen una distinción fuerte. En otras palabras: es más fácil que alguien que crea que el derecho está compuesto únicamente de normas acepte llamar principios a aquellas normas que tienen la propiedad de ser más fundamentales y generales, a la vez que más dúctiles e indeterminadas que las restantes, que el que propicia una distinción débil basada sólo en cuestiones de gradualidad acepte que los principios son algo cualitativamente distinto de las normas que forman un ordenamiento.

Las funciones de los principios.– En primer lugar, los principios cumplen una función *explicativa* del ordenamiento jurídico, o de una parte de éste, en cuanto se nos presentan como una técnica descriptiva del ordenamiento, o de un sector o rama de éste, que en forma abreviada o económica proporcionan información jurídica relevante. Al cumplir esta función, los principios aparecen en el lenguaje de los juristas, quienes, luego de examinar el lenguaje del legislador, ponen de manifiesto las normas fundamentales que presiden el ordenamiento en su conjunto, o un sector de éste, o ciertos criterios que están presupuestos en la multiplicidad de las normas de ese ordenamiento o sector.

Como parte también de su función explicativa, los principios permitirían que los juristas lleven a cabo una reconstrucción y exposición sistemática, esto es ordenada, del material normativo con el que trabajan.

En segundo lugar, los principios cumplen una función *normativa,* no en cuanto a que sean lo mismo que las normas, sino en cuanto colaboran a la aplicación y producción de normas por parte de los órganos jurídicos correspondientes, que es lo que acontece cuando se los emplea para interpretar normas, para integrar el derecho legislado en ausencia de normas, o para orientar la actividad del legislador y de otros operadores jurídicos cuando éstos deben decidir acerca del contenido que darán a las normas que están autorizados a producir.

En otras palabras: los principios, lo mismo que las normas, juegan un papel en el razonamiento que llevan a cabo y en la argumentación subsiguiente que ofrecen en favor de sus decisiones normativas quienes, en calidad de jueces, de legisladores o de autoridades del gobierno o la administración, están llamados a la doble tarea de aplicar y producir derecho.

Mirados los principios desde ese punto de vista, puede decirse que ellos tienen una *desventaja* y a la vez una *ventaja* respecto de las normas. Esto quiere decir que vistos los principios desde cierta perspectiva, su contribución a la argumentación jurídica es más modesta, aunque vistos desde otra perspectiva su contribución resulta más importante.

Como dicen Atienza y Ruiz Manero, los principios son *menos* que las normas, porque no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Esto quiere decir que si se dispone de una norma respecto de un caso, ello evita por lo general tener que entrar en un proceso de ponderación de razones a favor o en contra de una determinada decisión. En cambio, los principios exigen siempre ese proceso de ponderación, porque, al menos en un comienzo, aparecen dotados de menos fuerza que las normas para orientar con facilidad una determinada decisión. Sin embargo, los principios son *más* que las normas en cuanto pueden entrar en juego, por su misma generalidad, en un mayor número de situaciones. Esto quiere decir, por su parte, que los principios tienen una mayor fuerza expansiva que las normas.

Una tercera función de los principios es la de *legitimar* y *controlar el poder* de las distintas autoridades normativas. Como razona Aulis Aarnio, en las culturas occidentales decae la fe en las autoridades, lo cual trae consigo mayores demandas del público no sólo en orden a limitar el poder de éstas, sino a exigirles también una mejor y más completa justificación de las decisiones que adoptan. Pues bien: a ello colaboran tanto la teoría como la práctica de los principios jurídicos, los cuales, cuando se trata de legitimar y de controlar el poder, tienden cada vez más a ser formulados de manera explícita en las declaraciones de derechos que es posible encontrar en las constituciones de los estados democráticos.

Los principios en el ordenamiento jurídico nacional.– El estatuto acordado a los principios en el ordenamiento jurídico es más

modesto en el derecho civil y más relevante en el caso del derecho procesal.

En cuanto al derecho civil, el art. 24 del Código respectivo autoriza valerse de los principios sólo para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de la legislación, y, todavía, únicamente cuando en la interpretación de una ley no se ha tenido éxito con la utilización de las reglas de interpretación que se encuentran establecidas en las cinco disposiciones previas al art. 24.

En efecto, el mencionado art. 24, tanto respecto de los principios como de la equidad, es *restrictivo* al menos en *tres* sentidos. Es restrictivo, en primer lugar, porque autoriza recurrir a los principios "en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes"; es restrictivo, además, porque conforme a los principios sólo es posible "interpretar los pasajes oscuros o contradictorios", mas no integrar la ley ni menos evitar consecuencias notoriamente injustas que puedan seguirse de su aplicación a un caso dado; y es restrictivo, en fin, porque al mencionar a los principios no lo hace bajo esa denominación, como tampoco bajo la de *principios jurídicos* o *principios generales del derecho,* sino bajo la de "espíritu general de la legislación", con lo cual opta por acotar los principios únicamente a aquellos que informan el derecho positivo chileno vigente.

Aun más restrictivo resulta el art. 24, en el tercero de los sentidos antes explicados, si se entiende que con su referencia al "espíritu general de la legislación" ni siquiera alude propiamente a los principios generales del derecho, sino a una cierta razón o finalidad objetiva de la legislación apreciada en su conjunto. De acuerdo a esta interpretación de la señalada expresión del art. 24, que es la que postula Alejandro Guzmán Brito, así como cada ley en particular tiene una *ratio* o finalidad objetiva, la legislación, vista en general, tendría asimismo algo semejante. De este modo, sostiene el autor, si el *espíritu específico* de la ley singular que se trata de interpretar no pudo servir para descubrir su verdadero sentido, según lo dispuesto en el inciso 2 del art. 19, el intérprete tiene que desplazarse al nivel general de la legislación en su conjunto y tratar de descubrir el *espíritu general* de ésta.

En cambio, nuestra legislación procesal autoriza recurrir a los principios para integrar la ley, según aparece, implícitamente, del principio de inexcusabilidad que se consagra en esa misma legislación e, incluso, en la propia normativa constitucional.

A mayor abundamiento, el art. 175 del Código de Procedimiento Civil, al establecer los requisitos de las sentencias definitivas que dictan los jueces, establece que ellas deben contener la enunciación de las leyes conforme a las cuales se pronuncia el fallo o, en su defecto, los "principios de equidad" con arreglo al cual se ha fallado.

La norma antes aludida mejora ciertamente la situación de los principios generales del derecho, puesto que a la función *interpretativa* que les asigna el Código Civil suma una función *integrativa,* aunque al emplear la expresión "principios de equidad" no se sabe bien si se está refiriendo a los principios generales del derecho, a la equidad o a ambos. Con todo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha impuesto una interpretación amplia de dicha expresión, entendiendo que ella cubre tanto a los principios generales como a la equidad.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 58.966
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta cuarta edición
de 500 ejemplares en el mes de julio de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-0189-6

CARLOS DUCCI CLARO

Profesor titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Profesor de Derecho Civil
Universidad Gabriela Mistral

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO CIVIL

TEORIA DE LA LEY

SUJETOS DEL DERECHO

OBJETOS DEL DERECHO

LA RELACION JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

TEORIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

TEORIA DE LA PRUEBA

CUARTA EDICION

NOTA A LA CUARTA EDICION

Esta edición ha sido puesta al día de acuerdo con la legislación vigente en diciembre de 1994.

A su texto se han incorporado las nuevas normas dictadas a esa fecha sin interferir en la redacción original del autor, y eliminado las referencias a disposiciones derogadas, manteniendo fielmente el espíritu de la obra.

EL EDITOR

EFECTOS DE LA LEY

– Aspectos a considerar

54. La aplicación de la ley debe analizarse desde el punto de vista de en qué época se aplica, en qué territorio, a cuáles personas; esto es lo que denominamos efectos de la ley.

Si examinamos la época de aplicación de la ley estaremos estudiando los efectos de la ley en cuanto al tiempo; por otra parte, si el análisis se refiere al espacio físico de su aplicación, hablaremos de los efectos de la ley en cuanto al territorio; por último, al determinar a quiénes se aplica estaremos señalando los efectos de la ley en cuanto a las personas.

Si la concordancia de la estructuración de la ley con los procesos que determinan su formación da validez a la ley, el análisis de sus efectos nos permite precisar el ámbito de su vigencia.

EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

– Promulgación y derogación

55. En la forma más simple podría decirse que la ley se aplica desde el día en que empieza a regir hasta aquel en que cesa su vigencia. Fuera de que es necesario determinar cuáles son estas fechas, es indispensable analizar otros problemas que se relacionan con la vigencia temporal de la ley.

La ley rige desde su promulgación y publicación. Ellas están reglamentadas en los arts. 6º, 7º y 8º del Código Civil y en el D.L. Nº 991.

La promulgación tiene por objeto dar existencia a la ley y fijar su texto; la publicación tiende a dar a conocer la ley.

La promulgación se efectúa mediante la dictación del Decreto promulgatorio y corresponde al Presidente de la República. Además existe el registro que se efectúa en la Contraloría General de la República.

La publicación se realiza mediante la inserción de la ley en el Diario Oficial. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 7º del Código Civil "para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial".

"Sin embargo, agrega el inciso 3º, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia".

La ley puede señalar expresamente que entrará en vigencia en una fecha distinta a la de su publicación. Puede suceder así que la ley tenga efecto diferido y que exista un período entre su publicación y su vigencia en que no se aplica; es lo que se denomina una vacancia legal.

Podría también la ley señalar una fecha de aplicación anterior a su vigencia, a su publicación, esto es lo que se denomina retroactividad de la ley. La retroactividad es una situación excepcional; su posibilidad y limitaciones las analizaremos más adelante.

56. La vigencia de la ley dura hasta su derogación.

La derogación es la supresión de la fuerza obligatoria de una disposición legal, ya sea por su reemplazo por otra o por su simple eliminación.

La derogación de la ley corresponde al legislador. Quien tiene la facultad para dictar las leyes tiene también la facultad de dejarlas sin efecto, no así los otros poderes del Estado.[14]

Los particulares no tienen facultad para derogar las leyes. Incluso la no aplicación de una ley por todo el cuerpo social y durante un largo tiempo, el desuso de la ley, no implican su derogación.

La única facultad de los particulares es renunciar a los derechos que las leyes les confieren y siempre que este derecho mire sólo a su interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

Aunque la ley es por lo normal permanente, el legislador puede dictar leyes temporales, por un tiempo determinado. En tal caso la época de cesación de eficacia de la ley (su derogación) está predeterminada en la propia ley; su vigencia será la que se ha determinado en la ley misma y no será necesario, para que ella cese, un acto derogatorio especial.

[14] R. D. J., t. 80, s. 5, p. 165.

57. De acuerdo con el art. 52 del Código Civil la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice taxativamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Para que exista derogación expresa es necesario que la nueva ley diga que deroga tal ley, o el artículo tal de tal ley, o el inciso, frase o palabra de tal artículo de tal ley. La frase corriente en muchas leyes: "Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley" no constituye una derogación expresa, sino solamente la innecesaria consignación por escrito de la derogación tácita. Para que exista derogación expresa es necesario que la ley o precepto derogado se individualice e indique.

58. La derogación tácita consiste en la incompatibilidad del precepto nuevo con el precepto antiguo.[15]

Esta incompatibilidad debe ser absoluta. En efecto, el artículo 53 del Código Civil dice que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque verse sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. Lo anterior determina la dificultad de establecer a veces si ha existido derogación tácita, porque para ello debe existir incompatibilidad entre preceptos cuyos presupuestos coinciden, es decir, es necesario determinar si existe contradicción entre ellos y no una simple discrepancia.

El problema es más agudo si consideramos el abuso en nuestra actividad legislativa de la derogación tácita. La intensa evolución política, económica y social introduce nuevas reformas o estatutos legales o reglamentarios que se superponen a la legislación existente que no es reemplazada francamente por medio de la derogación expresa, sino por la vía de la derogación tácita.

Por otra parte, la primacía de la norma legal especial sobre la general, que establecen los arts. 4º y 13 del Código Civil en concordancia con lo dispuesto en el art. 53 respecto a la derogación tácita, implica que la ley general posterior no deroga tácitamente la ley especial que verse sobre la misma materia. Las disposiciones especiales o excepcionales deben ser derogadas expresamente por la ley general posterior.[16]

[15] R. D. J., t. 80, s. 5, p. 57, cons. 11º.
[16] R. D. J., t. 78, s. 3, p. 35.; t. 81, s. 2, p. 27.

59. La doctrina considera también la derogación orgánica de las leyes. Ella se produce cuando una nueva ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley.

Si, en tal caso, no hay derogación expresa ni tácita de ciertas disposiciones antiguas, resulta absurdo que éstas continúen vigentes bajo la nueva legislación. Puede que el legislador se inspire en principios distintos al dictar el nuevo ordenamiento legal, que cree un sistema totalmente diferente; las disposiciones antiguas que quedarían vigentes podrían ser totalmente heterogéneas a la nueva ley.[17]

En el Derecho italiano el art. 15 de las Disposiciones sobre las leyes en general que preceden al Código Civil, después de señalar las derogaciones expresa y tácita, se refiere a la orgánica que se produce "porque la nueva ley regula toda la materia ya regulada por una ley anterior".

Nuestra Corte Suprema ha aceptado la derogación orgánica en ciertas ocasiones. En una sentencia dictaminó que la ley de municipalidades de 1891 había derogado totalmente la de 1887, respecto de la cual no existía derogación expresa. En otra sentencia resolvió que el Decreto-Ley Nº 790, sobre nombramiento y remoción de los empleados municipales, había derogado el Decreto-Ley Nº 498, pues se trataba de un nuevo cuerpo de leyes, de carácter general como el anterior, dictado sobre la misma materia, reglamentada también en su totalidad. Por último, en una sentencia de 4 de octubre de 1938, en que analiza la derogación de las leyes, acepta la existencia de la derogación orgánica, que considera una forma de la derogación tácita, que se va diversificando con el progreso de las instituciones, pero exige que la nueva ley reglamente toda la materia de que se ocupaba la ley anterior.

60. Conviene recalcar que una vez derogado el precepto legal, no revive posteriormente sino por un acto de legislación.

Si la ley derogatoria es a su vez derogada, el precepto primitivo derogado por la ley derogatoria no revive.

Para que en este caso recobrara vigencia el precepto primitivo se necesitaría que la ley que deroga la ley derogatoria lo dijera expresamente, pero ello implicaría que se ha dictado una nueva ley sobre la materia.

[17] R. D. J., t. 80, s. 2, p. 102.

61. Pero existen causas que una ley puede contener en sí misma y que determinen el término de su vigencia; son las que se denominan causas intrínsecas de cesación de eficacia de la ley. Ellas son distintas de la derogación, que es una causa extrínseca de tal cesación.

Nos hemos referido anteriormente a las leyes temporales; ellas dejan de tener eficacia cuando se cumple el plazo de duración de su vigencia que contemplaba la propia ley.

Entre las causas tenemos también la realización del fin que se proponía la ley. Así, una ley que autoriza una expropiación por causa de utilidad pública, una vez realizada la expropiación pierde su vigencia, pues ya se realizó el fin para el cual fue dictada.

No sólo el plazo sino también la condición puede ser causa intrínseca de cesación de eficacia de la ley. Su vigencia puede ser limitada a la existencia de cierta condición. Se señala el ejemplo de una ley dictada para un estado de guerra que durará sólo hasta el término de ella.

Por último, se ha señalado también dentro de estas causas el desaparecimiento de la institución jurídica que servía de base a determinadas leyes. Así, si se elimina el régimen de sociedad conyugal, todos los preceptos que la reglamentan o se basan en ella perderán su eficacia.

– Retroactividad de la ley

62. Lo normal es que la ley rige desde su promulgación y, por lo tanto, que sólo afecte a los actos o situaciones que acaezcan o se realicen con posterioridad a su publicación. Si excepcionalmente afecta a actos acaecidos con anterioridad, decimos que la ley está actuando con efecto retroactivo.

El artículo 9º del Código Civil en su inciso 1º expresa: "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo". Este precepto no se aplica solamente a las leyes civiles sino a la legislación toda. Por lo tanto, es un principio general de nuestro derecho la irretroactividad de la ley.

Pero la disposición citada es un simple precepto legal y no constitucional. Por lo tanto no alcanza a obligar al legislador mismo. Si el legislador puede derogar una ley puede dictar también leyes retroactivas.[18]

[18] R. D. J., t. 81, s. 2, p. 150. Cons. 10.

Como una ley de tal naturaleza contraría el principio general y afecta la seguridad jurídica, constituye un acto excepcional cuyo carácter, en consecuencia, no puede ser inferido, sino que tiene que estar expresamente manifestado en el texto legal. La retroactividad, en consecuencia, debe ser expresa. Además su carácter de excepción impone para tales preceptos una interpretación y aplicación restrictivas; son, usando una expresión consagrada, de derecho estricto.

Si el legislador puede dictar leyes retroactivas porque la disposición del Código Civil no lo obliga, tiene no obstante limitaciones al efecto de carácter constitucional.

Estas limitaciones existen tanto en materia penal como en materia civil.

En materia penal el Nº 3º del artículo 19 de la Constitución señala que nadie puede ser juzgado sino por un Tribunal establecido con anterioridad y 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".

Es decir, en materia penal, la ley no puede ser retroactiva por disposición constitucional cuando es desfavorable al inculpado. En cambio, la ley favorable es siempre retroactiva y, de acuerdo a lo establecido en el art. 18 del Código Penal, no sólo beneficia al reo en proceso, sino también al condenado.

Las limitaciones a la retroactividad en materia civil nacen del respeto que debe el legislador a las garantías que establece la Constitución y en especial la garantía del derecho de propiedad contenida en el Nº 24 del artículo 19 de la Constitución. Al establecer dicha disposición que, salvo el caso de utilidad pública, nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, se consigna, como lo dicen varias sentencias, en forma indirecta la irretroactividad de la ley civil.

Debemos apreciar además que esta protección no sólo se refiere al dominio de cosas corporales, porque, como ya lo anticipaba el Código Civil, el precepto citado establece que el derecho de propiedad se ejerce sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales; por lo tanto, la garantía se extiende a todos los derechos.

Fuera de estas limitaciones constitucionales el legislador puede dictar leyes retroactivas. El principio de la irretroactividad de las leyes y el carácter excepcional de la retroactividad se imponen en cambio al juez, quien debe darles obligadamente primacía en la interpretación y aplicación de la ley.

– Leyes interpretativas

63. Merecen un análisis especial las leyes interpretativas. Leyes interpretativas son aquellas que aclaran el sentido de otras leyes.

El concepto de ley interpretativa se opone al de ley modificatoria. La ley modificatoria deroga y reemplaza la ley modificada. La ley interpretativa no; ella y la ley interpretada constituyen dos leyes coexistentes en torno al mismo objeto.

El carácter interpretativo de una ley debe nacer de su propia naturaleza. No será necesario que establezca expresamente su carácter interpretativo si él resulta de su propio contenido. Por el contrario, una declaración expresa de su carácter interpretativo no le dará tal naturaleza si en realidad se trata de una ley modificatoria.

El inciso 2º del artículo 9º del Código Civil dispone que "...las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio". Lo anterior implica que la ley interpretativa es siempre y necesariamente retroactiva, ya que se entiende incorporada a la ley anterior interpretada.

El carácter retroactivo de las leyes interpretativas tiene dos órdenes de limitaciones. En primer término tendrá las limitaciones generales de carácter constitucional que hemos señalado al referirnos a las leyes retroactivas. En segundo lugar tiene la limitación que señala el artículo 9º del Código Civil, y es la de que ellas no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

De ello resulta que si el juez ha interpretado algún precepto legal en un sentido determinado en una sentencia que se encuentra ejecutoriada, dicha interpretación se mantiene no obstante que el legislador interprete posteriormente el precepto de una manera diversa.

Aunque la interpretación del legislador tiene una obligatoriedad general, ella no llega a alterar la interpretación judicial ya realizada. Esta disposición señala que, en el caso particular sometido a su decisión, el juez es la autoridad definitiva para fijar el derecho.

– Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes

64. No obstante que una ley no tenga carácter retroactivo es indudable que, posiblemente al crear nuevos estatutos jurídicos y

necesariamente al modificar la legislación, va a entrar a regir una situación que estaba ya regulada por un régimen legal anterior.

La nueva ley se encuentra con situaciones constituidas, con derechos adquiridos, con expectativas desarrolladas en un sistema legal que se deroga y que ella pasa a regular en forma distinta; de ello surgen conflictos que es necesario solucionar.

La realidad vital no nace y muere con una legislación. Nacida bajo un estatuto legal continúa existiendo aunque este estatuto sea modificado o reemplazado; debe, en consecuencia, estudiarse su situación frente al nuevo régimen legal y resolver los problemas a que da lugar el cambio de legislación.

La primera solución la constituyen las disposiciones transitorias de las leyes. Son disposiciones que, por lo general, están destinadas precisamente a solucionar dichos problemas.[19]

Cuando no existen disposiciones transitorias que resuelvan los problemas derivados del cambio de legislación, se debe recurrir entre nosotros a la ley de 7 de octubre de 1861, denominada Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Esta denominación es engañosa. Cuando una ley es retroactiva debe aplicarse como tal y no existe un conflicto que resolver. El problema se produce precisamente cuando cambia la legislación y la nueva ley no es o no puede ser retroactiva. Es necesario determinar aquí hasta dónde llega el ámbito de la ley antigua y hasta qué punto las situaciones que ella regulaba deben adaptarse y desaparecer o ser modificadas por la nueva legislación.

La ley está basada principalmente en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas.

Esta teoría considera que la ley no puede vulnerar derechos adquiridos en virtud de la ley anterior y sólo puede afectar a las meras facultades legales o a las simples expectativas.

Por derecho adquirido se entiende el derecho que por un hecho o acto del hombre o por ministerio de la ley se ha incorporado al patrimonio, o bien, la facultad legalmente ejercida. Una mera expectativa es el derecho no incorporado al patrimonio o la facultad no ejercida legalmente.[20]

65. La Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece en su artículo 1º que su fin es decidir los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas. Se inspira,

[19] R. D. J., t. 82, s. 1, p. 43.
[20] R. D. J., t. 77, s. 3, p. 17; t. 81, s. 2, p. 68.

en general, en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas; su artículo 7º dice expresamente: "Las meras expectativas no forman derecho".

Trataremos de agrupar las diversas materias a que ella se refiere en cierta categorías principales.

a) *Estado civil.* Se refieren a él los arts. 2º a 7º de la ley.

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad y que depende principalmente de sus relaciones de familia.

El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsiste aunque ésta pierda después su fuerza.

Las leyes que establezcan para la adquisición del estado civil condiciones diferentes de las que antes existían se aplican desde que comienzan a regir.

Los derechos y obligaciones anexos al estado civil se subordinan a la ley posterior, sin perjuicio del pleno efecto de los actos ejecutados válidamente bajo el imperio de la ley anterior.

Las reglas que el art. 3º prescribe para el estado civil se aplican a la existencia y derechos de las personas jurídicas, conforme al art. 10º de la ley.

b) *Capacidad.* Se refieren a ella los arts. 7º inc. 2º y 8º de la ley.

La capacidad es la aptitud legal de una persona para la adquisición de los derechos civiles (capacidad de goce) o para el ejercicio de los mismos (capacidad de ejercicio).

Respecto a la capacidad de goce generalmente se acepta que ella es una mera expectativa y queda sujeta a la nueva legislación. Se cita al efecto el inc. 2º del art. 7º de la ley.

El art. 8º, en cambio, dispone que la capacidad de ejercicio, vigente en el momento de obtenerla, no se pierde aunque la nueva ley exija otras condiciones para ella.

El ejercicio y continuación de la capacidad se rigen por la ley posterior. Se argumenta que al subordinar la continuación de la capacidad a la ley posterior se está contraviniendo el principio sustentado en la misma disposición.

Una norma análoga señala para los guardadores el art. 9º que constituidos bajo una ley continúan ejerciendo sus cargos bajo una ley posterior, pero que quedan sometidos a esta última en cuanto a sus funciones, remuneración, incapacidad o excusas.

c) *Derechos reales.* Los contemplan los arts. 12, 15, 16 y 17 de la ley.

El derecho real adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad a ella subsiste bajo la ley posterior.

Sus goces, cargas y extensión se rigen por la nueva ley. Se hace el mismo argumento señalado en cuanto a que si la nueva ley rige la extensión del derecho, se atenta en realidad al derecho adquirido, que puede ser totalmente suprimido por la nueva legislación.

d) *Posesión.* Se refiere a ella el art. 13 de la ley.

La ley posterior rige tanto la retención como la pérdida o recuperación de la posesión. En realidad la posesión queda totalmente entregada a la nueva ley. Es lógico, ya que la posesión no constituye un derecho.

e) *Derechos condicionales.* Art. 14 de la ley.

El plazo para que se considere fallida una condición bajo la cual se ha definido un derecho es el de la ley antigua, a menos que excediere el establecido en la ley nueva a contar desde su vigencia.

f) *Sucesiones.* Arts. 19, 20 y 21 de la ley.

Las solemnidades o requisitos externos de los testamentos se rigen por la ley vigente a la época de su otorgamiento.

Las disposiciones testamentarias y, por lo tanto, las reglas que fijan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones, se rigen por la nueva ley.

Nada dice la ley respecto de los requisitos internos del testamento, como la capacidad y libre voluntad del testador. Algunos autores estiman que ellos deben regirse por la ley vigente a la apertura de la sucesión; otros, a la ley vigente al otorgarse el testamento; otros, en fin, que deben conformarse tanto a la ley vigente al otorgarse el testamento como a la apertura de la sucesión. La opinión hoy día más aceptada es que ellos se rigen por la ley vigente al tiempo de otorgarse el testamento.

En las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se rige por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura.

La adjudicación o partición de una herencia o legado se rige por la ley vigente al tiempo de su delación.

Debe hacerse presente que de acuerdo a los arts. 955 y 956 del Código Civil la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte y que en ese momento se defieren también las herencias o legados.

g) *Contratos.* Arts. 22 y 23 de la ley.

El art. 22 de la ley de efecto retroactivo establece el principio fundamental de que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Por lo tanto, es la ley antigua la que rige tanto los requisitos externos como los requisitos internos de los actos y contratos y aún más los efectos de dichos actos en el futuro.

Este principio, de enorme importancia en la vida del derecho, y que es de aplicación prácticamente universal, plantea en reali-

dad no un problema de retroactividad de la ley, sino un problema de supervivencia de la ley.

El art. 22 habla sólo de los contratos; en cambio el art. 23 habla de los actos y contratos. La omisión de la palabra actos en el art. 22 se debe a un error en la tramitación de la ley, pero, en todo caso, la disposición debe entenderse que se aplica a todos los actos jurídicos y no sólo a los contratos.

El mismo art. 22 señala dos excepciones a la regla que considera incorporadas al acto las leyes vigentes al tiempo de su celebración. La primera consiste en las leyes concernientes a reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y la segunda a las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado.

De acuerdo con el art. 23 los actos o contratos podrán probarse con los medios de prueba que establecía la ley vigente al celebrarlos, pero que la forma de rendir la prueba se regulará por la ley vigente al tiempo de rendirla.

h) *Procedimiento judicial.* Arts. 22 Nº 1º y 24 de la ley.

Las leyes procesales rigen *in actum.* No obstante esta disposición general, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.[21]

i) *Prescripción.* Arts. 25 y 26 de la ley.

Existen la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo y con los demás requisitos legales.

La prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto espacio de tiempo y con los demás requisitos legales.

El art. 25 de la ley da al prescribiente, ya sea en la prescripción adquisitiva o extintiva, la opción de escoger entre el plazo de la ley antigua o el de la ley nueva, pero si escoge el de la ley nueva no se comienza a contar el plazo sino desde que ésta haya empezado a regir.

El art. 26 dispone que si una ley declara algo imprescriptible no puede adquirirse por prescripción adquisitiva bajo su vigencia, sin importar para ello cuánto tiempo de posesión llevara antes el prescribiente.[22]

[21] R. D. J., t. 79, s. 4, p. 165.
[22] R. D. J., t. 68, s. 1, p. 290.

66. Ya hemos señalado que el artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece una situación de supervivencia de la ley. Esta, no obstante haber sido derogada, puede continuar rigiendo determinadas situaciones jurídicas.

El inciso 1º del artículo 22 de la ley, con las excepciones que él mismo señala, dispone: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". Ya hemos analizado el problema de si esta disposición se refiere exclusivamente a los contratos o se aplica a todos los actos jurídicos.

Respecto a los contratos debe anticiparse que el artículo 1546 del Código Civil dispone que "...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". Al fijar este precepto el contenido de los contratos incluye en él, además de las estipulaciones de las partes, las cosas que le han sido asignadas por la ley. Esta disposición se ha entendido corrientemente que se refiere sólo a los contratos nominados en cuanto ellos contienen una reglamentación supletoria de la voluntad de las partes y que establece la ley.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes no hace distinciones; dispone que se incorpora al contenido de todos los contratos, nominados o innominados, la ley vigente al tiempo de su celebración.

De esta manera la ley normativa pasa a formar parte de lo que se ha llamado "la ley del contrato" de acuerdo con los términos del artículo 1545 del Código Civil. Podrá derogarse el precepto legal, pero éste, sin embargo, continuará subsistiendo como norma del contrato celebrado durante su vigencia.[23]

Esta subsistencia temporal no es de carácter general, pero afecta sí a las partes ligadas por el vínculo contractual. Se impone también al juez, quien, al interpretar o aplicar el contrato, deberá considerar la normativa legal, actualmente derogada, pero vigente al tiempo de su celebración.

Efectos de la ley en cuanto a las personas

67. El artículo 14 del Código Civil dispone que "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros".

[23] R. D. J., t. 79, s. 5, p. 176.

Es decir, toda persona que habite el territorio chileno, cualquiera que sea su nacionalidad, está sujeta a la ley chilena.

Esta disposición puede relacionarse con el domicilio político a que se refiere el artículo 60 del Código Civil, que dice que es el "...relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero". Todo el que habite en el país tiene domicilio político en Chile, de acuerdo al artículo 60, y está sometido a la ley chilena, de acuerdo al artículo 14.

Las excepciones a este principio, reconocidas por el derecho internacional y relativas a la persona de un Soberano extranjero, de los Agentes Diplomáticos y de las naves de guerra o tropas extranjeras en tránsito, están analizadas en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 24 de septiembre de 1926 (R. D. J., t. 25, s. 2ª, pág. 49).

Naturalmente el que la ley sea obligatoria para todos los habitantes no significa que en todo momento deban cumplir todos con todas las leyes. La ley será potencialmente obligatoria para todos, pero sólo obligará efectivamente a los que se encuentren en las circunstancias determinadas por la ley.

El concepto de chileno o extranjero lo establece el artículo 56 del Código Civil al decir que: "Son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*".

Pero al mismo tiempo que el Código somete a los chilenos y a los extranjeros a la ley chilena, iguala o asimila a los extranjeros en materia de derechos civiles. El artículo 57 del Código Civil dispone. "La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código".

Esta asimilación o igualdad del extranjero frente a la legislación civil tiene algunas excepciones. El propio Código Civil prohíbe a los extranjeros transeúntes pescar en el mar territorial (art. 611), ser testigos en un testamento solemne (art. 1012), ser tutores o curadores (art. 497), ser albaceas (art. 1272); la ley de Matrimonio Civil en su artículo 14 no les permite ser testigos de un matrimonio y la Ley de Registro Civil, en su artículo 16, ser testigos de una inscripción en el registro respectivo. La Ley Nº 7.492 restringió la capacidad de los extranjeros para adquirir propiedades en ciertas provincias limítrofes.

Efectos de la ley en cuanto al territorio

– Territorio

68. El territorio del Estado está delimitado por sus fronteras, pero la autoridad del Estado se extiende al mar territorial y en cierto sentido al espacio aéreo sobre el territorio.

El mar territorial es el mar adyacente a la costa de Chile hasta la distancia de 12 millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base (art. 593 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 22 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 221 de 1931 declara que el Estado ejercerá plena y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico existente sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales.

– Territorialidad de la ley

69. Se denomina territorialidad de la ley su aplicación dentro de los límites del territorio del Estado, extraterritorialidad su aplicación fuera de dichos límites.

El principio general en nuestro derecho es la territorialidad de la ley; la extraterritorialidad es excepcional.

La territorialidad de la ley está establecida en el artículo 14 e inciso 1º del artículo 16 del Código Civil. El primero dispone que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos extranjeros. El segundo, que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Por último, del art. 17 se desprende que la forma de los actos otorgados en el país se rige por la ley chilena. Aplicación de estos principios es el art. 975 del Código de Comercio que establece que el fletamento de naves extranjeras efectuado en puerto chileno está sujeto a las disposiciones de ese Código.

En esta materia debemos señalar los arts. 120 y 121 del Código Civil. El art. 121 citado dispone que "el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas". El art. 120 va aún más lejos, pues establece que: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyu-

ges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge". Cabe recalcar que estos preceptos se aplican a chilenos y extranjeros, de tal manera que un extranjero divorciado válidamente en su país no puede casarse en Chile mientras viva el otro cónyuge.

– Extraterritorialidad de la ley

A) Aplicación de la ley extranjera en Chile

70. De acuerdo con su inciso 2º el art. 16 del Código Civil da valor en Chile a las estipulaciones de los contratos otorgados válidamente en país extraño. Conforme con esta disposición la ley extranjera va a tener efecto en Chile, no sólo en cuanto ha regulado la validez del contrato otorgado en el extranjero, sino también por el principio de aplicación prácticamente universal que hemos estudiado y que se refiere a la "Ley del contrato", es decir, al hecho de entenderse incorporadas en él las leyes vigentes en el país y época de su celebración. Pero este último efecto está en gran parte limitado por el inciso 3º del mismo art. 16 que dispone que "...los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas". En otros términos, aunque se reconoce validez al contrato otorgado en el extranjero, los derechos y obligaciones emanados de él están sujetos a la ley chilena.

El art. 955 inciso 2º del Código Civil establece que la sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre. De manera que una sucesión se regirá por la ley extranjera si se ha abierto en el extranjero. Pero dicha disposición agrega "salvas las excepciones legales", de tal manera que los bienes situados en Chile y que forman parte del haber de la sucesión estarán sujetos a la ley chilena, y a este respecto el art. 998 del Código Civil dispone que en la sucesión de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

B) Aplicación de la ley chilena en el extranjero

71. El artículo 15 del Código Civil dispone:

"A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos".

Esta disposición es doblemente excepcional. En primer término, en cuanto a las personas a quienes afecta, ya que rige exclusivamente para los chilenos y no se aplica a los extranjeros. En segundo lugar, en cuanto a las leyes a que queda sujeto el chileno en el extranjero, porque no se refiere a todas las leyes, ni siquiera a todas las leyes personales, sino sólo a las que taxativamente enumera.

Dichas leyes son, en primer lugar, las que se refieren al estado de las personas. Es decir, la constitución, derechos y obligaciones inherentes al estado civil y la terminación del mismo respecto de un chileno se regirán, en general, por la ley chilena en todo lo que vaya a tener efectos en Chile. Lo anterior tiene una excepción en cuanto a los derechos obligaciones que de él emanan, pues de acuerdo con lo dispuesto en el Nº 2º del art. 15 del Código Civil la aplicación de la ley chilena en cuanto a las obligaciones y derechos derivados del estado civil sólo regirá respecto a los cónyuges y parientes chilenos y no respecto a los cónyuges y parientes extranjeros.

La Ley de Matrimonio Civil aplica estos principios en su art. 15. En efecto, el inciso 1º de esa disposición da absoluto valor en Chile al matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad a las leyes de dicho país, pero el inciso 2º agrega: "Sin embargo, si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile". Es decir, frente a la ley chilena el chileno queda sujeto a los impedimentos, prohibiciones para contraer matrimonio, aunque lo contraiga en el extranjero.

El art. 15 del Código Civil se refiere en segundo término a la capacidad de las personas. La capacidad del chileno en el extranjero queda sujeta a la ley chilena, pero sólo en cuanto vaya a ejecutar un acto que haya de tener efecto en Chile. Si los efectos del acto se producen también en el extranjero el chileno no tiene por qué ceñirse a las disposiciones chilenas que regulan su capacidad. Cabe repetir aquí que los efectos del acto serán las obligaciones y derechos que cree.

Podemos preguntarnos si la disposición se refiere sólo a los actos que se ejecuten precisamente para tener efecto en Chile, es

decir, los actos que necesariamente deban tener efecto en el país, o se refiere también a los actos que ocasionalmente puedan tener efecto en Chile. Nos inclinamos por el criterio de que sólo los actos que necesariamente deban tener efecto en Chile están cubiertos por el precepto. Ello por la expresión "que hayan" utilizada en el artículo; al mismo tiempo, porque no se puede exigir a las personas que anticipen situaciones eventuales imprevisibles de sus actos y, finalmente, porque se impone una interpretación restrictiva de una disposición doblemente excepcional.

– Leyes relativas a los actos

72. Para que se produzca un conflicto de legislación en materia de actos es necesario que el acto se celebre en un país y produzca efectos en otro. Para la ley chilena el problema es el relativo al acto celebrado en el extranjero y que produce efectos en Chile.

A este respecto debemos distinguir entre los requisitos externos o solemnidades del acto, sus requisitos internos y sus efectos. Al analizar estos tres aspectos repetiremos en parte algunos de los principios que ya hemos señalado.

– Requisitos externos

Los requisitos externos, de acuerdo con el principio *locus regit actum*, se rigen por la ley del país en que el acto se ha realizado. El art. 17 del Código Civil dice al respecto que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aclarando más adelante que la forma se refiere a las solemnidades externas. El mismo principio establecen el inc. 2º del art. 16 del Código Civil al dar valor en Chile a los contratos otorgados válidamente en país extraño; el art. 1027 del Código Civil, que da valor en Chile a los testamentos escritos otorgados en el extranjero si sus solemnidades se han conformado a la ley del país en que se otorgaron; y el art. 15 inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil que ya hemos citado, que da valor en Chile al matrimonio celebrado en el extranjero en conformidad a la ley del país en que se contrajo.

Se ha dicho que el art. 17 se refiere solamente a los instrumentos públicos, pero el principio *locus regit actum* se aplica también a los instrumentos privados por la disposición general del inciso 2º del art. 16.

La autenticidad del instrumento público otorgado en el extranjero, es decir, el hecho de haber sido otorgado realmente por las personas que aparecen suscribiéndolo y el hecho de que las solemnidades se hayan ajustado a las leyes del país en que se otorgó, se probará en Chile de acuerdo con las normas establecidas en el art. 345 del Código de Procedimiento Civil (art. 17 del Código Civil).

Cabe señalar que la regla *locus regit actum* no es obligatoria. Los chilenos pueden en el extranjero, si lo desean, sujetarse para realizar determinados actos a la ley chilena. En efecto, ciertos funcionarios diplomáticos y consulares chilenos tienen atribuciones para actuar como Ministros de Fe. Al realizar un acto de otorgar un instrumento en el extranjero ante tales funcionarios se simplifica enormemente la prueba de la autenticidad del mismo, ya que se evitan los largos y costosos trámites de legalización en el extranjero.

Puede señalarse como una excepción a lo preceptuado en el art. 17, el art. 18 del Código Civil que dispone que: "En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas". Uno de los efectos de un instrumento es la prueba o perfeccionamiento del acto o contrato de que da constancia; si la ley chilena exige a este respecto que se otorgue un instrumento público, no tiene valor la escritura privada otorgada en el extranjero, aunque tenga pleno valor en el país en que se otorgó. Cabe señalar que el art. 16 no se refiere sólo a las pruebas judiciales, sino a todos los casos en que la ley chilena exige el otorgamiento de un instrumento público. Es concordante en esta materia con lo dispuesto en el art. 1701 del Código Civil que establece que cuando la ley requiere como solemnidad de un acto o contrato el instrumento público, su falta no puede suplirse por otra prueba.

Otra excepción que podría señalarse al art. 17 está contenida en el art. 1027 del Código Civil que sólo reconoce validez a los testamentos otorgados en país extranjero si ellos lo han sido por escrito. Los testamentos verbales otorgados en el extranjero no tienen validez en Chile, sin entrar a considerar su valor según las leyes del país en que se realizaron.

Respecto a la hipoteca el artículo 2411 del Código Civil da validez a los contratos hipotecarios celebrados en el extranjero sobre bienes situados en Chile; pero, para dar hipoteca, exige que dichos contratos sean inscritos en el competente Registro.

– Requisitos internos

En general, la ley del país en que se otorgó el acto rige sus requisitos internos, o sea, la capacidad y voluntad o consentimiento de los que lo otorgan, y el objeto y causa del acto.

No hay a este respecto otra limitación que la del art. 15 en cuanto a que la capacidad y estado de las personas que ejecutan el acto quedan sujetos a la ley chilena si dichas personas son chilenos.

– Efectos

Los efectos del acto, es decir los derechos y obligaciones que de él emanan, quedan sujetos a la ley chilena. Dicha ley respeta las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en el extranjero, pero si en cuanto a los efectos del contrato hay contraposición entre la ley chilena y la ley extranjera, prima la ley chilena de acuerdo con el inciso final del artículo 16.

[24] J. BONNECASE, *L'école de l'exegese en droit civil*. Boccard, 1924.

SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX

DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS,

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO VI.

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES,
Puerta del Sol, núm. 13.

1879.

CAPITULO II.

LÍMITES TEMPORALES DEL IMPERIO DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE LAS RELACIONES DE DERECHO.

§ CCCLXXXIII.—*Introduccion.*

Autores:

Chabot de l'Allier, Cuestiones transitorias sobre el Código Napoleon; París, 1809, 2 vol. en 4.°.

Weber Uber die Rückanwendurg positiver Geretze; Hannover, 1811.

Meyer-Principes, sur les questions transitoires; Amsterdam, 1813.

Bergmann, Das verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geretze im Privatrecht; Hannover, 1818.

Struve, Ober das positive Rechgesetz rücksichtlich seiner Ansdehnung in der Zeit; Göttingen, 1831 (*a*).

El tercer libro de este tratado tenía por objeto mostrar de qué manera dominan las reglas jurídicas sobre las relaciones de derecho y determinar los límites de su imperio (§344). Esta determinacion puede ser necesaria bajo un doble aspecto, segun que se trate de aplicar reglas de derecho diversas, concurrente ó sucesivamente. Ya ha sido tratada (cp. I) la determinacion de los límites locales. Réstame, pues, hablar de la segunda clase de limitacion, esto es, la relativa al tiempo.

Aquí se supone que en el mismo lugar y en dos épocas diferentes existen dos reglas de derecho diversas, con las cuales una determinada relacion de derecho ó una cuestion

(*a*) Bergmann p. XXI, XXIV cita muchos otros escritos.

jurídica particular se encuentra en contacto, de tal manera, que hay incertidumbre sobre cuál de las dos reglas debe decidir la cuestion. Semejante conflicto entre dos reglas de derecho implica siempre una modificacion efectuada. Mas para que este cambio corresponda á la presente investigacion debe ser un cambio de reglas (del derecho objetivo), no un simple cambio de hechos que determinen la relacion jurídica (del derecho subjetivo); pues ya he hablado de esta última clase de modificaciones con motivo de los límites locales del imperio de las reglas (*b*). Así, pues, en el curso de esta indagacion suponemos siempre una relacion de derecho que no varía y dos reglas pertenecientes á diferentes épocas que se disputan el imperio sobre esta relacion de derecho.

Este cambio de las reglas jurídicas que forma la base y la condicion de toda colision en el tiempo puede presentarse bajo las siguientes formas:

1) Promulgacion de una ley nueva y aislada que tiene precisamente por objeto la relacion de derecho de que se trata.

2) Promulgacion de un nuevo código, es decir, de un conjunto de reglas en que la relacion de derecho de que se trata se encuentra sometida á nuevas disposiciones (*c*).

3) Adopcion de un código extranjero y sustitucion de este código al derecho hasta entónces vigente (*d*).

4) El lugar donde reside una relacion de derecho, separado del Estado á que pertenecía, se incorpora á otro Estado, y por lo mismo viene á someterse bajo el imperio de la ley de este otro Estado; el derecho así sustituido puede resumirse en un código, ó, al lado de éste, pueden existir leyes aisladas ó diversas reglas de derecho consuetudinario (*e*).

(*b*) V. § 344 al final.

(*c*) Esto tuvo lugar en Constantinopla desde el 529 al 534; en Prusia, en 1794; en Francia, en 1804; en Austria, en 1812.

(*d*) De este modo impuso Francia el Código Napoleon á diversos países; en Alemania y otras partes.

(*e*) Sucedió esto cuando se unieron varios países á Francia; despues cuando Prusia recobró sus antiguas provincias y recobró otras nuevas; pero no tuvo lugar cuando se devolvió á Alemania la ribera derecha del Rhin porque se mantuvo en ella el derecho francés.

A pesar de las diferencias que pueden motivar entre estos diferentes casos la extension é importancia de sus aplicaciones, todos tienen, sin embargo, una base idéntica respecto á la colision que nos ocupa. En todos estos casos es posible zanjar desde luego las cuestiones de colision por medio de disposiciones legislativas especiales, necesidad que se hace sentir principalmente en los tres últimos casos. Las leyes de esta especie se llaman transitorias porque tienen sólo por objeto el paso de una regla á otra.

Cuando Justiniano publicó las Instituciones y el Digesto, les dió un efecto retroactivo *(f)*. Sin embargo, no debe verse aquí la expresion de un principio permanente sobre la retroactividad, ni una excepcion verdadera; pues estas colecciones de leyes estaban destinadas, no á crear un derecho nuevo, sino á asegurar y depurar el derecho existente. Pueden, pues, considerarse como una extensa interpretacion auténtica; interpretacion que por su naturaleza tiene un efecto retroactivo (§ 397).

Ninguna legislacion ha puesto tanto cuidado en resolver las cuestiones de colision como la legislacion prusiana *(g)*; voy á hacer aquí la indicacion de las leyes transitorias de Prusia, con el fin de poderlas citar más fácilmente en esta investigacion. La más antigua la constituye la publicacion del código, que data del 5 de Febrero de 1794 *(h)*, el cual contiene en sus §§ desde el 8 al 18, disposiciones transitorias muy explícitas. A esta ley se refieren las siguientes, que introducen la legislacion prusiana en las provincias conquistadas nuevamente ó la restablecen en las provincias recobradas.

1803. Principado de Hildesheim y ciudad de Goslar (Stengel's Beiträge, t. XVII, p. 194).

1803. Paderborn y Münster (Stengel, t. XVII, p. 235).

(*f*) L. 2, § 23; L. 3, § 23, C., de vet. j. enucl. (I, 17). La Const. *Summa*, § 3, sobre el Código no se expresa de igual modo. V. Bergmann, párrafo 14.

(*g*) La ley que promulga el Código austriaco no contiene más que un pequeño número de disposiciones sobre este punto. El Código civil francés contiene en algunos artículos (por ejemplo, art. 2281) disposiciones transitorias; pero además aparecieron al mismo tiempo que el Código varias leyes transitorias especiales, principalmente sobre la adopcion, el divorcio, los hijos naturales.

(*h*) Impreso á la cabeza de todas las ediciones del Código.

1803. Eichsfeld, Erfurt, Mühalhansen, Nordhansen (Stengel, t. XVII, p. 253).

1814. Antiguas provincias prusianas más allá del Elba (Ges. Samml. 1814, p. 89).

1816. Prusia occidental (Ges. Samml. 1816, p. 217).

1816. Posen (Ges. Samml. 1816, p. 225).

1816. Ducado de Sajonia (Ges. Samml. 1816, p. 233).

1818. Teritorios (Ges. Samml. 1818, p. 45).

1825. Ducado de Westphalia (Ges. Samml. 1825, p. 53).

Es de notar que las leyes de promulgacion de 1803 no son más que la reproduccion abreviada de la de 1794, mientras que desde 1814 las leyes de promulgacion contienen disposiciones originales que difieren de la ley de 1794.

§ CCCLXXXIV.—*Dos clases de reglas de derecho.*

Se toma ordinariamente como punto de partida en esta materia un principio que se tiene por absoluto y que, sin haberse presentado bajo el mismo aspecto por los autores, pueden, sin embargo, reducirse á las dos fórmulas siguientes:

Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo.

Las leyes nuevas no deben perjudicar los derechos adquiridos.

Estoy muy léjos de contradecir la verdad y la importancia de este principio. Pero no puedo asentir á los que consideran su autoridad como universal, porque si bien es verdadero para una clase de reglas de derecho, no le es para otra.

A primera vista podría atribuirse á esta divergencia de opiniones más importancia de la que tiene en realidad, pues podría pensarse que la doctrina cuya crítica estoy haciendo conduce á resolver erróneamente las cuestiones prácticas de derecho. No sucede así. Cuando la aplicacion lógica del principio ofrece un resultado evidentemente inadmisible, se acostumbra á salir del paso, estableciendo una excepcion al pretendido principio general. Pero este expediente de simples excepciones debe ser rechazado en absoluto, como probaré más adelante (§ 398). Persisto, pues, en negar la generalidad que se atribuye ordinariamente al principio,

por más que en la práctica no tenga este error las deplorables consecuencias que podrían suponerse.

Con el fin de precisar los límites dentro de los cuales debería encerrarse dicho principio, es preciso recordar el diferente contenido de las reglas de derecho, cuyo cambio posible es el objeto de la presente indagacion (§ 383).

Esta primera clase de reglas concierne á la *adquisicion de los derechos*, es decir, al lazo que une un derecho con un individuo, ó la trasformacion de una institucion de derecho (abstracta) en una relacion jurídica (personal) (*a*). Los ejemplos siguientes pondrán de relieve la naturaleza de estas reglas y la de sus cambios posibles.

Cuando en un país podía adquirirse y trasmitirse la propiedad por simple contrato y una ley nueva exige la tradicion, la modificacion de la regla versa únicamente sobre las condiciones bajo las cuales puede un individuo adquirir la propiedad de una cosa, y constituir de este modo *su* derecho á esta cosa. Sucede lo mismo cuando podían convenirse verbalmente todos los contratos obligatorios, y viene una ley nueva á ordenar que respecto á las cosas cuyo valor exceda de cincuenta escudos, un documento escrito dará solamente lugar á una accion.

La segunda clase de reglas concierne á la *existencia de los derechos*, es decir, al reconocimiento de una institucion en general que debe siempre suponerse ántes de que se cuestione sobre su aplicacion á un individuo, ó sobre la trasformacion de una institucion jurídica en una relacion de derecho. Esta segunda especie de reglas se divide en dos clases cuya extension difiere, pero cuya esencia es la misma, y que por consiguiente, se colocan absolutamente en la misma línea en cuanto al objeto de la presente investigacion.

Algunas de estas reglas versan sobre la existencia ó la no existencia de una institucion jurídica. Hé aquí algunos ejemplos: la esclavitud romana, la servidumbre de la gleva germánica, el diezmo existente en un país, abolido despues por una ley nueva; todas declaradas imposibles y privadas, de este modo, de la proteccion del derecho.

(*a*) V. t. I, § 4, 5.

Hay otras que no versan sobre la existencia misma de la institucion, sino sobre su modo de existencia, de manera que, áun conservándose, sufren una alteracion profunda. Citaré como ejemplo los casos siguientes: la reivindicacion rigurosa del derecho romano está abolida por una ley nueva, y la propiedad sólo se encuentra protegida por las acciones posesorias y las obligaciones. Una ley nueva ordena que el derecho de diezmo ántes irredimible, pueda redimirse á peticion de cada una de las partes. A esta clase pertenece igualmente la propiedad. Había desde hacía siglos dos clases de propiedad: la una *ex jure quiritium*, la otra *in bonis*. Justiniano, por una ley nueva, derogó esta distincion y decidió que en adelante no hubiera más que una sola propiedad con plena eficacia; lo que se llama *res mancipii* y *fundus italicus*, quedó por tanto abolido. Pero repito que estas dos clases de reglas conciernen á la existencia de los derechos; que en su consecuencia son idénticas y que no tenemos ningun motivo para distinguirlas en la presente indagacion. He mencionado sus diferencias naturales sólo para evidenciar la extension y la variedad de las reglas relativas á la existencia de los derechos y para no dejar sobre este punto ninguna duda en el espíritu.

Tengo todavía que añadir algunas observaciones sobre la distincion que acabo de establecer respecto á las dos clases de reglas, la una concerniente á la adquisicion, la otra á la existencia de los derechos (*b*).

Primeramente, en cuanto á la designacion de estas dos clases de reglas, he elegido la que me parecía más inteligible. Habrían podido ser distinguidas diciendo que las unas se refieren al derecho en el sentido subjetivo, y las otras al derecho en el sentido objetivo (*c*), ó bien que las unas versan sobre el elemento permanente é inmutable de las relaciones de derecho y las otras sobre su elemento móvil.

(*b*) Para que la clasificacion de las reglas jurídicas á que se refiere la presente indagacion no parezca incompleta é insuficiente, observo desde luego que esta investigacion se concreta á las materias del derecho privado, lo cual excluye el derecho público (principalmente el derecho penal) y el derecho de procedimiento. Esta restriccion es la misma que la anteriormente establecida (§ 361, *a*) con motivo de los límites locales, de igual manera que al principio del tratado, t. I, § 1.

(*c*) V. t. I, § 4, 5.

Además, el límite que separa las dos clases de reglas no está siempre bien señalado, y con frecuencia se puede dudar sobre la clase á que pertenece tal ó cual regla. Estas dudas sólo pueden resolverse por un estudio atento del sentido y de la intencion de las nuevas leyes (§ 398).

La primera clase de reglas concerniente á la adquisicion de los derechos comprende tambien su pérdida, la disolucion de las relaciones jurídicas (la pérdida del derecho en la persona del titular), lo cual se sobreentiende para abreviar la exposicion *(d)*. Es verdad que en las aplicaciones más numerosas é importantes ambas cosas coinciden; así, cuando se trata de una enajenacion, de una usucapion, de una prescripcion, de la disolucion de una obligacion, una de las partes adquiere siempre precisamente lo que pierde la otra. Pero tambien en los casos más raros y ménos importantes en que la pérdida exista sola, por ejemplo, en el caso del abandono, no es dudoso que la colision en el tiempo de las leyes se juzga como en el caso de la adquisicion.

Hay derechos que tienen por su naturaleza una duracion indefinida, tales como la propiedad y la esclavitud, que se trasmiten, la una por la sucesion, la otra por el nacimiento; de manera que la estimacion total de estos derechos no puede presentarse más que en circunstancias accidentales; otros, por el contrario, son por su naturaleza, de una existencia pasajera, tales como las obligaciones en general, el usufructo, las relaciones de familia. Tanto para unos como para otros las cuestiones de colision se deciden segun los mismos principios. Sin embargo, es preciso reconocer que las reglas referentes á la existencia de los derechos, y por tanto, los principios aplicables á su colision, son de nuestra mayor importancia para los derechos de una duracion indefinida, que para los derechos de una duracion pasajera.

Si se pregunta cuál de estas dos especies de reglas y su consiguiente colision ofrece en sí mayor interés, la contestacion es diferente, segun el punto de vista bajo el cual nos coloquemos. Por una parte, las leyes nuevas sobre la exis-

(*d*) Hubiera tambien podido llamar á esta clase de reglas; *reglas para los hechos jurídicos* (t. II, § 104). He rechazado esta expresion por demasiado abstracta.

tencia de los derechos tienen mayor importancia, en cuanto que obran de una manera más profunda sobre el estado general del derecho que modifican. Por otra parte, las leyes nuevas sobre la adquisicion de los derechos tienen más importancia en cuanto que llaman más frecuentemente la atencion y su accion es más sensible. Forman, en efecto, la base de los actos jurídicos (*e*), es decir, de las transacciones civiles en su conjunto. Por esta razon, las cuestiones de colision son para esta clase de reglas más graves y complicadas; esto es lo que me ha movido á tratar primeramente de esta especie de reglas en la presente indagacion.

Con arreglo á las consideraciones que preceden, hé aquí el órden más natural y conveniente para la solucion del problema que tenemos que resolver:

Vamos á determinar, respecto á dos clases de reglas jurídicas, los límites temporales de su imperio.

A) Primero: respecto á las reglas que tienen por objeto la adquisicion de los derechos.

Aquí debemos, ante todo, determinar la verdadera significacion del principio fundamental y al mismo tiempo mostrar su relacion con la antigua y la nueva legislacion, como tambien con las opiniones de los autores.

Despues debemos aplicar este principio á las diversas relaciones de derecho y á las diversas cuestiones jurídicas.

Por último, debemos exponer la naturaleza de las excepciones que vienen con frecuencia á colocarse al lado del principio.

B) Segundo: Respecto á las reglas que tienen por objeto la existencia de los derechos. En este punto tendremos que tratar las mismas cuestiones y en el mismo órden que respecto á la primera clase de reglas; sólo que estas cuestiones tienen aquí un carácter más simple.

(*e*) Actos libres que constituyen, sin duda alguna, los hechos jurídicos más numerosos é importantes; algunas veces tambien estos hechos resultan de acontecimientos accidentales; pero en lo que toca á la cuestion de colision, están sometidos á las mismas reglas que los actos libres. Citaré, por ejemplo, como bases para la adquisicion de la propiedad, las diferentes formas de la accesion; como base de un derecho de sucesion *abintestato*, la muerte de una persona determinada.

§ CCCLXXXV.—A.—*Adquisicion de los derechos.— Principio fundamental.*

Trátase ahora de fijar el principio fundamental de la colision en el tiempo de las reglas que tienen como objeto la adquisicion de los derechos. En estos límites debemos admitir como verdadero el principio cuya generalidad hemos negado anteriormente (§ 384). Trataré de precisarlo volviendo sobre las dos fórmulas precedentemente enunciadas, y por este camino evidenciaré la relacion íntima que existe entre ambas fórmulas.

La primera se halla concebida del siguiente modo:

Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo.

Veamos primero cuál es el verdadero sentido de la retroactividad que rechaza esta fórmula.

Evidentemente no debe tomarse en el sentido literal, de donde resultaría el mandato de que el pasado no fuera futuro; pero como esto es imposible no hay necesidad de regla alguna para impedirlo. El efecto retroactivo debe, pues, entenderse moralmente y entónces significa que una ley retroactiva sometiese bajo su imperio las consecuencias de hechos jurídicos anteriores é influyese sobre sus consecuencias. Ahora bien, este efecto retroactivo sobre las consecuencias de hechos anteriores es susceptible de diferentes grados.

A) Puede ejercerse exclusivamente sobre las consecuencias de los actos jurídicos posteriores á la ley nueva.

B) Independientemente de estas consecuencias, puede abrazar tambien el tiempo trascurrido entre los hechos jurídicos y la nueva ley.

Dos ejemplos pondrían de relieve estos diversos efectos retroactivos. Si en un país en que es ilimitada la tasa del interés se hace un préstamo al 10 por 100 y tres años despues se introduce en este país el derecho romano que prohibe los intereses superiores al 6 por 100, el primer grado de retroactividad tendría por efecto que el 4 por 100 excedente de la tasa legal no podría ser reclamado á partir de la nueva ley, pero que este mismo 4 por 100 vencido durante los tres años anteriores á la ley serían adquiridos por el acreedor y podrían ser reclamados en justicia. El segundo grado de retroactividad tendría por efecto que el 4 por 100 excedente de la tasa legal no podría ser exigido ni en el porvenir ni respecto á los tres años anteriores. Si en un país en que puede verificarse por simple contrato la enajenacion de la propiedad, se vende de esta manera una finca rústica y cinco años despues exige una ley nueva la tradicion como condicion de la enajenacion, el primer grado de retroactividad tendría por efecto que durante los cinco años anteriores á la ley el comprador había sido propietario y adquirido los frutos con esta cualidad; pero que una vez promulgada la ley nueva cesaría de ser propietario. Si se aplica el segundo grado de retroactividad, el comprador no ha sido nunca propietario y ha percibido los frutos indebidamente.

Ahora bien, la fórmula más arriba transcrita (el principio de la no retroactividad) rehusa absolutamente á la ley nueva toda accion sobre las consecuencias de los actos anteriores, y esto en todos los grados imaginables. Así, mantiene los intereses estipulados al 10 por 100, tanto para los tres años transcurridos como para los futuros (*a*); reconoce la propiedad adquirida por simple contrato, no sólo respecto á los cinco años anteriores, sino indefinidamente.

Paso á la segunda fórmula que está concebida en los siguientes términos:

Las leyes nuevas no deben perjudicar en modo alguno los derechos adquiridos.

Esta fórmula exige el respeto á los derechos adquiridos, ó para hablar más exactamente, el mantenimiento de las relaciones de derecho con su naturaleza y eficacia primitivas.

Varios autores han visto en esta segunda fórmula un principio nuevo é independiente del expresado por la primera (*b*). Pero una y otra no contienen en realidad más que un solo é idéntico principio, considerado bajo aspectos diferentes. Para probarlo, basta volver sobre los ejemplos cita-

(*a*) Esto no tiene ordinariamente gran importancia para el porvenir pues el deudor puede reembolsar el crédito, y por consecuencia de la nueva ley, encontrar fácilmente dinero á ménos precio, si la facultad de reembolsarlo no se le ha prohibido durante un tiempo determinado

(*b*) Bergmann, p. 92; Puchta, Vorlesungen, p. 223.

dos. Al estipular intereses al 10 por 100, el acreedor ha adquirido el derecho de percibir estos intereses miéntras dure el préstamo (c); y este derecho debe ser mantenido aunque una ley nueva fije los intereses á un tipo más bajo. El comprador de la finca rústica ha adquirido la propiedad por simple contrato y este derecho adquirido debe mantenerse aunque una ley nueva subordine á la tradicion la validez de la enajenacion.

La fórmula relativa al mantenimiento de los derechos adquiridos tiene necesidad de ser precisada bajo dos aspectos diferentes, para prevenir graves errores.

Desde luego, cuando nuestra fórmula exige el mantenimiento de los derechos adquiridos, es preciso entender que se refiere á las relaciones de derecho de una persona determinada, es decir, á las partes constitutivas del dominio en que la voluntad individual ejerce su independencia (d), y no á las calificaciones abstractas de todos los hombres ó de una clase de la sociedad (e). Algunos ejemplos harán resaltar este contraste y la restriccion que de el resulta para la aplicacion de nuestra fórmula. Cuando el duelo está sometido á una pena en un país donde ántes era lícito, todos los habitantes se encuentran privados de la facultad que tenían de batirse en duelo impunemente. Pero la aplicacion inmediata de esta ley no es contraria á nuestra fórmula, porque esta facultad abstracta del duelo, comun á todos los habitantes del país, no tiene la naturaleza de un derecho adquirido. Sucede lo mismo cuando en un país pueden las mujeres obligarse válidamente por caucion y despues, por consecuencia de la introduccion del derecho romano, el Senado-consulto Veleyano las priva de esta capacidad. Igual resultado produce la introduccion del derecho romano que fija la mayor edad en los veinticinco años en un país donde la mayor edad comenzase á los veintiuno: todos los que en el momento de la promulgacion de la ley

(c) Sería un error no llamar derecho adquirido más que al derecho á los intereses vencidos. El derecho á los intereses que no han vencido todavía es tambien un derecho adquirido, si bien su ejercicio no puede tener lugar hasta una época determinada.
(d) V. t. I, § 52, 53.
(e) Bergmann, § 20.

nueva no han cumplido su vigésimo primer año (f) pierden la aptitud de ser mayores á esta edad y se prolonga su minoría cuatro años.

En segundo lugar, no deben confundirse con los derechos adquiridos las simples espectativas que, fundadas en la antigua ley, se encuentran destruidas por la ley nueva. Este resultado nada tiene de comun con el principio que garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos. Así, segun la ley sobre las sucesiones, ciertas personas determinadas pueden esperar la herencia *ab intestato* de un mi mbro de su familia y acaso han establecido un genero de vida conforme á esta esperanza. Si una ley nueva sobre sucesiones viene á destruir estas esperanzas, semejante cambio en el derecho puede serles perjudicial; pero nuestro principio no se opone á este resultado, porque proteje únicamente los derechos adquiridos y no simples esperanzas. Así tambien, cuando un indivíduo recibe de un hombre rico sin hijos la seguridad de ser instituido su heredero universal puede encontrar anulada esta esperanza de igual manera que por un cambio de voluntad del testador, por una ley nueva, dictada durante la vida del mismo, ley que prohiba los testamentos (g). Pero no deben confundirse las simples esperanzas con los derechos que no pueden todavía ser ejercitados por estar sometidos á una condicion ó á un plazo. Estos son realmente ya derechos, puesto que cumplida la condicion tiene un efecto retroactivo. La diferencia consiste en que la espectativa depende, en cuanto á sus resultados, de la simple voluntad de una persona extraña, lo cual no tiene lugar para la *condictio* ni el *dies*. (h).

El principio contenido en estas dos fórmulas tiene dos significaciones diversas igualmente verdaderas é importantes: la una relativa al legislador y la otra al Juez.

Para el legislador este principio significa que no debe dar á las leyes nuevas efecto retroactivo ni atentar á los derechos adquiridos (i).

(f) Otra cosa sucede para los que en la época de la nueva ley tenian veintiun años cumplidos; porque la mayor edad era ya para cada uno de ellos un derecho adquirido.
(g) Meier p. 32, 23.
(h) V. t. II, § 116; 117, 120; Chavot, t. I, p. 128; Meyer, p. 30-32, p. 172.
(i) Esto es lo que expresa la L. 65, C., de decur. (X, 31): «*cum con-*

Para el juez significa que toda ley nueva, aunque no lo expresa claramente, debe ser interpretada y aplicada de manera que no se le atribuya efecto retroactivo y se respeten los derechos adquiridos.

Así, pues, cuando en un país donde podría verificarse la enajenacion de la propiedad por simple contrato, exige una nueva ley la tradicion, esta ley deberá entenderse, segun nuestro principio, en este sentido: «El que en el porvenir quiera enajenar una propiedad, deberá recurrir á la tradicion.» De este modo habrá el legislador de entender, sin expresarla, la prescripcion y aplicarla los jueces.

Hasta aquí he tratado de determinar la significacion propia del principio, de mostrar sus diversas aplicaciones y de encerrarlo en sus verdaderos límites. Pero no he abordado todavía la cuestion principal, á saber: ¿debemos admitir por punto general este principio como verdadero? ¿En virtud de qué motivos puede hacerse tal afirmacion?

Podría pretenderse suscitar la objecion siguiente: toda ley nueva se hace con la conviccion de su superioridad sobre la que reemplaza. Segun esto, podría procurarse extender cuanto fuera posible su eficacia, con el fin de agrandar el círculo del mejoramiento que se espera. Este punto de vista tiene analogía con la idea expuesta anteriormente con motivo del derecho territorial (§ 348), sobre que en todos los casos de colision local entre las leyes no debería cada uno aplicar más que la ley de su país. De igual manera que entónces opusimos á este principio especioso el principio verdadero de que toda relacion jurídica debía juzgarse segun la ley á cuyo dominio pertenecia naturalmente, de igual modo, aquí, donde se trata de la eficacia temporal de la regla, debemos encerrar el imperio de cada nueva ley en sus límites naturales. Ahora bien, los límites naturales del imperio de una nueva ley son, segun el principio precedentemente expuesto, la no retroactividad y el mantenimiento de

veniat leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare.» La mayor parte de los demás textos presentan más bien una instruccion dirigida á los Jueces: tal es, principalmente, el texto de donde está tomada casi literalmente la L. 65 citada. L. 3, C., tit. de Const. (I, 1): «Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt.»

los derechos adquiridos. La verdad de esta doctrina resulta de las siguientes consideraciones:

Primero. Es muy importante y muy de desear que los ciudadanos tengan una confianza inquebrantable en el imperio de sus leyes existentes. Esto no quiere decir una confianza en su inmutable duracion, pues segun las circunstancias, la esperanza de un mejoramiento, de un progreso, puede ser un deseo fundado y saludable. Quiere decir, la confianza de que en tanto que las leyes subsistan conservarán su imperio y su eficacia. Cada uno debe, pues, poder contar con que los actos jurídicos que realice con arreglo á las leyes existentes para adquirir derechos, conservarán en el porvenir toda su eficacia.

Segundo. No es ménos importante ni ménos de desear, ver mantener el estado del derecho y de los bienes. Pero este mantenimiento, en lo que para ello puede contribuir la legislacion, se encuentra favorecido por nuestro principio y comprometido por el principio contrario.

Tercero. El principio contrario debe rechazarse por el solo motivo de que es imposible sacar de él todas las consecuencias necesarias, pues su aplicacion es forzosamente accidental, inconsecuente, y por lo mismo injusta, supuesto que abraza únicamente ciertas clases de actos jurídicos y no puede alcanzar á los demás. Si se quisiera aplicar en todo su rigor el principio contrario en un país donde la propiedad pudiese enajenarse por simple contrato, cuando una ley nueva exigiera la tradicion, todas las enajenaciones anteriores vendrían á ser nulas, ó tendrían necesidad de convalidarse por una tradicion inmediata. La imposibilidad de semejante estado jurídico es tan evidente, que ciertamente serían rechazadas sus consecuencias por los mismos que consideran la retroactividad, prohibida hoy por las leyes positivas, como conforme con la naturaleza de las cosas. Se creyó haber formulado de una manera general la cuestion del efecto retroactivo, pero realmente no se tenían en cuenta más que actos jurídicos no consumados, contratos obligatorios principalmente, cuya ejecucion debía ser posterior á la ley nueva *(k)*. Restringida así la retroactividad, se

(k) Tal es principalmente el punto de vista de Weber, p. 108, que

concibe; pero esta restriccion accidental y arbitraria prueba que la retroactividad es imposible como principio general, é injusta en su única aplicacion posible.

§ CCCLXXXVI.—A. *Adquisicion de los derechos.—Principio fundamental.* (Continuacion).

El principio que domina en las reglas relativas á la adquisicion de los derechos, no ha sido examinado todavia más que bajo el punto de vista general de la naturaleza y del destino de las leyes; paso ahora á las decisiones legislativas sobre esta importante cuestion.

Aquí encontramos ante todo una ley dictada para el imperio de Oriente por el emperador Teodosio II en el año 440 (*a*), ley que ha ejercido la más decisiva influencia tanto sobre la legislacion como sobre la práctica y la doctrina de los autores. Se halla concebida en los siguientes terminos:

«Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.»

El importante contenido de esta ley, que confirma plenamente la doctrina más arriba expuesta, puede reducirse á los principales puntos siguientes:

No distingue las consecuencias pasadas y las consecuencias futuras de los actos jurídicos, sino los actos pasados y los actos futuros. «Las leyes nuevas, dice, se aplican á todos los actos jurídicos ulteriores (futuris... *negotiis*), no á los actos pasados (non ad facta præterita revocari), aunque sus efectos no se hubieran cumplido todavía (adhuc *pendentibus* negotiis) (*b*).

---

mantiene la propiedad adquirida por simple contrato bajo el imperio de la antigua ley, aunque una ley nueva exija la tradicion para trasferir la propiedad. Pero no permanece fiel á su principio, porque sin apercibirse de ello se impone restricciones inconsecuentes y arbitrarias.

(*a*) L. 7, C., de legibus (I, 14). Se reproduce este texto literalmente en una decretal de Gregorio IX; C. 13, X, de const., (I, 2) y su pensamiento vuelve á encontrarse en el C., 2, eod.

(*b*) La excepcion reservada para los *pendentia negotia* no existe en los casos ordinarios. El *pendens negotium* es un contrato realizado al dictarse la nueva ley, pero que no habiéndose ejecutado en totalidad ó en parte, debe tener sus efectos en el porvenir. La expresion *negotium* se emplea en nuestro texto *a potiori*, pues la mayor parte de los hechos jurídicos, sino todos, son verdaderos actos jurídicos (§ 384, *c*). Se encuentra tambien en otras partes la expresion *negotium* aplicada á un hecho que no es ciertamente un acto jurídico, á la apertura de una sucesion ab intestato. L. 12, in f., C., de suis (VI, 55). Entre los *pendentia negotia* figuran incontestablemente aquellos en que se ha entablado un litigio que no ha terminado todavía, creo sin embargo, que esta expresion designa aquí el caso expuesto especialmente. No sucede lo mismo con la frase «*causis*.... quæ *in judiciis* ad huc pendent» en la const. *Tanta*, § 23.

Admite, sin embargo, la retroactividad en el caso en que una ley nueva se la atribuyera por excepcion; por donde se ve que se trata aquí de una regla de interpretacion para el juez y no de una regla de conducta para el legislador, al cual se le reserva expresamente una entera independencia en cada caso particular. Aunque no se hubiera hecho esta reserva, se implicaría por sí misma, puesto que de lo futuro podría ser abolida esta prescripcion, tanto en su conjunto como en su aplicacion á cada caso particular.

El punto de vista en que se coloca el autor de esta ley es igualmente notable. No pretende dictar una disposicion nueva que reemplazase á una disposicion contraria; quiere únicamente expresar lo que resulta necesariamente de la naturaleza y del objeto de la legislacion (certum est): lo cual no es más que una instruccion dirigida á los jueces para precaverlos de todo error posible sobre esta cuestion. Por lo demás, no debemos dudar de que esta regla haya sido reconocida en todo tiempo por los jurisconsultos romanos; el que no tengamos testimonio más antiguo de ello, se debe á circunstancias puramente accidentales (*b*[1]).

Por último, se ha visto más arriba que hay dos clases de leyes nuevas: unas aisladas y especiales (§ 383, núm. 1), otras que componen una coleccion, es decir, dando fuerza de leyes á un conjunto general de reglas (§ 383 núm. 2, 3, 4). La ley que nos ocupa no habla evidentemente más que de la primera clase de reglas; pero su contenido se aplica tambien á la segunda.

El principio fundamental que bajo su forma general expresa la ley de Teodosio ha sido reconocido en diversas

---

(*b*[1]) Esto se halla formalmente reconocido en Ciceron, in verrem, I, 42, como principio antiguo é incontestable.

constituciones dictadas como leyes nuevas sobre cuestiones particulares de derecho, adicionándole, sin embargo, que no disponen más que para el porvenir y que no tienen efecto retroactivo: esta adicion tiéne aquí el carácter de una ley transitoria (§ 383). Algunas de estas constituciones son notables en cuanto expresan claramente el carácter más arriba asignado á nuestro principio, el de mantener las consecuencias ulteriores de los actos pasados (*c*) Otros indican perfectamente el motivo de nuestra regla, á saber: que aquel que, fiándose en las leyes existentes, conforma con ellas sus actos no merece censura alguna, pues no ha podido prever la futura ley, ni tenerla en cuenta (*d*).

Vamos ahora á investigar cuál es para nosotros, bajo el punto de vista del derecho comun, la significacion de estas decisiones del derecho romano; en esta indagacion podemos comprender las excepciones hechas por el derecho romano en que se admite la retroactividad conforme á la reserva general de que se ha hablado, dejando para otro lugar la mencion de los casos particulares. Los autores concuerdan en reconocer fuerza de leyes verdaderas á todas las decisiones del derecho romano relativas tanto á la regla como á la excepcion en todas partes donde el derecho romano está en vigor. No estoy de ningun modo convencido de la verdad de esta doctrina.

Desde luego la rechazo en principio. Ya consideremos estas decisiones como instrucciones para el legislador, ya para el juez, lo cual es en sí igualmente verdadero (§ 385), no tienen para nosotros, en los países regidos por el derecho romano, fuerza de leyes obligatorias (*e*).

En segundo lugar, rechazo esta doctrina á causa del contenido especial de las decisiones de que aquí se trata. La decision general que niega la retroactividad y sus diversas reproducciones (notas *a*, *c*, *d*) no crean un derecho nuevo ni son en realidad más que instrucciones para la interpretacion de nuevas leyes. Así, respecto á estas decisiones la cuestion es completamente ociosa.

(*c*) L. un., § 16, C., de rei ux. act. (V, 13): «instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, *sed suum expectare eventum*.» L. un., § 13, C, de latina libert. toll. (VII, 6): «Sed si quidem liberti jam mortui sunt et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt*, nihil ex hac lege innovetur, *sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda*.»

(*d*) L. 29, C., de test. (VI, 23); Nov. 22, C. 1. Este principio se halla tambien reconocido en las constituciones siguientes: L. 65, C., de decur. (X, 31); L. 18, C. de testibus (IV, 20); Nov. 66, C. 1, § 4, 5.

(*e*) V. t. I, § 27, 49.

No sucede lo mismo respecto á las diversas excepciones al principio que tienen en sí un carácter enteramente positivo. Y, sin embargo, tambien en este punto un exámen más atento nos conduce al mismo resultado. Con el fin de poner más de relieve el asunto voy á discutir las leyes de Justiniano sobre el interés del dinero. El año 528 ordenó Justiniano que el interés del 12 por 100, permitido desde hacía siglos, se redujese al 6 por 100 (*f*). Bien pronto, habiéndose suscitado dudas respecto á los intereses estipulados ántes del año 528, dictó en 529 una ley transitoria (*g*) estableciendo que los intereses vencidos ántes del 528 se regulasen conforme á la antigua ley y que los intereses vencidos despues de dicha época, como todos los futuros, se regulasen conforme á la ley nueva (*h*). Ahora bien; cada cual reconocerá que no se trata aquí del contenido inmediato de la ley, pues ciertamente ningun juez tendría que decidir sobre una estipulacion de intereses anterior al año 528. Tampoco puede tratarse de aplicar la ley en los países en que rige el derecho romano desde hace siglos, pues faltarían igualmente hechos que diesen materia á esta aplicacion. El único caso de aplicacion posible sería el de un país donde el interés fuera enteramente libre que se incorporase á un Estado regido por el derecho romano, el cual prohibe el interés más allá del 6 por 100. Aquí podría pretenderse aplicar la ley transitoria de Justiniano á las estipulaciones de intereses formalizados en este país ántes de su incorporacion. Pero yo rechazaría tambien esta aplicacion como improcedente, como conforme sólo á la letra de la ley y contraria á su espíritu. En efecto, toda ley transitoria distinta de una simple instruccion y teniendo, como la de Justiniano, un efecto retroactivo, es de una naturaleza rigurosamente positiva y se hace por consiguiente, para el tiempo y las cir-

(*f*) L. 26, C., de usuris (IV, 32).

(*g*) L. 27, C., de usuris (IV, 32).

(*h*) Esta última disposicion es retroactiva, y por consiguiente, deroga nuestro principio (§ 385).

cunstancias actuales; no expresa una regla apropiada á todos los tiempos y á todas las circunstancias. Justiniano pudo, pues, haber ordenado aquí la retroactividad por creer con razón ó sin ella, que respondía á las necesidades ó á las conveniencias de su época. Si ahora quisiéramos aplicarla sería ir más allá de las intenciones de la ley: sería admitir sin el menor fundamento que Justiniano ha querido extender su prescripcion á todos los tiempos cuyas necesidades y conveniencias no podía prever.

Por más que conforme á los motivos que acabo de exponer rehuse á estas decisiones del derecho romano fuerza de leyes obligatorias, áun en el dominio de nuestro derecho comun, estoy muy léjos de desconocer su interés é importancia. La tienen ciertamente muy grande; pues desde hace siglos ejercen poderosa autoridad sobre la legislacion, la práctica de los tribunales y las teorías de los autores. Por eso, á pesar de las divergencias de detalle, se ha llegado en el fondo á un acuerdo que, sin esta base comun, no era ciertamente permitido esperar.

§ CCCLXXXVII.—A. *Adquisicion de los derechos. Principio fundamental.* (Continuacion.)

El principio del derecho romano que rechaza la retroactividad ha pasado á las principales legislaciones modernas.

I) Legislacion prusiana.

La introduccion del Código prusiano expresa este principio en los siguientes términos:

§ 14. «Las leyes nuevas no pueden aplicarse á los actos ni á los hechos anteriores á su promulgacion.».

Esta prescripcion tiene evidentemente el sentido de una instruccion para los Jueces, de manera que las palabras *no pueden* equivalen á *no deben*.

En lo que toca al legislador, el proyecto contenía un texto que expresaba la reserva de las excepciones, como lo hemos visto en derecho romano (*a*). Esta reserva ha sido omitida en el Código y fué reemplazada por la excepcion de

(*a*) Entwurf eines Gesetzbuchs Einl., § 20. «El soberano puede solamente por motivos de interés general extender una ley nueva á casos anteriores.»

que las leyes penales nuevas si son más dulces que las antiguas se aplican tambien á los delitos cometidos ántes de su promulgacion (*b*). Pero esta omision no tiene importancia porque evidentemente el legislador tiene siempre derecho de dar por excepcion efecto retroactivo á una ley nueva.

La prescripcion arriba trascrita concuerda tambien con el derecho romano en cuanto que sustrae expresamente del imperio de la ley nueva los actos jurídicos anteriores «los actos y los hechos» y por consiguiente mantiene los efectos de estos actos, tanto para el pasado como para el porvenir.

Independientemente de esta disposicion general que para todas las leyes actuales y futuras marca en el tiempo los límites de su aplicacion, debemos mencionar varias disposiciones transitorias motivadas por la introduccion de la legislacion prusiana actual, ya en un país entero, ya en una parte de él (§ 383). Todos reconocen el principio y hacen de él aplicaciones particulares.

II) Legislacion francesa.

El Código civil reconoce nuestro principio en estos términos (*c*):

«La ley sólo dispone para el porvenir; no tiene efecto retroactivo.»

La brevedad de este texto y el empleo de la frase técnica (efecto retroactivo), no permiten dudar que el legislador ha querido sancionar plenamente la doctrina fundada en el derecho romano y desenvuelta desde hace largo tiempo por el derecho científico de todos los pueblos; la práctica está conforme con esta interpretacion.

El Código penal establece la regla en el mismo sentido absolutamente (*d*). El efecto retroactivo de las leyes penales, cuando la ley nueva es más benigna que la antigua, no se declara por la ley misma como en el derecho prusiano; pero ha sido reconocido por la jurisprudencia.

(*b*) Einleitung zum A. L. R., § 18-20. Se encuentra en los §§ 16-17 otra excepcion referente á la forma de los actos jurídicos. Hablaré de ella más adelante (§ 388, *c*).

(*c*) Código civil, art. 2.

(*d*) Código penal, art. 4.

III) Legislacion austriaca.

Aquí no encontramos tampoco más que un texto muy corto *(e)*:

«Las leyes no tienen efecto retroactivo: así, pues, no ejercen ninguna influencia sobre los actos anteriores á su promulgacion, ni sobre los derechos adquiridos.»

La observacion hecha á propósito del derecho francés se aplica igualmente aquí, y áun segun los términos de este texto, es más evidente todavía que el legislador ha querido apropiarse en su conjunto la teoría reconocida y desenvuelta por el derecho comun.

El derecho científico ha tenido tanta mayor influencia sobre la teoría que nos ocupa, cuanto ménos se ha hecho sentir la accion de la legislacion: Creo, pues, necesario presentar algunas observaciones preliminares sobre la situacion de nuestros autores respecto á esta teoría. El conjunto general nos ofrece un acuerdo mayor que pudiera esperarse; lo cual se debe á la influencia ejercida durante siglos por las decisiones del derecho ramano (§ 386), y tambien á la fuerza misma de las cosas.

Sin embargo, existe divergencia de opiniones y éstas son de una doble naturaleza. Las más se refieren á la inteligencia más ó ménos completa de las diversas relaciones de derecho en lo que toca á nuestra cuestion, y me reservo hablar de ellas cuando trate de estas relaciones de derecho. Las otras se refieren á las tentativas hechas para formular en principios generales ideas más ó ménos claras y estas divergencias tienen principalmente un carácter teórico. El exámen detallado y la crítica de estas diferentes tentativas no tendrían la utilidad que parece prometer semejante trabajo. Bastará señalar los principales rasgos de ellas en los autores que se han ocupado especialmente de estas fórmulas generales.

Weber insiste especialmente en la distincion que sigue *(f)*: «Se puede, dice, ensayar primero en tratar la ley nueva como si perteneciese á un tiempo más antiguo, de manera que le fueran sometidos los efectos pasados de los actos jurídicos. Esto es retroactividad; pero una retroactividad censurable. En segundo lugar, puede limitarse á regular para el porvenir, segun la ley nueva, los efectos de los actos jurídicos anteriores, y en estos límites es legítima la retroactividad.» Weber se imagina haber encontrado esta distincion fundamental en la naturaleza de las cosas; pero en realidad ha sido determinada por la influencia de la L. 27, C., de usuris (§ 386, *g*), cuya prescripcion particular y arbitraria trasforma el autor, sin saberlo, en un principio general. He mostrado ántes (*g*) de qué manera se ha visto obligado á abandonar, sin apercibirse de ello, las consecuencias de su principio para escapar en la aplicacion á una imposibilidad absoluta.

(*e*) Gesetzbuch, § 5.
(*f*) Weber, § 21, 27.

Bergmann toma como punto de partida una distincion más general (*h*). De un lado coloca lo que está conforme con la naturaleza de las cosas, de otro lo que se halla establecido por las leyes positivas del derecho romano. Segun él lo que está conforme con la naturaleza de las cosas es lo que Weber dice ser el contenido del derecho romano. La ley no debe ser adelantada de fecha, es decir, que no debe aplicarse á los efectos ya pasados; pero respecto al porvenir, debe regular los efectos de los actos jurídicos anteriores. Las leyes positivas del derecho romano se apartan doblemente de estos principios. En primer lugar, mantiene para el porvenir los efectos de los actos jurídicos anteriores; en segundo lugar, protege no sólo los derechos adquiridos, sino tambien las simples expectativas.

Debemos principalmente censurar á este último autor por presentar el contenido del derecho romano en oposicion directa con el derecho fundado en la naturaleza de las cosas, lo cual es absolutamente contrario con las intenciones de Teodosio II y con el espíritu del texto principal insertado por Justiniano en su coleccion (§ 386, *a*); sería preciso admitir entónces que los legisladores romanos se hubiesen equivocado completamente y no que hubieran creado de propósito un derecho positivo nuevo. Por lo demás, Bergmann sigue en el fondo el mismo camino que Weber. Este último, como ántes he dicho, formula su teoría, sin darse cuenta de ello, bajo la influencia de la L. 27, C., de usuris;

(*g*) V. § 385, *k*.
(*h*) Bergmann, § 4, § 22, § 30.

de igual manera Bergmann sufre la influencia de dos novelas de Justiniano (N. 66 y N. 22, C. 1). Bajo la falsa apariencia de una crítica histórica, tomando como punto de partida algunas expresiones generales de estas novelas y sus prescripciones arbitrarias, fabrica una teoría de retroactividad permitida y no permitida de las leyes, segun la suposicion tácita y gratuita de que Justiniano ha querido en dichas novelas establecer esta teoría como regla general para la aplicacion de todas las leyes nuevas.

Por último, Struve no nos dice nada de nuevo sobre la retroactividad; difiere de los otros autores más por la forma que por el fondo. Debe reconocerse, sin embargo, que le pertenece en propiedad la idea de que las reglas sobre la aplicacion de las leyes nuevas al pasado y al porvenir deben ser exclusivamente deducidas por el Juez segun la naturaleza de cada negocio, y no dependen de las leyes positivas. Segun él, toda tentativa de regular legislativamente esta materia es radicalmente nula, y los Jueces no deben tenerla en cuenta. Por esta razon rechaza en absoluto toda legislacion transitoria (*i*). Así entendida la posicion de los Jueces respecto á las leyes, es preciso admirar la modestia del autor que encierra su sistema en el estrecho círculo de las cuestiones de derecho relativas á la retroactividad. Cuando se examina imparcialmente el asunto hay que convencerse de que si esta doctrina es en sí verdadera debe abrazar la universalidad de las cuestiones de derecho.

§ CCCLXXXVIII.—A. *Adquisicion de los derechos. Aplicacion del principio fundamental*

Antes de pasar á las aplicaciones del principio fundamental que acabo de exponer, debo señalar una diferencia importante para nuestra indagacion, diferencia que se desprende de la naturaleza de los hechos jurídicos. La mayor parte de estos hechos son acontecimientos simples, pertenecientes á un tiempo preciso, tales como los contratos, que consisten en una declaracion de voluntades conforme, es decir, en un acto momentáneo, donde no se tienen en

(*i*) Struve, p. 6., p. 30. 34, p. 153, 151.

cuenta los largos preparativos que pueden haberle precedido. Respecto á esta clase de hechos es siempre posible determinar si una ley les es anterior ó posterior.

Pero hay otros actos que abrazan todo un período de tiempo, ya sea que supongan la continuacion de un cierto estado de cosas, tal como la usucapion y la prescripcion, ya sea que resulten de varios acontecimientos pertenecientes á diferentes épocas, tales como los testamentos. Determinar cuál es en el tiempo la relacion de estos hechos con una ley nueva es una cuestion difícil y complicada, que exige un exámen atento de distincion de circunstancias diversas; pues la ley nueva puede colocarse en el intervalo que media entre el principio y el complemento de estos actos.

Respecto á los hechos de la primera especie (los acontecimientos momentáneos), nuestra atencion debe versar principalmente sobre la capacidad de obrar de las partes y sobre la forma jurídica de los actos. Creo deber aquí hacer una observacion preliminar comun á una y á otra.

La capacidad de obrar se juzga exclusivamente segun la fecha de los actos jurídicos, tanto en lo que toca al estado de los hechos, como á la ley en vigor. Si, pues, verifica un menor un contrato sin su tutor, este contrato es nulo, áun despues de que el menor haya cumplido su mayor edad, ó aunque una ley posterior adelantara la época de dicha mayor edad. La recíproca es igualmente verdadera; así, pues, el contrato hecho bajo el imperio de la ley francesa por un individuo de edad de veintiun años permanece válido, aunque poco despues se sometiera el país bajo el dominio del derecho romano que fija en veinticinco la mayor edad. Así, no tengo noticia de que se hayan suscitado nunca dudas sobre este punto. Sucede lo mismo cuando se obliga á una mujer por caucion, á pesar de la prohibicion del derecho romano (*Sc. Veleyano*), y se deroga más tarde esta ley ó recíprocamente. En el primer caso la caucion es nula; en el segundo permanece válida, á pesar del cambio de la ley (*a*).

La forma de los actos jurídicos debe tambien regularse segun la ley vigente en la época en que se verificó el acto,

(*a*) Sobre el Senado-consulto Veleyano, Meier expresa una opinion diferente de ésta. Hablaré de ella más adelante (§ 392), con motivo de los contratos.

de manera que una ley posterior no tiene influencia alguna sobre su validez, ya dicte una forma más fácil, ya más difícil. Se puede expresar esta proposicion en los siguientes términos: *tempus regit actum*, semejantes á los de la regla del derecho local: *locus regit actum* (§ 381), y aún presenta mayor grado de certidumbre y de necesidad que esta última, pues se la puede considerar fundada en un derecho general consuetudinario y destinada á favorecer los actos jurídicos. En efecto, respecto á la regla del derecho local, motivos de equidad hacen algunas veces que se permita á las partes elegir entre dos derechos el del lugar en que el acto se verifica y el del lugar á que el acto jurídico pertenece bajo otras relaciones, por ejemplo, el derecho del domicilio. En cuanto á la regla *tempus regit actum* esta alternativa es imposible, pues nadie podria prever que la forma del acto haya de cambiarse por una ley futura y bajo qué forma hubiera de ser cambiada. Así, los autores concuerdan en reconocerla unánimemente (*b*).

Sólo hay un caso en que podrian suscitarse dudas acerca de la generalidad de la regla: cuando la ley nueva facilita la forma de un acto jurídico. Aquí podría pretenderse, por condescendencia y con el objeto de mantener los actos jurídicos, admitir la validez del acto, si la forma, insuficiente en el orígen, se halla más tarde que coincide con las prescripciones de la nueva ley. Esto es, en efecto, lo que decide la ley prusiana (*c*). Pero esta decision me parece errónea y creo que lo contrario resulta de los principios generales del derecho, allí donde no existe una ley semejante.

El legislador prusiano parece haber considerado las formas positivas de los actos jurídicos, como restricciones impuestas á la libertad individual en vista del interés general: tales son, por ejemplo, los impuestos que el Estado puede, sin violar el derecho, rebajar en su conjunto ó perdonar graciosamente á los particulares; así, respecto al impuesto del timbre, cuando se ordena el empleo del papel sellado

(*b*) Weber, p. 90 y sig.; Maier, p. 19, 29, 43, 61, 89.

(*c*) Allg. L. R. Einleit. § 17: «Los actos nulos por el defecto de formas, en virtud de las leyes antiguas son válidos si estaban revestidos de las formalidades exigidas por las leyes nuevas, en la época en que se emprendió el litigio.

como condicion para la validez de un acto. Este punto de vista es verdadero, pero no lo es para las demás formas, segun lo muestra el ejemplo siguiente.

Hoy, aquel que en Berlin otorga un testamento ológrafo, ejecuta un acto nulo, que á su muerte no puede conferir ningun derecho. Pero si ántes de la muerte del testador se estableciese en Prusia la ley francesa que reconoce los testamentos ológrafos, segun la ley citada más arriba (nota *c*), su testamento sería válido y regularía el órden de la sucesion. Aparentemente no hay aquí más que un favor concedido al testador por humanidad, mas esto es muy disputable. Una ley que, como la prusiana actual no reconoce más que los testamentos otorgados en juicio, ha sido dictada por diversos motivos, fundados todos en la importancia de los testamentos comparados con los demás actos jurídicos. La intervencion necesaria del juez previene la suposicion de un testamento falso, las resoluciones irreflexivas contra determinadas personas á causa de un arrebato pasajero, y por último, las influencias egoistas contra las cuales queda indefensa la debilidad de un testador aislado y sin consejos. Todos estos motivos refiérense al interés de los particulares, no al del Estado; y si la ley nueva les atribuye ménos valor, no deja por eso de ser asunto delicadísimo el decidir si el interés verdadero del testador, esto es, el mantenimiento de una voluntad real, séria y reflexiva, consiste en dar un efecto retroactivo á un testamento declarado nulo por el derecho anterior.

Esto resulta más evidente aún si procuramos explicar los motivos que indugeron al testador á no seguir las formas del derecho establecidas en la época en que otorgó su testamento. A caso fué únicamente por ignorancia del derecho por lo que no revistió de formas legales una voluntad séria y reflexiva, y sin duda que la disposicion del código que consideramos como un favor, se hizo en esta hipótesis. Más tambien pudo ocurrir que el testador hublese conocido el derecho existente; en cuyo caso, su testamento ológrafo sería sólo el proyecto de un testamento judicial, proyecto acerca del cual se reservaba reflexionar más maduramente, entónces esta ley vendría á confirmar un testamento que acaso jamás hubiera llegado á realizarse. Por otra parte, puede decirse que, cuando el testador mantiene su testamen-

to ológrafo despues de la promulgacion de la ley nueva; es como si lo hubiese escrito de nuevo para lo cual tenía indudablemente expedito su derecho. Pero nada más frecuente en materia de testamentos que la vacilacion y la duda, y de aquí que nada hay tampoco más incierto que el hacer conjeturas acerca del resultado de una voluntad verdadera y definitiva, lo que equivale á entrar en la discusion de circunstancias accidentales y hechos problemáticos; asi que, si se examina imparcialmente la cuestion, se reconocerá que no hay motivos suficientes para abandonar la regla de derecho *tempus regit actum*; pues esta pretendida humanidad nos expone á sancionar actos en oposicion directa con la verdadera voluntad del difunto.

En la aplicacion á las diversas relaciones del derecho seguirémos el órden adoptado en el primer capítulo (*d*).

I) Estado de la persona en sí.
II) Derecho de las cosas.
III) Derecho de las obligaciones.
IV) Derecho de sucesion.
V) Derecho de la familia.

No nos ocuparemos ya especialmente de la forma de los actos jurídicos, pues esta cuestion acaba de ser tratada en este lugar.

§ CCCXCVII.—A. *Adquisicion de los derechos.—Excepciones.*

El resultado de nuestra investigacion ha sido señalar límites en el tiempo á la accion de las leyes nuevas sobre las diversas clases de relaciones jurídicas. En estas reglas puede haber excepciones en dos sentidos: pueden extender ó restringir, en comparacion con estas reglas, la accion de las leyes nuevas.

(*w*) Gayo, III, § 56.
(*x*) L. un., § 13. C., de Lat. libert. toll. (VII, 6).

La extension dada á los efectos de una ley nueva, es decir, una retroactividad excepcional, significa de ordinario que el legislador, convencido de la importancia de una innovacion, quiere extender su eficacia en cuanto sea posible. Como ejemplo de este género citaremos la ley romana sobre los intereses de la que hemos hablado más arriba (§ 386, *f*, *g*). Semejante excepcion se justifica difícilmente, pues sus ventajas están siempre compensadas y áun excedidas por la impresion desfavorable que produce una medida tan arbitraria, aunque esté dictada por las mejores intenciones.—También algunas veces la excepcion reconoce otro motivo, el de favorecer á determinadas personas sin perjudicar á nadie. Por esto, en derecho prusiano una nueva ley penal más suave se aplica á los delitos cometidos bajo el imperio de la antigua ley (*a*). Por el mismo espíritu de miramiento otra ley prusiana dispone que los vicios de formas de un acto jurídico quedaran á cubierto si el acto satisface á una ley nueva que exigiese formas rigurosas. He indicado más arriba (§ 388, *e*), las objeciones que podrían levantarse contra el carácter de esta prescripcion.

Una restriccion excepcional impuesta á los efectos de una ley nueva presenta muchos ménos inconvenientes. Tiene por objeto respetar simples esperanzas que no protege el principio fundamental establecido más arriba (§ 385), y reposa siempre sobre la idea de que si la ley nueva es saludable en sí, no tiene, sin embargo, una importancia tal que deba hacerse una aplicacion directa é inmediata de ella con riesgo de lesionar intereses individuales.

Ya he observado que la ley del emperador romano, que niega en general la retroactividad de las leyes, hace una expresa reserva para las excepciones particulares (§ 386, *a*), reserva que no era necesaria, pues se deja desprender de ella misma. En el curso de esta investigacion he citado muchos ejemplos de estas excepciones tomadas, tanto del derecho romano, como de las legislaciones modernas. Estas excepciones eran extensivas las unas (*b*), restrictas las

(*a*) V. (§ 387, *b*). Esta disposicion estaba ya justificada por el derecho de gracia que pertenece al legislador en cada caso particular.
(*b*) Casos parecidos se encuentran en los §§ 386, 388, 390, 391, 394.

otras (*c*), y cosa digna de notarse, las excepciones de la segunda especie son más numerosas que las de la primera.— Tambien he hecho observar que las excepciones particulares establecidas por el derecho romano no tienen para nosotros significacion alguna práctica en el país en que el derecho romano se introdujera nuevamente como derecho comun (§ 386).

Ahora bien, no debemos admitir semejantes excepciones en las leyes nuevas, sino cuando están allí formalmente expresadas; en efecto, cuando el legislador pretende introducir una excepcion y derogar las reglas, debe expresarla claramente y sin equívocos. Y es de notar que la ley romana que ha servido de base en todos los tiempos á nuestra teoría, expresa de este modo la reserva de las excepciones: «nisi *nominatim* et de præterito tempore... cautum sit» (§ 386, *a*).

En vez de esta precaucion reconocida y prescrita por el mismo derecho romano, un autor moderno intenta reconocer por diferentes signos una retroactividad oculta en las leyes nuevas (*d*). Con este propósito hace intervenir contrastes extraños á la materia, tales como la nulidad y la repulsa de una accion *ipso jure* y *per exceptionem*, etc. En este sistema no sólo se expone uno y es inducido á admitir excepciones imaginarias, sino tambien á confundir, sin darse cuenta, las nociones de regla y de excepcion por la mudanza é incertidumbre de sus límites.

Esta doctrina es especialmente peligrosa cuando se aplica á las legislaciones modernas, donde no podría suponerse un sistema riguroso de expresiones técnicas, como existe en derecho romano; es, pues, violentarlos directamente el someterlos á una interpretacion basada en esta suposicion tácita (*e*).

¡Cosa singular! el derecho romano establece para los casos en que la ley recibe una extension excepcional, una restriccion que puede considerarse como una excepcion á otra

(*c*) Por ejemplo, § 391 y 394.
(*d*) Weber, p. 78, 106; 109, 137, *sig.* Bergmann, *e* 26, 29, expresa ideas más prudentes; sin embargo, § 4 y 5, no está léjos del error de Weber.
(*e*) He hecho una crítica semejante á propósito de los límites locales de las leyes, (§ 374, *c*).

excepcion. La retroactividad ordenada excepcionalmente no tiene lugar si verificando la relacion de derecho á que podría aplicarse ha sido ya objeto de un juicio ó de una transacion (*judicatum vel transactum*). En ninguna parte aparece esta restriccion como un principio general y permanente; pero está reproducida en tantos textos de derecho romano, que podemos, sin vacilar, considerarla como una regla general del derecho romano (*f*). Hé aquí el verdadero motivo real. La sentencia, como la transaccion, trasforma la relacion de derecho primitivo, de modo que la relacion de derecho á que ha de aplicarse la ley nueva está reemplazada por otra.

No se trata aquí solamente de una sentencia definitiva, sino de una sentencia en primera instancia cuando la ley nueva aparece durante la apelacion de la misma (*g*). En efecto, el primer juez no podía sentenciar más que segun la ley vigente en la época de su sentencia, y el juez de apelacion no puede reformar más que una sentencia errónea é ilegal en sí.

La transaccion tampoco debe tomarse rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra (*transactio*); por esta palabra conviene entender toda transaccion que pone fin al litigio, ya se trate de una concesion voluntaria hecha por una ú otra parte de una condonacion, de una renuncia, de un reconocimiento, ora parcial, ora total, con tal que este acto termine definitivamente el litigio (*h*).

Entre las excepciones que acabamos de enumerar colócase ordinariamente el caso de una interpretacion legislativa auténtica (*i*); de modo que semejante ley tendría un efecto retroactivo sobre las relaciones anteriores de derecho. Nada hay, sin duda, que objetar contra la retroactividad de una ley puramente de interpretacion (*k*), sólo que no debe

(*f*) Bergmann, p. 138-146, donde están indicados estos textos.
(*g*) Nov. 115, pr. y C., I.
(*h*) Bergmann, § 25, véase tambien t. V, § 302.
(*i*) V. t. I, § 32.
(*k*) Está confirmada expresamente en la Nov. 143, pr. al fin del texto.

verse en ella un caso excepcional. El punto de la discusion es, pues, más bien teórico que práctico.—Cuando una ley de interpretacion se promulga, su contenido, esto es, el sentido atribuido á la ley interpretada impónese como verdadero y cierto á la conviccion personal del juez, cualquiera que esta sea. Así, pues, cuando juzga conforme á la ley de interpretacion, lo que aplica en realidad es la ley interpretada, cuyo sentido le es revelado por la ley interpretadora, y no hay ninguna retroactividad.

La prueba de que nada excepcional hay aquí es la generalidad de la aplicacion: no establecida solamente para las leyes interpretadoras. Una excepcion indicaría que en ciertos casos las cosas podrían pasar de otra manera, lo cual sería contra naturaleza é invertiría la relacion que existe entre el legislador y el juez.

Podría pensarse que esta discusion tiene un lado práctico en cuanto que á mi parecer no serían aplicables las restricciones ántes mencionadas el juicio y la transaccion; siendo así que son realmente aplicables bajo otro punto de vista. Cuando la ley interpretadora viene á enseñarnos que la sentencia pronunciada ó la transaccion anterior, se apoya sobre una interpretacion falsa, ni la sentencia ni la transaccion pierden por esto su eficacia (*l*). Todavía aquí la circunstancia decisiva es la invocada más arriba: que la sentencia y la transaccion han transformado la antigua relacion jurídica.

Esta regla acerca de la retroactividad se aplica, no sólo á la interpretacion de una ley oscura, sino tambien al reconocimiento y á la confirmacion de una ley anterior al derecho consuetudinario cuya existencia ó fuerza obligatoria estuviese puesta en duda; mas no se aplica al restablecimiento de una ley antigua caida en desuso.

Muchos autores distinguen equivocadamente entre la interpretacion verdadera y la interpretacion falsa de una ley fundados en que esta última sólo crea en realidad un derecho nuevo; entónces el juez se colocaría sobre el legislador y desnaturalizaría sus funciones. Trátase únicamente de saber si el legislador ha dado y ha querido dar una ley interpretadora y no si en la opinion del Juez esta ley es ó no conforme á la verdad (*m*).

(*l*) La sentecia es nula, puesto que ciertamente no contradice á ninguna ley clara. Weber, p. 212, 214. (Si la ley interpretadora fué dada durante el curso de la instancia apelada el juez de apelacion tendrían solamentente algo que reformar). La transacion no puede atacarse ni áun por causa de un error de hecho. L. 65, § I, de cond. ideb. (XII, 1); L. 23, C., de transact. (II, 4). V. t. V, p. 330, 331.

La retroactividad de las leyes interpretadoras está reconocida por el derecho prusiano, y con razon, como una regla permanente y hecha para todos los tiempos (*n*). Pero relativamente á la introduccion del nuevo Código existe una disposicion puramente transistoria, mandando que para el juicio de las antiguas relaciones de derecho si la ley de entónces era oscura y la jurisprudencia incierta debía seguirse la opinion conforme al contenido del Código ó la que con él guarda más analogía (*o*).

§ CCCXCVIII.—B. *Existencia de los derechos.—Principio fundamental.*

La base de la presente investigacion era la distincion de la regla jurídica en dos clases (§ 384). La primera, que tenía por objeto la adquisicion de los derechos, estaba sometida al principio de la no retroactividad, es decir, al mantenimiento de los derechos adquiridos. La segunda clase de reglas de que vamos á ocuparnos tiene por objeto la existencia de los derechos, y aquí el principio de la no retroactividad no tiene aplicacion.

Las reglas acerca de la existencia de los derechos son desde luego las relativas al contraste entre la existencia ó no existencia de una institucion de derecho; así, las leyes que derogan enteramente una institucion y aquellas que, sin abolirla enteramente, modifican de un modo esencial su naturaleza; versan, por tanto sobre el contraste de dos modos de existencia distintos. Decimos que todas estas leyes no podrían someterse al principio del mantenimiento de los derechos adquiridos (de la no retroactividad); pues enten-

(*m*) Sobre la aplicacion al pasado de las leyes interpretadoras en general, véase Weber. p. 54, 61, 194, 208; Bergmann, § 10 12; § 31, 33.
(*n*) Allg. Candrecht, Einleitung. § 15.
(*o*) Publications patent. von 1794, § 9.

didas de este modo las leyes más importantes de esta especie perderían toda su significacion.

Con el fin de evidenciar esta verdad tomaremos tres leyes dictadas en nuestros dias en diferentes paises é intentaremos aplicarles el principio de la no retroactividad. Una ley deroga la servidumbre de la gleva, otra los diezmos, sin indemnizacion alguna, como aconteció por ejemplo, en el principio de la revolucion francesa. Una tercera ley declara redimibles los diezmos ántes irredimibles y autoriza al deudor, y aún quizá al acreedor mismo, á transformarlos en una prestacion de naturaleza distinta, pero de igual valor. Apliquemos á estas tres leyes el principio de la no retroactividad y hé aquí el sentido que tendrán. En el porvenir toda constitucion de una servidumbre de la gleva ó de un derecho de diezmo queda prohibida, es nula y de ningun efecto. De igual modo toda constitucion de un derecho de diezmos debe reservar á cada una de las partes la facultad de redencion. Entendidas así estas leyes serán completamente inútiles, pues hace mucho que nadie piensa en constituir servidumbre de la gleva ni derecho de diezmo. El legislador no se ha propuesto ciertamente este resultado y el espíritu de estas leyes está en oposicion directa con el de las leyes concernientes á la adquisicion de los derechos; leyes que no tienen efecto retroactivo, regulan sólo las relaciones de los futuros derechos y mantienen los adquiridos fuera de un exacto número de excepciones que carecen de importancia y desaparecen ante la generalidad del principio.

Acaso se preguntará si esta clase de leyes que extinguen ó trasforman los derechos adquiridos no son por esto mismo injustas y dignas de censura. No pretendo eludir esta cuestion que me propongo tratar especialmente; más para no interrumpir el curso de nuestra investigacion voy desde luego á examinar la intencion y el sentido de las leyes que nos ocupan, reservándome para el fin (§ 400) el discutir su legitimidad.

El sentido y la intencion de las leyes de esta clase puede expresarse por las siguientes fórmulas, que están en oposicion directa con el principio fundamental establecido más arriba (§ 384, 385), para las leyes de la primera clase.

Las leyes nuevas, pertenecientes á esta segunda clase, tienen un efecto retroactivo.

Las leyes nuevas que pertenecen á esta clase no deben mantener los derechos adquiridos.

Hé aquí una consideracion á propósito para confirmar bajo otro punto de vista el sentido é intencion que atribuyo á estas leyes. La mayor parte y las más importantes de estas reglas tienen esa naturaleza positiva rigurosamente obligatoria que hemos descrito en otra ocasion; pues tienen sus raíces fuera del dominio del derecho puro y su fin las pone en contacto con la moral, la política y la economía política (§ 349). Ahora bien, el carácter de estas leyes rigurosamente obligatorias segun lo manifestamos ya al tratar de la colision de las leyes locales, lo constituye una extension de poder y de eficacia mayor que para las otras leyes.

Veamos ahora cuál es la posicion de nuestros autores relativamente á la doctrina expuesta. En ninguna parte se halla la distincion de dos clases de reglas sometidas á principios distintos y completamente opuestos y el principio de la no retroactividad se ofrece como comun á todas. Podría, pues, pensarse que los autores dan á las leyes que nos ocupan el sentido imposible en la práctica ya indicado, esto es, que miran la abolicion de la servidumbre de la gleva como una prohibicion de constituirla en el porvenir. Léjos de eso, colocan estas leyes entre los casos de retroactividad excepcional reservados por el derecho romano (§ 397) y desde luego los aplican á los derechos adquiridos (*a*).

Semejante expediente debe rechazarse, aunque satisfaga la necesidad inmediata. Las excepciones del principio de la no retroactividad tienen una naturaleza accidental, no son en modo alguno indispensables y valdría más que no existiesen. Ahora bien, nada de esto conviene á las leyes que nos ocupan. Cuando se las examina sin prevencion se reconoce que el expediente de estos autores es completamente forzado é impone á estas leyes un sentido que no tienen. En este sistema la ley que deroga la servidumbre de la gleva se colocaría en la misma categoría que la ley de Justiniano relativa á los intereses prohibidos y su contenido completo debería lógicamente reducirse á estos términos: está prohibido constituir para lo futuro servidumbres

(*a*) Weber, p. 51, 52, 188, 189; Bergmann, p. 156, 177, 257.

de la gleva, y además esta prescripcion tiene excepcionalmente un efecto retroactivo, de modo que deroga toda servidumbre de la gleva existente en la actualidad. Aquí llegaría á ser el pensamiento principal una disposicion completamente inútil y en que nadie ha pensado y la única cosa en que el legislador se propuso figuraría sólo como una excepcion y un incidente.

En la mayoría de las leyes de esta especie no se encontrará seguramente nada que indique el pensamiento de un efecto retroactivo.

Añádase á estos motivos otro puramente práctico que debe hacer rechazar absolutamente esta doctrina. Si se tratase realmente en estas leyes de una retroactividad excepcional no debiamos admitirla más que con ciertas restricciones (§ 397, *f*), y así cesaria siempre que la relacion de derecho hubiera sido objeto de una sentencia ó de una transaccion, de este modo se llegaría á este absurdo resultado, á la abolicion de todos los diezmos que jamás hubiesen sido puestos en duda y al mantenimiento de todos los que hubiesen dado lugar á un proceso ó á una transaccion. —En realidad nuestros autores no admiten este resultado absurdo y declaran la abolicion general (*b*), mas para llegar á esto hácese preciso evidentemente que esta restriccion (que es ella misma una excepcion á otra excepcion), sea excluida por una excepcion nueva, es decir, por una excepcion elevada á la tercera potencia.

Véase, pues, cuán poco racional es una doctrina que necesita recurrir á semejantes expedientes.

Completamente característica es otra manera de resolver la dificultad que propone otro autor (*c*). Este no admite en general efecto alguno retroactivo, ni accion alguna del legislador acerca de la colision de las leyes en el tiempo (§ 387, *i*).

Bástale en cuanto á la solucion de nuestra dificultad con enumerar las instituciones que condena, tales como la servidumbre de la gleva y la exencion de los impuestos para la nobleza. Llámalas atrocidades, infamias morales, iniquidades; que no tienen en derecho existencia alguna.

(*b*) Weber, p. 213, 215. Bergmann, p. 259.
(*c*) Struve, p. 150, 152, 274, 276.

Cuando una ley las deroga, no tienen necesidad de efecto retroactivo. Más aun; cada uno de los tres poderes del Estado, el legislativo, el judicial, y el ejecutivo tienen facultad para no reconocer estas instituciones y para abolirlas en la práctica. Inútil es refutar semejante teoría: señalaremos sólo una dificultad que presentaría en la práctica, la fijacion y la limitacion de estas atrocidades y de estas infamias: los pareceres de los diversos depositarios de los tres poderes del Estado podrían muy bien no estar conformes y aun podrian existir entre ellos comunistas consecuentes que colocasen la propiedad en el número de las atrocidades y de las infamias.

Si se admite conmigo la existencia de dos clases de reglas de derecho sometidas á principios diametralmente opuestos, es de la mayor importancia determinar rigorosamente los límites de estas dos clases.

Esta demarcacion en multitud de casos, en aquellos, por ejemplo, en que la ley deroga enteramente una institucion no es dudosa en modo alguno. Puede ofrecer duda cuando la ley no deroga una institucion sino solamente la modifica (*d*). Trataré entónces de determinar el contenido y fin de la ley imparcialmente: un signo cierto de demarcacion, y bastante en la mayoría de los casos, es el de comprobar si la ley nueva figura entre esas leyes completamente positivas y rigorosamente obligatorias que tienen sus raíces fuera del dominio del derecho puro. En semejantes casos debemos comprenderla ó incluirla entre las leyes que tratan de la existencia de los derechos, leyes á que no se aplica el principio de no retroactividad.

§ CCCC.—*Existencia de los derechos.—Justificacion de las leyes sobre esta materia.*

Vuelvo á la cuestion planteada más arriba referente á la legitimidad de las leyes que nos ocupan.

Hemos visto que estas leyes, á lo ménos en la mayoría de los casos y los más importantes, deben necesariamente afectar á los derechos adquiridos, pues borran ó modifican esencialmente las mismas instituciones de derecho, es decir (*a*), que rigen estas instituciones sin atender á la voluntad de los titulares.

Sin dejar de admitir este hecho puede pretenderse que por esto mismo las leyes de esta especie son inadmisibles y condenables como violaciones de derecho. Los que hagan esta objecion evidentemente han de suponer que todo ataque contra un derecho adquirido sin el consentimiento del titular es bajo el punto de vista jurídico radicalmente imposible y esta imposibilidad les aparece como un principio superior y absoluto. Tal suposicion es precisamente la que no puedo admitir por las siguientes razones.

Desde luego, es incompatible con la naturaleza general y con el orígen del derecho. El derecho tiene sus raíces en las condiciones comunes del pueblo, las cules, por una parte difieren esencialmente de las convicciones variables accidentales y pasajeras del individuo, por otra parte se hallan sometidas á la ley de un desarrollo progresivo y no podemos representárnosla en un estado de fijeza é inmovilidad (*b*). No podriamos reconocer en un siglo el poder de imponer irrevocablemente sus propias condiciones á todos

(*a*) Más tarde la ley prusiana del 11 de Marzo de 1818, refiriéndose á esta excepcion, declaró abolidos para siempre los feudos y feideco-misos, respecto á los que no se habia presentado áun el caso más próximo de sucesion que habia sido reservado. Gesetzsammlung, 1818, p. 17.

(*a*) V. t. I, § 4, 5, la definicion que doy de las relaciones de derecho y de las instituciones de derecho.

(*b*) V. t. I, § 7.

los tiempos futuros. Algunos ejemplos pondrán de manifiesto este principio con toda claridad.

La esclavitud fué considerada en toda la antigüedad como una especie de necesidad natural y no se admitia la posibilidad de que un pueblo civilizado subsistiese sin esclavos. A los ojos de Europa cristiana la esclavitud es absolutamente imposible y contraria á todas las ideas de derecho (*c*). Entre estos dos extremos la accion contínua de las costumbres y las ideas cristianas ha sido tan lenta é insensible que no se podria determinar con certeza la época en que terminó el antiguo estado de cosas. Supongamos ahora, por el contrario, que este cambio se haya operado rápidamente á consecuencia de una impulsion violenta y súbita comunicada á los espíritus, no podría negarse en semejante época el derecho de sancionar la general conviccion y abolir para lo futuro la esclavitud como institucion de derecho. Por lo demás, muchos medios pueden imaginarse para suavizar la transicion y efectuarla sin peligros.

El derecho de diezmo nos suministra otro ejemplo del mismo género. En los tiempos en que el cultivo del suelo estaba poco desenvuelto y estacionario el diezmo podía ser una institucion conveniente, sencilla, natural y muy extendida. Cuando la actividad industrial hubo progresado, debieron convencerse de que este impuesto que recaía sobre la renta bruta ponía trabas á toda mejora de la agricultura y era con frecuencia de imposible ejecucion.

Los deudores sufrían este estado de cosas y con ellos el Estado entero; pero los acreedores podrían oponerse á la modificacion de un impuesto que era cómodo para ellos. Cuando estuvieron generalmente convencidos de las desventajas del diezmo no redimible, la legislacion lo declaró

(*c*) Muchos autores han intentado oscurecer y desvirtuar este contraste comparando las penas severas, tales como la reclusion y los trabajos forzados, á que están sometidos los hombres libres en los tiempos modernos, con la suerte á menudo dulce y dichosa de los esclavos de la antigüedad. Pero esta comparacion altera la verdadera relacion de las cosas. Para comprender fácilmente este contraste, no debe perderse de vista el orígen de la esclavitud por el nacimiento; en segundo lugar, la asimilacion en derecho de esclavos considerados como mercancía con los animales domésticos. (Ulpiano, XIX, 1). No nos ocupamos aquí de las diferencias que presenta el estado actual de los esclavos en Oriente y en América.

redimible, procurando de este modo al Estado y á los deudores un beneficio patente, sin inferir por eso perjuicio alguno al acreedor, á quien se indemnizaba completamente.

El primer motivo que acabamos de desarrollar para justificar las leyes que, aboliendo ó trasformando las instituciones, afectan á los derechos adquiridos, estaba tomado del origen del derecho, es decir, que descansaba en el concepto del pueblo, cuyas convicciones forman la raiz del derecho mismo.

Un segundo motivo, que daba el mismo resultado, procedia de los individuos considerados como titulares de derechos adquiridos. Los que sostienen la inviolabilidad absoluta de éstos, condenan sólo la coaccion hecha á los titulares por las leyes nuevas; admitian la legitimidad de la innovacion, si los titulares consentían en la abolicion ó modificacion de sus derechos. Examinemos ahora más de cerca la naturaleza de estos poseedores de derechos adquiridos. El derecho adquirido nos aparece como una extension dada al poder de un individuo y tiene siempre un carácter más ó ménos accidental (*d*). Ahora bien, el individuo sólo tiene una existencia limitada y pasajera. Si, entre tanto, se critican las leyes que, aboliendo ó modificando las instituciones, lastiman los derechos adquiridos, esta crítica al ménos, vista la naturaleza del titular, debe, bajo un doble punto de vista, encerrarse en estrechos límites.

La legitimidad de la accion de la ley nueva puede, cuando más, ponerse en duda mientras vive el titular del derecho adquirido. Si deja herederos, éstos no tenian al promulgarse la nueva ley ningun derecho adquirido susceptible de ser violado. En otros términos, todo derecho de sucesion es puramente positivo, y cuando una nueva ley los somete á condiciones y restricciones, esto jamás puede constituir una violacion de derechos adquiridos. Apliquemos este principio al caso citado ántes como ejemplo. Si la ley nueva que queria abolir la esclavitud hubiese ordenado que en el porvenir ningun heredero adquiriria por este título la propiedad de los esclavos, ciertamente no hubiera violado ningun derecho adquirido.

(*d*) V. t. I, § 4, 52, 53.

Esta consideracion descansaba sobre el fin próximo de toda vida humana: si nos remontamos á su principio llegaremos al mismo resultado. Todo hombre debe reconocer el estado de derecho que encuentra establecido en el momento de su nacimiento. Si, pues, con anterioridad á esta fecha, una ley nueva ha abolido ó modificado una institucion, para él, al ménos, esta ley no ha podido violar un derecho adquirido (*e*).

Sin embargo, estos motivos sólo valen para rechazar la ilegitimidad absoluta de las leyes que nos ocupan, á las cuales distamos mucho de querer conceder una accion ilimitada y arbitraria. Más bien debemos sacar toda esta cuestion del dominio del derecho absoluto para colocarla en el dominio de la legislacion política donde tiene su verdadero local, y aquí, para prevenir deplorables errores, encarecemos la necesidad de proceder con prudencia, talento y moderacion. Hé aquí, poco más ó ménos, la marcha que ha de seguirse en semejantes casos.

Desde luego, el legislador debe usar de una gran reserva, no admitir ligeramente la necesidad de leyes semejantes y desconfiar tambien de esos motivos fundados en puras teorías y una pretendida opinion pública que reclama una innovacion para el bien del Estado.

Débese despues en la ejecucion guardar muchos miramientos para no violar la equidad. En lo que toca á las leyes más importantes de esta clase que tratan de las relaciones de derecho destinadas á durar siempre (§ 399, I), será atendida la equidad si en vez de abolirse una institucion se la modifica, ó si las relaciones de derecho cesan sólo de ser indisolubles. La ley habrá cumplido su fin si los titulares de los derechos reciben por estos medios una indemnizacion verdadera y completa, lo cual no es difícil en los casos tan numerosos de cargas reales de toda especie, donde no hay ordinariamente más que dos personas interesadas. La política y la economía política quedarán plenamente satisfechas si la liquidacion de estos derechos se opera por vía de indemnizacion, sin enriquecer á una de

(*e*) Meyer, p. 34, 35, v. § 395, *b*. Así, pues, una ley que abole feudos ó las sustituciones no afecta ciertamente á los derechos de los que han de nacer más tarde.

las partes á expensas de la otra, lo cual nunca está justificado por la naturaleza de semejantes leyes.

En nuestros dias Inglaterra nos ha dado un gran ejemplo de equidad cuando al emancipar á los esclavos ha indemnizado á expensas del Estado á los propietarios de esclavos de las pérdidas que experimentaban.

Este fin es muy difícil de alcanzar cuando se trata de abolir los feudos y fideicomisos; pues las pretensiones y las espectativas de los llamados á suceder son por extremo inciertas. Puede intentarse disminuir el perjuicio difiriendo para un tiempo la ejecucion de la ley (§ 399, *o*).

En muchos casos no es necesaria la indemnizacion; basta facilitar el tránsito para evitar todo perjuicio posible. Esto es lo que se ha hecho en los numerosos casos en que el régimen hipotecario prusiano ha reemplazado el derecho de prenda establecido por el derecho romano. Tratábase únicamente de conservar á los antiguos acreedores provistos de una prenda sus derechos y su prioridad. A este efecto, se les ha notificado citándoles públicamente para que se dieran á conocer en un cierto plazo é hiciesen inscribir sus créditos en los nuevos registros de hipotecas, con el puesto que les concedia el antiguo derecho.

Cuando Justiniano abolió la doble propiedad (§ 399, *n*), no hubo necesidad de semejante medida y ménos aún de indemnizacion. En efecto, este cambio á nadie quitaba derechos ni ventajas y el fin que el legislador se proponia, segun su propia declaracion, quedó cumplido cuando la juventud estudiosa se vió libre del espanto que le producia la erudicion inútil exigida hasta entónces en esta materia.

BIBLIOTECA DE ETICA, FILOSOFIA DEL
DERECHO Y POLITICA — 41
Dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

JOSEP AGUILO

SOBRE LA DEROGACION

ENSAYO DE DINAMICA JURIDICA

Distribuciones
Fontamara, S.A.

Primera edición: 1995

A Luisa y Laura

Composición tipográfica: Alma Camacho

Reservados todos los derechos conforme a la ley

© Distribuciones Fontamara, S.A.
Av. Hidalgo No. 47-B — Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán — 04100 México, D.F.
Telefax 659-71-17, 659-79-78, 658-42-82

ISBN 968-476-238-0

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1. Preliminares sobre la derogación

1.1. El carácter dinámico del Derecho

Es un lugar común de la teoría del Derecho contemporánea la afirmación de que los sistemas jurídicos desarrollados se caracterizan por ser sistemas dinámicos. Con esta idea no se trata de expresar tan sólo que el contenido de los sistemas jurídicos (esto es, las normas que los componen) puede cambiar con el transcurso del tiempo, sino que todo sistema jurídico contiene reglas destinadas a regular su propio cambio. En oposición a lo anterior, estáticos serían aquellos órdenes sociales consuetudinarios en los que la única manera de cambiar sus normas consistiera

> "en el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas"[140].

El carácter dinámico se predica, pues, de aquellos órdenes que contienen normas que designan qué miembros del grupo (y por qué procedi-

[140] H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho,* (trad. de G. Carrió), Editora Nacional, México, 1980, p. 115.

mientos) pueden introducir nuevas normas y dejar sin efecto normas anteriores; esto es, se predica de los órdenes normativos que prevén la posibilidad del *cambio deliberado* de sus normas. Pues bien, la derogación es una institución íntimamente relacionada con dicha propiedad del Derecho. Su función es la de determinar qué normas han quedado sin efecto como consecuencia de actos derogatorios realizados por quien es el titular de la potestad de dictar nuevas normas.

1.2. Fuentes y normas

1.2.1. La derogación, institución típicamente legislativa, es, por decirlo de algún modo y con las matizaciones que más adelante se verán, el complemento de la promulgación como acto deliberado de creación de normas jurídicas.

1.2.2. En contextos legislativos, la expresión "norma jurídica" es ambigua: en unas ocasiones se usa en el sentido de formulación de normas y, en otras, en el de contenido de esas mismas formulaciones. Para romper esa ambigüedad se propone denominar "fuentes" a las formulaciones de normas, esto es, a aquellas entidades cuya existencia depende de actos de promulgación; y "normas" a los contenidos de esas formulaciones y, así, su existencia dependerá de actos de interpretación de las fuentes.

1.3. Abrogatio y derogatio

La jurisprudencia romana distinguió entre *abrogatio* y *derogatio*. En *Digesto* 50, 16, 102 se recoge el siguiente texto de Modestino: "La ley puede ser derogada o abrogada: se deroga cuando se suprime una parte y se abroga cuando se elimina toda ella". Esta distinción, que ha perdurado en algunas lenguas románicas, no es usual, sin embargo, en español, donde la expresión "derogación" engloba ambos significados. En italiano, por ejemplo, la palabra *deroga* se usa en un sentido muy semejante al clásico y, así, se reserva para referirse al caso en que una ley especial exceptúa a una ley general[141].

[141] Cfr. Luis Mª Diez-Picazo, *La derogación de las leyes*, ob. cit., pp. 33ss.

1.4. La ambigüedad de "derogación"

La expresión "derogación" es ambigua. Se utiliza tanto para referirse al acto derogatorio, esto es, al acto mediante el cual la autoridad titular del poder normativo produce ciertos efectos derogatorios, como para aludir a los efectos que se derivan de la realización de dichos actos[142].

2. Los actos derogatorios

2.1. Tipología de los actos derogatorios

2.1.1. Hay cuatro casos que los juristas no dudan en calificar de derogación: A. El caso de las "cláusulas derogatorias concretas", es decir, aquéllas que mencionan a las formulaciones de normas que derogan. Me refiero a cláusulas del tipo: "queda derogado el art. x de la ley y". B. El caso de las "clausulas derogatorias genéricas", es decir, aquéllas que no mencionan a las disposiciones que pretenden derogar. Estas cláusulas adoptan formulaciones semejantes a la siguiente: "quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley". C. Los juristas consideran también un caso de derogación la determinación, en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, de las relaciones de preferencia entre normas jurídicas incompatibles. Así, ante un conflicto de normas, los juristas operan dando por supuesto que uno de los actos de promulgación de las normas incompatibles lo era también de derogación. En consecuencia, denominan principios derogatorios a los criterios que gobiernan la referida ordenación, esto es, a los principios de *lex superior, lex posterior* y *lex specialis*. Y, finalmente, D. se considera también un caso de derogación a la sustitución de textos de las fuentes del Derecho (formulaciones de normas), aunque no cambie la regulación de la materia a que se refieren. Este último es el caso, por ejemplo, de los llamados textos refundidos.

2.1.2. Si se analizan brevemente estos cuatro casos, no es difícil observar que de ellos pueden extraerse dos tipos relevantes de actos derogatorios: los expresos y los tácitos, que se corresponden respectivamente con los casos A. y C. El caso B., esto es, el de "las cláusulas derogatorias genéri-

[142] Cfr. C. Alchourrón, "Normative Order and Derogation", ob. cit., p. 53.

cas", puede ser reducido al C. porque dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior*. Y el caso D. es irrelevante porque o bien se realiza incorporando cláusulas derogatorias concretas (en cuyo caso sería reducible al caso A.), o bien lo único que genera es redundancia.

2.2. Tipos de derogación.

2.2.1. A partir de estos dos tipos de actos derogatorios, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje, puede hablarse de derogación expresa, que se realiza a través de las cláusulas derogatorias concretas, y de derogación tácita o por incompatibilidad, que supone la edicción de normas incompatibles con las que se derogan.

2.2.2. Si se consideran estos dos tipos de derogación (con las características y efectos que más adelante se exponen), es fácil percatarse de las dificultades que entraña tratar a la derogación como un fenómeno unitario; pues, mientras que la expresa se configura como una relación entre actos normativos (de promulgación y de derogación), la tácita se configura como una relación entre normas (es el resultado de la solución de un conflicto de normas). Para ver con más claridad las referidas dificultades, considérese, por ejemplo, la distinción entre teoría dinámica y teoría estática del Derecho. Ella está construida sobre la base de observar el mismo objeto, el Derecho, bien como una secuencia de actos normativos, bien como un conjunto de normas resultado de esos actos. Si proyectamos esta distinción sobre los dos tipos de derogación salta inmediatamente a la vista que mientras que la derogación expresa constituiría un tema central de la teoría dinámica (relaciones entre actos), la tácita lo sería de la teoría estática (relaciones entre normas).

3. La derogación expresa

3.1. Características y efecto de la derogación expresa

3.1.1. La derogación expresa opera sobre las formulaciones de normas, tiene lugar en el nivel de las fuentes. Para que ella se produzca es condición necesaria que la autoridad mencione las formulaciones que pretende derogar. Que cambie el conjunto de normas del sistema jurídico, esto es,

el conjunto de acciones calificadas como obligatorias, prohibidas o permitidas, no es condición necesaria para afirmar que estamos ante un caso de derogación expresa: habrá derogaciones expresas que conlleven un cambio en dicho conjunto y otras que no.

3.1.2. Del hecho de que la derogación expresa opere siempre sobre las formulaciones de normas se sigue que la realiza directamente la autoridad edictora que tiene competencia para intervenir sobre aquéllas. Para que se produzca la derogación expresa no se requiere la intervención del intérprete o aplicador del Derecho. Este interpreta y, como consecuencia de ello, aplica las formulaciones de normas que le suministra la autoridad edictora.

3.1.3. No cabe hablar de incoherencia normativa como resultado de una derogación expresa. Entre la cláusula derogatoria concreta y la formulación de la norma que ella menciona no puede darse una contradicción, pues sus contenidos jamás pueden ser conflictivos. El único conflicto que puede darse es entre el acto de promulgación de la norma que se pretende derogar y el acto de rechazo representado por la cláusula derogatoria concreta.

3.1.4. El efecto que tiene la derogación expresa es el de limitar en el tiempo el papel de fuente del Derecho de una formulación de normas. Pero ello, en general, no implica su pérdida inmediata de validez, dado que para resolver los casos surgidos con anterioridad a la derogación, en virtud del principio de irretroactividad, seguirán realizándose sobre ella interpretaciones operativas.

3.2. La "norma derogatoria".

3.2.1. Con la expresión "normas derogatorias" se alude a las cláusulas derogatorias concretas, es decir, a aquellas disposiciones que son el resultado del ejercicio del poder derogatorio. Deben diferenciarse, por tanto, de las normas reguladoras de la derogación, que son aquéllas destinadas a conferir el poder derogatorio, indicar cómo debe ejercerse y fijar el alcance del mismo.

3.2.2. La teoría de la "norma derogatoria" ha tratado, en general, a la promulgación y a la derogación de manera completamente asimétrica. Mientras que ha contemplado la promulgación como un acto normativo y, en consecuencia, no se ha preguntado qué tipo de normas son las cláusulas de promulgación o sanción de un determinado texto normativo, ni qué efectos tendría su posible derogación, etc., ha tratado a las cláusulas

derogatorias no como expresión de la realización de actos normativos, sino como normas y, consecuentemente, ha problematizado cosas tales como la doble derogación.

3.2.3. La explicación del tratamiento asimétrico entre promulgación y derogación se encuentra en que, dada la actual técnica legislativa, las cláusulas derogatorias van siempre en el interior de una fuente del Derecho, es decir, en el interior de lo promulgado, de lo susceptible de ser individualizado, cosa que, obviamente, no ocurre con las de promulgación.

3.2.4. Promulgación y derogación son actos normativos complementarios que tienen su razón de ser en el hecho de que la potestad legislativa, de la que son una manifestación, no se agota con su ejercicio puntual: la autoridad titular de dicha potestad puede ejercerla, en principio, cuantas veces quiera. Si ello es así, tanto las cláusulas de promulgación (del tipo "Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley") como las de derogación (del tipo "queda derogado el artículo x de la ley Y") deben ser vistas como expresivas de la realización de actos normativos que son el resultado del uso de las reglas que confieren dichos poderes normativos.

4. La derogación tácita

4.1. Características y efectos de la derogación tácita

4.1.1. La derogación tácita o por incompatibilidad opera en el nivel de los contenidos proposicionales de las formulaciones de normas. Ello supone que siempre que hay una derogación por incompatibilidad se produce un cambio en las normas del sistema.

4.1.2. Para que la derogación por incompatibilidad tenga lugar es condición necesaria que la autoridad edictora de normas haya generado (a través de dos actos de promulgación) una incoherencia normativa. Otro elemento necesario de la derogación por incompatibilidad es la intervención del intérprete o aplicador del Derecho que debe, primero, detectar la inconsistencia y, segundo, realizar una ordenación (dar preferencia a unas sobre otras) de las normas conflictivas.

4.1.3. No toda incoherencia normativa da lugar a una derogación por incompatibilidad. Sólo hay derogación cuando la ordenación de las normas conflictivas se realiza aplicando el criterio de *lex posterior*. De la aplicación de los criterios de *lex specialis* y de *lex superior* no se sigue derogación alguna.

4.1.4. El efecto que produce la derogación tácita es el de limitar en el tiempo la aplicabilidad de la norma derogada. Ello no implica necesariamente su pérdida de validez, pues, en general y en virtud del principio de irretroactividad deberá seguir siendo aplicada en la resolución de los casos surgidos con anterioridad a la derogación.

4.2. Los criterios de lex specialis y de lex superior

4.2.1. El principio de *lex specialis* opera como un principio de individualización de disposiciones jurídicas complejas, pero no como un principio derogatorio. Para darse cuenta de ello, basta con percatarse de que la oposición "disposiciones generales" vs. "disposiciones especiales" es una de las técnicas más básicas de la organización de textos normativos y de que no tiene sentido decir que, por ejemplo, cuando el legislador promulga las disposiciones generales relativas a los contratos y las particulares relativas a cada uno de los tipos de contrato, está simultáneamente promulgando y derogando las referidas disposiciones generales.

4.2.2. El principio de *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos pero nunca como un principio derogatorio. Sirve como fundamento para todas las formas de anulación o nulidad de normas jurídicas, pero verlo como un principio derogatorio –y, en consecuencia, ver a la nulidad como un caso particular de derogación– lleva a una visión deformada de los modos en que opera el Derecho. La derogación es un fenómeno perfectamente regular cuyo fundamento no es otro que el de responder a la exigencia de dejar abierta la posibilidad del cambio dentro del sistema. Dicho en otras palabras, la derogación y el principio de *lex posterior* responden a la exigencia de no dejar al sistema preso de la tradición. Su presencia en el interior del orden jurídico cumple la función –por decirlo en términos hartianos– de evitar los inconvenientes que se derivarían del carácter estático de un régimen que contuviera sólo normas de obligación. El principio de *lex superior* –y todas las formas de nulidad que en él se fundamentan– responde a una exigencia completamente diferente, por no decir opuesta. En virtud del principio de *lex superior* no se innova el sistema jurídico, sino todo lo contrario: se dan instrumentos para conservarlo. Todas las formas de nulidad responden a la idea de mantener, conservar la autoridad del Derecho.

5. Derogación y validez

5.1. Los criterios de validez

5.1.1. La validez se predica de multiples objetos: los actos normativos, las normas (en el sentido de entidades dependientes de la interpretación) y las formulaciones de normas (en el sentido de entidades dependientes de actos de promulgación).

5.1.2. Un acto normativo es válido cuando lo ha realizado el sujeto al que las metanormas de competencia (o reglas que confieren poderes) le habían conferido el poder y, además, lo ha hecho siguiendo el procedimiento típico. La validez predicada de los actos normativos está estrechamente relacionada con el reconocimiento de las fuentes del Derecho de creación deliberada. Los actos de promulgación son un tipo de los actos normativos, y su validez permite determinar la existencia de las fuentes del Derecho. La nulidad opera como complementario de la validez. Ello quiere decir que el producto de un acto normativo nulo no existe para el Derecho. Una formulación de normas dictada por una asamblea de estudiantes o un proyecto de ley que no recibe el suficiente número de votos en el parlamento jamás serán considerados leyes. Dichas formulaciones de normas no serán candidatas para ser interpretadas, ellas no existirán como fuentes del Derecho.

5.1.3. Una norma será válida si es el significado de una o varias formulaciones de normas que, a su vez, son el resultado de actos normativos válidos, esto es, si es el significado de alguna fuente del Derecho, y, *además,* es compatible con el resto de normas adscribibles a fuentes del Derecho de rango superior. En este contexto, la validez como predicado de las normas significa que el deber ser que ellas incorporan es lo jurídica o sistemáticamente debido. Si se atiende a lo dicho hasta ahora no es difícil advertir que la cuestión de la validez en el nivel de las normas está esencialmente vinculada con la jerarquía y la consistencia. El juicio de nulidad opera como complementario del de validez e implica que el deber ser de la norma nula no debería ser aplicado en la resolución de ningún tipo de casos.

5.1.4. La validez se puede predicar de las formulaciones de normas sólo por metonima de la validez de los actos normativos de los que ellas son el resultado o de la validez de las normas que ellas expresan. A partir de ahí se puede distinguir entre validez formal y validez material. La validez formal de una formulación de normas está vinculada a la validez del acto

normativo del cual ella es resultado y quiere decir que dicha formulación es una fuente del Derecho de creación deliberada. La validez material de una fuente del Derecho está relacionada con las normas que ella contiene: una fuente del Derecho será materialmente válida si contiene normas válidas. Si se toma en cuenta esta distinción, expresiones como "ley inconstitucional" o "reglamento ilegal" pierden su carácter contradictorio.

5.2. Derogación y pérdida de validez

5.2.1. La derogación no puede ser definida como uno de los modos de perder validez de las fuentes del Derecho ni de las normas jurídicas.

5.2.2. La derogación expresa de una formulación de normas no implica que ella deje de ser válida, esto es, que deje de existir como fuente del Derecho. En general seguirá cumpliendo su papel de fuente del Derecho (sobre ella seguirán haciéndose interpretaciones operativas) al menos para los casos surgidos con anterioridad a la derogación y pendientes de resolución.

5.2.3. La derogación de una norma no implica su pérdida de validez. Que una norma sea válida quiere decir que lo prescrito por ella debe ser y las normas derogadas, en general, deben seguir siendo aplicadas a los casos surgidos con anterioridad a la derogación.

5.2.4. Cuando, como consecuencia de una derogación, se produce la pérdida de validez de una fuente o de una norma no es por efecto directo de aquélla, sino bien por la aplicación de ciertos principios especiales de la dinámica jurídica como, por ejemplo, los del Derecho penal, bien por una disposición expresa de la autoridad edictora contraviniendo el principio de irretroactividad.

6. Derogación y otras figuras afines

Como se ha visto, la derogación no puede ser definida como uno de los modos de perder validez de las normas jurídicas. Ahora bien, es un hecho que la teoría del Derecho, en general, la ha definido como tal. Conviene, pues, distinguir a la derogación de otras figuras afines que tradicionalmente han sido definidas también como modos de perder validez de las normas jurídicas.

6.1. Derogación y anulabilidad

6.1.1. La derogación y la anulabilidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho.

6.1.2. Las diferencias entre ambas instituciones se muestran claramente en las diferentes connotaciones que tienen el juicio de que una norma es nula y el de que una norma ha sido derogada. Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, desde un punto de vista interno, la norma en cuestión no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de normas de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más alla de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto. Nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma *debe* seguir siendo aplicada en la resolución de casos pendientes. Y si lo prescrito por ella *debe ser* quiere decir que ella sigue siendo válida. Por otro lado, dicho juicio tampoco tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo.

6.2. Derogación y desuetudo

6.2.1. Por desuetudo suele entenderse la pérdida de validez de una norma jurídica por falta de eficacia, en el sentido de falta de aplicación; es decir, por el hecho de que los jueces no la apliquen en la resolución de casos. La derogación se distingue de la desuetudo en que mientras aquélla es siempre el resultado de un cambio deliberado de voluntad normativa, ésta es el resultado de un proceso no deliberado. Además, en cuanto a los efectos, se distingue también porque la desuetudo implica que la norma "obsoleta" no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Otra cosa es, y aquí no se va a entrar en ello, que resulte problemático determinar las condiciones y el momento en que se produce la pérdida de validez por desuetudo.

6.2.2. La pretensión de vincular la desuetudo con la desobediencia generalizada es desacertada. La desuetudo puede y debe ser vista como un fenómeno regular perfectamente integrable dentro del sistema jurídico, cosa que no ocurre con la desobediencia. La desobediencia es simplemente desobediencia y la única consecuencia que puede extraerse de ella es que se ha violado lo prescrito por el sistema jurídico. Hay, sin embargo, muchos casos de pérdida de validez que se engloban bajo el rótulo de desuetudo que no pueden ser vistos como fenómenos irregulares. Así, por ejemplo, uno puede decir que una norma pierde validez por desuetudo cuando desaparecen del mundo las circunstancias previstas en la condición de aplicación –de forma que no haya oportunidad ni de cumplir ni de incumplir lo prescrito por la norma– sin que con ello se aluda a algún fenómeno irregular. Las normas jurídicas protectoras de las ballenas, destinadas a intentar evitar su extinción, perderán validez el día que las ballenas desaparezcan. Pero también puede pensarse en casos más comprometidos. Por ejemplo, cuando los jueces dejan de aplicar una determinada norma porque de acuerdo con un razonamiento de principios o, más concretamente, en base al principio que establece que las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social en que han de ser aplicadas, consideran que la norma en cuestión ha dejado de ser aplicable a cualquier caso posible. Este último ejemplo nada tiene que ver con la desobediencia y es perfectamente integrable dentro del sistema jurídico.

6.3. *Derogación y abolición.* La abolición suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones. Así, mientras que la derogación se refiere a normas, la abolición afecta a aquellos entramados de normas a los que se alude con la expresión "institución". En este sentido, por

ejemplo, se habla de la abolición de la pena de muerte, de la esclavitud, de la nobleza, de los diezmos, etc., en lugar de referirse a la derogación de todas las normas que prevén la pena de muerte como sanción, que regulan la esclavitud, etc. Podría pensarse, sin embargo, que esa es la única diferencia entre una figura y otra, de forma tal que toda abolición puede entenderse como un conjunto de derogaciones. Pero la abolición generalmente implica algo más que la derogación. Ya se ha visto que el efecto normal de la derogación, salvo que se especifique otra cosa o intervengan otros principios como los del Derecho penal, consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, suele tener un componente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución apunta, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo. Para mostrarlo con un ejemplo: la derogación de la ley de arrendamientos urbanos no supone la extinción de todas las relaciones jurídicas que se constituyeron previamente, pero la abolición de la esclavitud es incompatible con la existencia de esclavos.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOBRE LA DISTINCION ENTRE DEROGACION EXPRESA Y DEROGACION TACITA *

ANTONIO BASCUÑAN RODRIGUEZ **

1. *La regulación del Código Civil*

Los Arts. 52 y 53 del Código Civil disponen lo siguiente:

"Art. 52. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.
Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.
La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Art. 53. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

---

* Una versión preliminar de este artículo fue sometida a discusión en el Seminario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, patrocinado por el Centro de Estudios de la Justicia de la misma Facultad. La versión actual recoge en varios puntos las valiosas sugerencias y observaciones que fueron formuladas en esa oportunidad. En particular, estoy en deuda por sus comentarios críticos con la Profesora María Angélica Figueroa Quinteros y los Profesores Enrique Barros Bourie, Miguel Soto Piñeiro y Fernando Atria Lemaître.

** Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Chile.

Estas disposiciones provienen de los Arts. 50 y 51 del Proyecto de Código Civil de 1853, redactado por Andrés Bello, sin que en él sean consignadas indicaciones sobre sus fuentes históricas (1).

La regulación del Código Civil induce a pensar que la derogación expresa y la derogación tácita son dos especies de un mismo género, y las únicas dos especies de derogación. La doctrina civilista ha hecho suyo este pensamiento, en la medida en que considera que el fundamento de la distinción se encuentra en el hecho de si el legislador ha manifestado o no explícitamente su voluntad en orden a producir un efecto derogatorio (2).

Esta concepción de la derogación no es satisfactoria.

Desde el punto de vista del análisis jurídico de estas dos instituciones, es insuficiente considerar que la diferencia entre la derogación expresa y la derogación tácita se encuentra en la forma en que ella se manifiesta, explícitamente en el caso de la derogación expresa, e implícitamente, en el caso de la derogación tácita. Como luego se verá, hay casos de derogación explícita —en el sentido del Art. 52— que son casos de derogación tácita, y casos de derogación implícita que son casos de derogación expresa.

1. *Obras completas de Don Andrés Bello*, Vol. XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888, págs. 18-19. Juan Antonio de Armas deja entender con una concordancia que la fuente de la distinción entre derogación expresa y derogación tácita se encontraría en el Libro Tercero, Título II, Ley 11 de la Novísima Recopilación (*Comentario de Siete Títulos del Código Civil*, Santiago, 1886, págs. 71-72). La referencia no es pertinente. La ley citada, dictada por Felipe V el 12 de Junio de 1714, dispone la observancia literal de las leyes que no se hallen derogadas expresamente por otras posteriores.

2. Armas, *op. cit.*, pág. 71; Jacinto Chacón, *Esposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1881, pág. 41; Enrique Cood, José Clemente Fabres, *Explicaciones de Código Civil, destinadas a los Estudiantes del Ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, 1882, pág. 154; Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Santiago de Chile, 1898 (reimpresión de 1931), pág. 168; Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil, Primer Año*, Santiago, 1915, pág. 29; Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, 1ª ed., Santiago, 1939, pág. 208; 6ª ed., Santiago, 1998, pág. 204. Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil – Parte General*, 4ª ed., Santiago, 1995, pág. 66.

Además, desde la perspectiva de su función y posición estructural en el sistema jurídico, el fundamento de la distinción entre derogación expresa y derogación tácita debe ser considerado como algo más profundo y complejo que la diferencia que existe entre explicitar o no el contenido de una voluntad. Hasta dónde ese fundamento pueda justificar un tratamiento diferenciado de una de las consecuencias más importantes de la derogación, esa es una interrogante que este artículo deja abierta. En todo caso, es claro que ese fundamento hace que una y otra derogación no puedan ser reconducidas a un común denominador desde un punto de vista conceptual ni desde un punto de vista institucional.

Finalmente, en contra de la aparente disyuntiva planteada por el inciso primero del Art. 52, hay formas de derogación que en rigor no son expresas ni tampoco tácitas, sino *sui generis*. La distinción expresa-tácita no es exhaustiva.

El propósito de estas páginas es contribuir al esclarecimiento de los rasgos distintivos de las formas de derogación, estableciendo una clasificación más diferenciada y mejor fundamentada. El marco conceptual del examen que se efectuará se encuentra en la teoría general del derecho de inspiración analítica (3).

3. El artículo seminal para la teoría de la derogación expresa es de Hans Kelsen, *Derogation*, en: Ralph A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, págs. 339-354; su desarrollo posterior se encuentra en los Capítulos 27 y 29 de su obra póstuma, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979. El análisis de la derogación sobre la base del concepto de acto de rechazo y de la distinción entre vigencia y aplicabilidad como formas de validez ha experimentado un intenso desarrollo, especialmente en la teoría del derecho de habla española, a partir de la obra de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, 1971, págs. 72-77 y 88-91 (puede consultarse la edición en español, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1975/1987, págs. 118-124 y 137-140). Ambos autores prosiguieron ese análisis en *La concepción expresiva de las normas* y *Fundamentos pragmáticos para una lógica de las normas*, en: los mismos, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, págs. 121-153; Eugenio Bulygin, *Tiempo y Validez*, en: Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, *cit.*, págs. 195-214; R. Guastini, *A Theory of Derogation*, en: Antonio A. Martino, *Automated Analysis of Legal Texts*, North-Holland/Amsterdam/New York/Oxford/Tokyo, 1986, págs. 495-514; Jerzy Wróblewsky, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht/Boston/London, 1992, págs. 83-85; Josep Aguiló, *La derogación de normas en la obra de*

La nueva clasificación que se propone no altera, sin embargo, el uso arraigado de los términos en cuestión. Como se verá en la última sección, en estas páginas se sostiene que hay buenas razones para llamar "derogación expresa" a ciertas formas de derogación, y "derogación tácita" otras, coincidiendo con el uso más tradicional de estos términos. Las razones que sirven de fundamento a ese uso, sin embargo son distintas. Estas razones son mejores que las tradicionales, y en tal virtud permiten resolver de un modo más adecuado los problemas que plantean las formas anómalas de derogación surgidas en la práctica legislativa, jurisprudencial y doctrinaria chilenas.

2. *La derogación expresa*

La derogación expresa es un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, o bien el efecto de ese acto (4).

Por "potestad normativa" se entiende la atribución de crear, alterar o eliminar normas, que es conferida a una persona o grupo de personas, por una regla o un complejo de reglas. Lo usual en un Estado de Derecho es que esas reglas confieran dicha potestad en atención al des-

---

Hans Kelsen, Doxa 10 (1991), págs. 261-278; el mismo, *Derogación, rechazo y sistema jurídico*, Doxa 11 (1991), págs. 263-281; el mismo, *Sobre la Derogación*, México, 1995; Marina Gascón Abellán, *Cuestiones sobre la derogación*, Doxa 15-16 (1994), págs. 845-859; Ake Frändberg, *Retroactivity, Simulactivity, Infractivity*, en: Jes Bjarup, Mogens Blegvad (eds.), *Time, Law and Society*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 64 (1995), págs. 55-71; Ulises Schmill, *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas*, Doxa 19 (1996), págs. 259-286; Juan José Moreso, *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, México, 1997; Juan José Moreso, Pablo Navarro, *The Reception of Norms, and Open Legal Systems*, en: Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, 1998, págs. 273-291. Desde una perspectiva teórica distinta, pero coincidentes en los resultados, Luis María Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, y Dirk Heckmann, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

4. En adelante, cuando se hace referencia al "efecto" de un acto, sin ulterior precisión, debe entenderse como una referencia a su sentido normativo, conforme a las reglas que lo constituyen en un acto de ese carácter. No implica, pues, la referencia a algún hecho social distinto de la realización de ese acto conforme a una regla.

empeño de un cargo, en relación con un determinado ámbito de competencia, y sometiendo su ejercicio a un determinado procedimiento.

La derogación es el acto normativo cuyo efecto es el término de la vigencia de una norma jurídica. La caracterización precisa de este efecto es una de las cuestiones más debatidas de la teoría del derecho. Las dificultades provienen en considerable medida del uso de distintos conceptos de sistema jurídico. Si se entiende al sistema jurídico como un sistema momentáneo, es decir, como un conjunto de normas vigentes en un momento dado, entonces debe considerarse que la derogación tiene por efecto la configuración de un nuevo sistema de normas, del cual se encuentra excluida la norma derogada. Si, en cambio, se entiende el sistema jurídico como sucesión de sistemas momentáneos, extendida en el tiempo, entonces lo natural es entender que la derogación produce como efecto la inaplicabilidad irrevocable de la norma que fue objeto de la derogación a los casos que ocurran con posterioridad a la derogación. La idea extendida de que la derogación elimina la norma derogada del sistema jurídico responde a una combinación de ambos conceptos de sistema jurídico (5).

A la norma que ha perdido vigencia la denominaré "norma derogada". El término de su vigencia tiene lugar mediante el establecimiento de una disposición, que denominaré "disposición derogatoria". La derogación expresa es, en consecuencia, pérdida de vigencia de una norma mediante un acto que se concreta en el establecimiento de una disposición.

En los sistemas jurídicos estatutarios o de derecho legislado, el cambio normativo se relaciona con procedimientos de fijación —establecimiento, modificación, supresión— de textos. En estos sistemas, el principal criterio de reconocimiento de las normas que pertenecen a ellos está relacionado con la identificación de ciertos textos. Denomina-

---

5. De cualquier modo, la validez de una norma, ya sea en términos de vigencia (pertenencia) o de aplicabilidad, es un hecho institucional y no un dato natural, metafísico, ni una categoría lógica. De aquí que deben ser evitadas las hipóstasis a las que conduce el lenguaje acerca de la "existencia" de las normas jurídicas, como algo pre-dado a las reglas del sistema que cuentan como criterios de reconocimiento o de aplicabilidad.

ré a tales textos "textos autoritativos". Conforme a este criterio de reconocimiento, si un enunciado normativo corresponde al sentido de un enunciado fijado en un texto autoritativo, entonces puede afirmarse —al menos provisoriamente— que ese enunciado es (o forma parte de) una norma jurídica. Al enunciado fijado en el texto lo denomino "disposición". Se puede decir, en consecuencia, que la norma es el sentido de la disposición.

En tanto efecto, la derogación consiste en poner término a la vigencia de una norma mediante la referencia —usualmente, la supresión— a una disposición. Así como el inicio de la vigencia de una norma tiene lugar mediante la fijación de una disposición, esto es, de un enunciado en un texto autoritativo, así también su término de la norma tiene lugar mediante la mención de la disposición, usualmente declarando o produciendo su supresión del texto autoritativo (6).

En los sistemas jurídicos modernos ha llegado a ser tan natural este procedimiento de creación, alteración y eliminación de normas mediante establecimiento, modificación o supresión de disposiciones, que la práctica legislativa usual consiste en adoptar decisiones relativas a textos. Lo usual ya no es que la voluntad soberana se manifieste dirigiéndose directamente a los destinatarios de las normas, mandándoles, prohibiéndoles o permitiéndoles una determinada conducta. Actualmente, el contenido primario del acto legislativo es la aparente orden de suprimir o modificar un determinado texto. Naturalmente, todos los que participan en el sistema entienden que eso no es más un modo técnicamente adecuado, dadas sus formas institucionales de producir el derecho, de expresar indirectamente el mandato, prohibición o permiso dirigido a los destinatarios de las normas. Pero el giro es claro: lo que era un criterio social de reconocimiento del derecho legislado ahora es el referente primario de la decisión del legislador.

6. La práctica chilena en la edición oficial actualizada de los textos autoritativos consiste en eliminar las disposiciones derogadas en las ediciones posteriores a su derogación, con una mención a la disposición derogatoria. Naturalmente, esta práctica no es necesaria para que se pueda concebir la derogación como supresión o eliminación de la norma derogada. Basta con que se asuma que la descripción correcta del sistema normativo vigente con posterioridad a la derogación implica la omisión de la norma correlativa a la disposición derogada.

Las prácticas institucionales de estos sistemas son sin embargo tan sutiles, que revierten el sentido normativo del giro recién descrito. Como se ha dicho, nadie asume que la norma establecida por el legislador sea la orden de modificar un texto. De hecho, no está especificado el destinatario de esa orden, y tampoco hay sanciones para su infracción. Y la producción de consecuencias en el sistema no requiere algún acto específico de ejecución. Las órdenes de alteración de textos (modificación, sustitución, supresión) tienen como característica peculiar que su efecto práctico se agota instantáneamente. Esto se expresa en el principio firmemente asentado de la irrevocabilidad de la derogación, es decir, que la derogación sobreviniente de una disposición derogatoria no restablece la vigencia de la norma derogada. Por esta razón, cuando se quiere modificar una disposición antes modificada, no se modifica la disposición que estableció la modificación de esa disposición, sino la disposición modificada (7).

Esta práctica institucional exige el desarrollo de una teoría de la legislación que sea capaz de distinguir entre disposiciones normativas, es decir, enunciados fijados por el legislador que contienen normas, y disposiciones operativas, es decir, enunciados fijados por el legislador en textos autoritativos que no contienen normas del mismo nivel que las anteriores, sino que expresan el sentido de actos de establecimiento, modificación o supresión de normas. En una situación originaria de creación de normas legisladas, el sentido de este acto se expresa parale-

7. Estas peculiaridades han originado un intenso debate acerca de la adecuada caracterización del acto de establecimiento de una disposición derogatoria y de esa disposición. Si se considera al acto derogatorio como un acto de rechazo normativo, opuesto al acto de afirmación de la norma (promulgación), entonces la disposición derogatoria no puede contener una norma jurídica, sino que es simple expresión de ese acto de rechazo. Si se considera al acto derogatorio como un acto complementario del acto de establecimiento de la norma (promulgación), consistente en regular el aspecto de la vigencia de la norma que aquél dejó indeterminado (su término de vigencia o condiciones de aplicabilidad), entonces la disposición derogatoria contiene una regla especial de aplicabilidad. Al respecto, Alchourrón y Bulygin, *La concepción expresiva...cit., supra*, nota 3 y Schmill, *op. cit.*, supra, nota 3. Como sea, una cosa es evidente: la disposición derogatoria no contiene una norma jurídica del mismo nivel que la norma derogada, y por lo tanto no se produce entre ellas una antinomia.

lamente al texto autoritativo o está implícito en la su fijación mediante un procedimiento preestablecido. La disposición "Téngase como ley, obedézcase y aplíquese" no forma parte de la ley, sino del decreto promulgatorio o del acto mismo de la aprobación final de la ley. En cambio, en las situaciones derivadas de creación, modificación o derogación de normas el sentido de estos actos tiene que explicitarse en disposiciones que también quedan fijadas en el texto autoritativo establecido. Esto es así, porque la técnica estatutaria de creación de derecho exige que el legislador se refiera a los textos autoritativos bajo su consideración como objeto de regulación ([8]).

Esta práctica institucional es precisamente lo que impide aceptar la definición de la derogación expresa del Art. 52 inciso segundo del Código Civil como una definición correcta. Pues es claro que también puede haber derogación expresa cuando una ley ordena sustituir una disposición por otra, o modificarla en un determinado sentido. Por cierto, en estos casos la cuestión de si la norma preexistente ha sido o no eliminada es un problema más complejo, ya que dependerá de la interpretación de la primera y la segunda disposición. Pero en todos los casos en que se dé una respuesta afirmativa, hay eliminación de una norma sin que la ley que la elimina diga expresamente que la deroga. Hay pues derogación expresa sin que se satisfaga el requisito del Código Civil. No es necesaria la explicitación del efecto derogatorio para que la derogación sea expresa.

En todo caso, es importante tener presente que la pérdida de vigencia de una norma mediante supresión, sustitución o modificación o mención de una disposición es siempre el efecto de un acto que ha consistido en crear una disposición operativa (la disposición derogatoria) que se refiere a una disposición normativa. La relación que existe entre la disposición derogatoria y la norma derogada se encuentra me-

8. El origen etimológico de la expresión "derogación" da cuenta precisamente de esta peculiaridad de la disposición derogatoria. El nivel de referencia de la *derogatio* (y la *abrogatio*) es la *rogatio*, o sea, el acto de promulgación de la ley, y no la ley promulgada. Si nosotros mantuviéramos esa vinculación conceptual, y habláramos de "despromulgación", saltaría a la vista que el nivel de referencia de las disposiciones derogatorias no es el mismo que el de las disposiciones normativas.

diada por una referencia que hace la primera a la disposición en la que se encuentra contenida la norma derogada. La derogación expresa recae primariamente sobre una disposición.

De lo dicho se concluye que la distinción entre derogación total y derogación parcial, establecida en el inciso final del Art. 52 del Código Civil, carece de relevancia tratándose de la derogación expresa. Pues una disposición derogatoria deroga todo lo que deroga y nada más que lo que deroga ([9]). Calificar su efecto como parcial o total depende de una comparación de la(s) norma(s) derogada(s) con algún otro contexto, ajeno a la disposición derogatoria. Para el Código Civil, ese contexto está dado por el conjunto de disposiciones denominado "ley", y considerado institucionalmente como una unidad, que se distingue de otros textos mediante un sistema de numeración. Pero desde el punto de vista de la derogación, esa comparación es arbitraria ([10]).

De todo lo dicho se concluye, finalmente, que las reglas establecidas en el Art. 52 acerca de la derogación expresa son redundantes. Estas son "normas sobre la derogación", distintas de las disposiciones

9. Lo derogado, por supuesto, no es sólo la disposición suprimida, sustituida o modificada: es la norma y todas sus consecuencias. Determinar el efecto de un acto de derogación en el sistema jurídico es, por lo tanto, (a) una cuestión interpretativa, en la medida que exige atribuir un sentido específico a la disposición que cambió, y por ende, al cambio de disposiciones, y (b) una cuestión lógica, en la medida en que las normas tienen consecuencias deónticas. Finalmente, la determinación de lo derogado puede ser también (c) una cuestión de valoración, en la medida que la derogación de las consecuencias déonticas de una norma pueda originar una indeterminación en el sistema o fractura en sistemas alternativos lógicamente indecidible. Sobre este interesante problema, *vid.* Alchourrón y Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico* y *Fundamentos pragmáticos para una lógica de las normas*, ambos *cit., supra*, nota 3.

10. La explicación de esta terminología se encuentra en sus orígenes en el derecho romano, que distinguía entre la *abrogatio* (derogación de toda una ley) y la *derogatio* (derogación de parte de una ley). Como se ha dicho (*supra*, nota 8), esta terminología romana se justificaba por el hecho de que la *rogatio* (declaración de obligatoriedad) se realizaba en relación con toda la ley. Si en vez del término "derogación" nosotros usáramos el término "despromulgación", sería natural preguntarnos si ese acto se refiere a la totalidad o a una parte de lo promulgado. Puesto que usamos un término conceptualmente desligado de la promulgación de toda la ley, la distinción total/parcial resulta arbitraria.

derogatorias, que carecen de efecto práctico propio o exclusivo. Pues la posibilidad jurídica (validez) de la derogación como acto y como efecto no descansa en esta definición legal, sino en la existencia de reglas de cambio dentro del sistema. Es decir, de reglas que atribuyen a los titulares de ciertos órganos la potestad de eliminar normas mediante la supresión, sustitución o modificación de disposiciones. Las normas sobre derogación relativas a la derogación expresa de normas legales se encuentran, pues, en las reglas de cambio contenidas en la Constitución Política.

Por cierto, esto no excluye que las reglas en cuestión tengan una función cognitiva o que pueda ser relevante para la cultura jurídica chilena. Esto es particularmente cierto respecto de la cultura jurídica del Siglo XIX, para la cual el Título Preliminar del Código Civil tuvo un carácter fundacional o constitutivo ([11]).

3. *La derogación tácita*

La derogación tácita es el acto (o su efecto) de aplicación de un criterio de solución de conflictos de normas o antinomias de primer grado ([12]), conforme al cual, si dos normas aplicables a un mismo caso resultan incompatibles entre sí, y si han entrado en vigencia en distintos momentos, entonces la norma posterior debe ser preferida a la norma anterior. Este es el criterio cronológico o de la temporalidad, que se

11. Tampoco es descartable que las reglas del Código Civil sobre derogación expresa sigan cumpliendo, al menos en el nivel de la cultura jurídica, esa función constitutiva. Por lo menos en su tenor literal, y salvo por la reforma de la Constitución, las disposiciones constitucionales que contienen reglas de cambio se refieren a la creación de normas jurídicas, y no a su derogación. La consideración de la derogación como parte esencial de la competencia de una potestad normativa obedece a consideraciones de principio. La evidencia de estas consideraciones, en nuestra cultura jurídica, responde también a la existencia de las reglas del Código Civil.

12. La antinomia de primer grado es un conflicto entre distintas normas en principio aplicables a un mismo caso. La antinomia de segundo grado es un conflicto entre distintos criterios de solución de antinomias de primer grado, en principio aplicables a una misma antinomia.

expresa en los aforismos "*lex posterior derogat legi anteriori*" o "*posterioris prioribus derogant*".

El inciso tercero del Art. 52 del Código Civil expresa lo anterior al establecer que se produce la derogación tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior". La imposibilidad de conciliación de las disposiciones legales —esto es, de normas, en el sentido de la distinción entre norma y disposición— es precisamente la situación de antinomia de primer grado.

El Art. 52 se limita sin embargo a precisar el presupuesto de la derogación tácita, sin regular su consecuencia. La frase "(la derogación de las leyes) es tácita cuando..." da por sobreentendido que en caso de incompatibilidad entre normas legales, una anterior y otra posterior, se produce un efecto de derogación de aquélla por ésta. Pero, ¿en qué consiste ese efecto derogatorio?

La expresión "derogación" es ambigua. Significa, en primer término, el efecto propio de la derogación expresa. Pero también se la usa para referirse a la inaplicabilidad o preterición de una norma como correlato de la prevalencia o carácter preferente de otra. Cuando se afirma, por ejemplo, que la ley especial deroga a la ley general —la formulación doctrinaria de la regla del Art. 13 del Código Civil—, no se quiere describir con ello un efecto como el de la derogación expresa, sino que una norma debe prevalecer sobre la otra como norma aplicable. La pertenencia al sistema de la norma preterida (inaplicable) no es afectada ([13]).

13. En el contexto de la oración "la ley superior deroga a la ley inferior", la expresión "deroga" puede incluir no sólo la inaplicabilidad o preterición, sino incluso la invalidación (anulación). Tales son los posibles efectos sobre la ley inferior por aplicación del principio de supremacía jerárquica. La invalidación sí puede implicar una forma de exclusión de la norma del sistema. Aún así, existen importantes diferencias institucionales entre la invalidación y la derogación expresa. La invalidación es la consecuencia de la aplicación un criterio de validez y su función en la mantención de la congruencia del sistema; la derogación expresa es una consecuencia autorizada por una regla de cambio, y su función es permitir el dinamismo del sistema. De aquí las importantes diferencias de sus (eventuales) efectos. La derogación expresa opera *ex nunc*, es decir, para el futuro; en cambio, dependiendo de las reglas del sistema (usualmente relacionadas con el momento en que tiene lugar la infracción al principio de la jerarquía), la invalidación puede operar *ex tunc*, es decir, declarando una nulidad preexistente. Al respecto, *vid.* Aguiló, *Sobre la Derogación, cit.* supra, nota 3 y Schmill, *op. cit., loc. cit.*

La derogación tácita comparte los presupuestos institucionales de estos casos de "derogación". En ellos, el efecto de inaplicabilidad o preterición se produce sin que exista una disposición derogatoria. En estos casos, el legislador no ha establecido una disposición cuyo sentido sea la eliminación, sustitución o modificación de otra disposición. Ni la *lex specialis* ni la *lex posterior* no son disposiciones derogatorias. Son normas de que se demuestran incompatibles con otra norma que también pertenece al sistema, la *lex generalis* y la *lex anterior*, respectivamente.

La "derogación" que producen la *lex specialis* y la *lex posterior* no consiste en la afectación de una disposición preexistente. Los principios de especialidad y de temporalidad no regulan una relación entre disposiciones, sino entre normas. Esta "derogación" se produce cuando el órgano que debe resolver un caso, y debe fundar su decisión sujetándose al derecho vigente, constata que éste contiene dos soluciones distintas para ese caso, incompatibles entre sí. La prevalencia de la *lex specialis* y la derogación tácita de la *lex anterior* no son, en consecuencia, los efectos de un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, sino los efectos de un complejo de reglas que gobiernan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estas reglas no son reglas que permitan a un órgano realizar un cierto acto normativo, referido a textos autoritativos. Son reglas que obligan al órgano adjudicador a seleccionar de una manera determinada la norma aplicable al caso.

Por la razón anterior, la prevalencia de la *lex specialis* y la derogación tácita de la *lex anterior* son constatadas y declaradas —o configuradas y constituidas, según la metodología adjudicativa a que se adhiera— por el tribunal en la fundamentación de su sentencia. Por eso mismo, ambas instituciones suponen un acto interpretativo de la disposición general o anterior y de la disposición especial o posterior, que identifique sus respectivos sentidos —la norma general anterior y la norma especial o posterior—, y constate su incompatibilidad entre sí.

De todo lo dicho se desprende que la distinción entre derogación total y derogación parcial, establecida en el inciso final del Art. 52 del Código Civil, tiene un sentido muy peculiar, tratándose de la derogación tácita. Desde luego que la irrelevancia denunciada en la sección anterior también se da en este caso: también la incompatibilidad con la

lex posterior produce la derogación tácita de la *lex anterior* en todo el ámbito de esa incompatibilidad y sólo en ese ámbito. Pero precisamente porque la derogación tácita depende de un ámbito de incompatibilidad es que puede decir, en un sentido muy específico, que la derogación tácita es siempre parcial: sólo se produce respecto de la parte de la norma que es incompatible con una norma posterior. Por esta razón, el Proyecto de Código Civil de 1853 disponía en su Art. 51 que "la derogación tácita es parcial por su naturaleza". Este es el sentido mínimo del Art. 53 del Código Civil, cuando dispone que la derogación tácita "deja vigente en las leyes anteriores (...) todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

De lo dicho se desprende también que los Arts. 52 inciso tercero y 53 del Código Civil, están lejos de ser redundantes en el sistema jurídico. Tal como el Art. 13 del mismo Código, estas disposiciones consagran un importante criterio de solución de conflictos de normas de carácter general para todo el derecho chileno.

Para terminar, no está de más mencionar que esta concepción de la derogación tácita corresponde la perspectiva doctrinaria del propio Andrés Bello. En su principal obra científico-jurídica, Bello concibió explícitamente la derogación tácita como una de varias reglas de aplicabilidad, en una posición enteramente similar a la del principio de especialidad. En sus propios términos:

> "Si hai oposición entre dos o más leyes o pactos, he aquí las reglas jenerales que pueden guiarnos: (...) 4ª Lo mas reciente prevalece: 5ª Lo particular prevalece sobre lo general" ([14]).

4. *¿Carácter definitivo o provisorio de los efectos de la derogación tácita?*

El reconocimiento de la función y posición estructural de la derogación tácita en el sistema jurídico conduce a considerar, en una primera aproximación, que sus efectos son provisorios. Es decir, que la

---

14. *Principios de Derecho de Jentes*, 1ª ed., 1832, págs. 94-95. Este tratamiento del criterio de temporalidad y del criterio de especialidad como reglas de interpretación procede de Emerich de Vattel, *Derecho de Gentes, ó Principios de la Ley Natural*, Libro II, Cap. XVII, § CCCXV y CCCXVI, París, 1824, Tomo II, págs. 301-302.

sobreviniente derogación expresa de la *lex posterior* restablece la plena vigencia de la *lex anterior*.

Si la derogación tácita tiene lugar en el nivel de las consecuencias de la solución de un conflicto de normas, entonces debe asumirse en principio que la *lex anterior* nunca ha sido eliminada o del sistema jurídico, en el sentido con que se la entiende eliminada por la derogación expresa. Ni la preterición ni la derogación tácita producen el efecto de eliminar la *lex generalis* o la *lex anterior* de un modo equivalente a la supresión de la disposición respectiva. En ambos casos, el efecto es la exclusión de la aplicabilidad de la norma al caso. La derogación tácita impide que la *lex anterior* sea aplicable al caso en que entra en conflicto con la *lex posterior*, pero sigue siendo una norma jurídica válida, y es aplicable a todos los casos a los que no sea incompatible con la *lex posterior*.

Dicho lo anterior en términos de aplicabilidad, tanto la preterición de la *lex generalis* como la derogación de la *lex anterior* son efectos condicionados a la prevalencia de la *lex specialis* y la *lex posterior*, respectivamente. Esta condicionalidad es lo que las distingue de la cancelación incondicional de la aplicabilidad a futuro que produce la derogación expresa.

Por esta razón, si la *lex posterior* es derogada, los casos que ella regía con preferencia sobre la *lex anterior* deberían pasar a quedar cubiertos por ésta. En sentido estricto, no es que la *lex anterior* recupere su vigencia, sino que recupera un ámbito de casos a los que es aplicable. La derogación de la *lex posterior* debería producir el restablecimiento de la plena aplicabilidad de la *lex anterior*. Dicho en otros términos, desapareciendo la condición de la inaplicabilidad, debería restablecerse la aplicabilidad.

Sin embargo, esta consecuencia nunca ha sido reconocida por la doctrina civilista. Los autores efectúan la distinción entre la derogación expresa y la tácita, pero luego afirman indistintamente el principio de la irrevocabilidad de la derogación ([15]).

15. Cood y Fabres, *op. cit.*, pág. 155; Claro Solar, *op. cit.*, pág. 169; Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 30; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op cit.*, págs. 212-213 (1939); pág. 208 (1998); Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 67.

La postura de la doctrina civilista tiene a primera vista un cierto apoyo institucional en el Código Civil. La regulación conjunta de la derogación expresa y la derogación tácita, la terminología empleada por el Art. 53 del Código Civil, que *a contrario sensu* pareciera indicar que la derogación tácita "no deja vigente en la ley" aquello que se encuentra en conflicto con la ley posterior, y en particular su contraste con la terminología empleada en el Art. 13 del Código Civil, que describe el efecto de la preferencia de la *lex specialis* como "prevalencia", son todos antecedentes que parecieran apuntar a que la derogación tácita produce un "auténtico" efecto derogatorio. El aspecto paradigmático de este efecto sería su irrevocabilidad o carácter definitivo.

Naturalmente, esto no implica su identificación con la institución de la derogación expresa. Todas las diferencias entre una y otra institución señaladas en la sección precedente siguen en pie. La derogación tácita no produce efecto en el plano de la existencia de las disposiciones, y por lo tanto tiene lugar en un contexto interpretativo: es el efecto de un criterio de solución de conflictos entre normas. La tesis de la irrevocabilidad consiste en sostener que la consecuencia de este criterio de solución de conflictos entre normas es distinta de la simple preterición o inaplicabilidad, propia del criterio de la especialidad o de los casos en que el sistema imputa la inaplicabilidad como consecuencia del criterio de la supremacía jerárquica.

Conforme a esta tesis, los Arts. 52 y 53 establecerían una inaplicablidad definitiva, es decir, harían que prolongación en el tiempo de la inaplicabilidad de la *lex anterior* se independizase de la de prolongación en el tiempo la vigencia de la *lex posterior*. Una vez producido el conflicto, se produciría irrevocablemente para el futuro la inaplicabilidad de la *lex anterior*.

Desde el punto de vista de la distinción entre disposición y norma, y de la distinción entre vigencia y aplicabilidad, esta es, por cierto, una consecuencia anómala. Pero la cuestión de hasta dónde un sistema jurídico asocia congruentemente consecuencias y presupuestos es una cuestión contingente. La multiplicidad de consecuencias asociadas al principio de la jerarquía en un mismo sistema jurídico, como es el caso del derecho chileno, es una prueba de ello. Además, como más adelante se verá, existe al menos un caso de disposición derogatoria que se remi-

te al nivel de las normas —es decir, no de las disposiciones—, a la cual es sin embargo razonable asignar las consecuencias de la derogación expresa. Este es un caso obvio de entrecruzamiento de niveles. Tal sería también el caso de la derogación tácita, tal como es regulada por el Código Civil según esta tesis: un supuesto de relaciones entre normas al cual el ordenamiento jurídico asocia una consecuencia propia del nivel de las disposiciones.

Pero las cosas no son tan fáciles.

En primer lugar, debe observarse que la atribución de un carácter irrevocable al efecto de la derogación tácita puede conducir a situaciones sistémicamente disfuncionales en casos de derogación sobreviniente de la *lex posterior*.

Tratándose de una derogación tácita sobreviniente es funcionalmente racional sostener la irrevocabilidad de la derogación tácita precedente; eso reduce la complejidad del razonamiento que requiere la solución de la antinomia, en la medida en que se trata de un conflicto entre dos y no tres complejos de normas. En todo caso, no es una reducción imprescindible. El mismo criterio de temporalidad permite resolver consistentemente un conflicto entre tres complejos de normas. Por el contrario, en un caso de derogación expresa sobreviniente de la *lex posterior*, sostener que la derogación tácita precedente tuvo efecto definitivo implica postular la existencia de una laguna legal. Esa postulación puede ser funcional o disfuncional al contexto regulativo. Eso depende al menos de dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, depende de la medida en que el ámbito regulativo en que se produce la laguna esté sometido a una regla general de clausura, que valore positivamente las lagunas, como es por ejemplo el caso del derecho penal o del tributario, en relación con las normas que determinan los hechos punibles y los hechos gravados, o bien que esté sometida a una regla general de integración, que aborrezca las lagunas, como lo es en general la situación en el derecho privado. Para este último caso, la funcionalidad o disfuncionalidad de la situación depende en segundo lugar, de si las circunstancias históricas en que tiene lugar la laguna hacen preferible su integración mediante legislación anterior o mediante argumentos extensivos basados en la legislación más inmediata. Si lo primero es el caso, entonces la asignación de un efecto definitivo a la derogación tácita es manifiestamente disfuncional.

Además, no debe perderse de vista que la exigencia de constatación de una antinomia como presupuesto de la derogación tácita hace que la laguna que ella puede originar por lo general no será integrable operativamente a través de argumentos extensivos de la nueva legislación. Si la derogación tácita simplemente requiriera la identidad de los ámbitos de aplicabilidad, la admisión del efecto derogatorio definitivo no se enfrentaría a estos problemas operativos. Tal es el caso, como se verá más adelante, de una forma de derogación considerada tradicionalmente como derogación expresa. Pero la derogación tácita requiere además, por expresa exigencia del Código Civil, la constatación de una incompatibilidad entre la *lex anterior* y la *lex posterior*, es decir, que el destinatario no pueda cumplir conjuntamente los deberes impuestos por las normas o que las consecuencias asociadas a la infracción de una y otra norma no puedan hacerse judicialmente efectivas en forma copulativa. Luego, el efecto derogatorio no se referirá siempre ni necesariamente a la entera subsumibilidad del caso en la *lex anterior*. Muy por el contrario, lo usual será que se refiera a algún aspecto específico de la calificación normativa del hecho o de la consecuencia asociada a esa calificación. Esta mutilación interpretativa de la *lex anterior* es sistémicamente razonable en función de su complementación con la *lex posterior*. Afirmar que en ausencia de la *lex posterior* el intérprete debe mantener no obstante su versión interpretativa mutilada de la *lex anterior* implica una imposibilidad práctica de integración mediante argumentos analógicos basados en la nueva *lex posterior*.

En segundo lugar, debe considerarse las posibles situaciones de conflicto o concurrencia del criterio de la temporalidad con el criterio de la especialidad ([16]). Estas situaciones originan arduas dificultades para la tesis del carácter definitivo de los efectos de la derogación tácita.

En el caso de antinomia de segundo grado entre el criterio de especialidad y el criterio de temporalidad, es decir, si la *lex posterior* es también *lex generalis*, la doctrina civilista tradicional sostiene que debe pre-

16. Lo mismo puede afirmarse de las situaciones de conflicto entre el criterio de temporalidad y el criterio de la jerarquía, para todos los casos en que el sistema prevea alguna forma de inaplicabilidad —y no invalidación— como consecuencia de la primacía jerárquica.

valecer la *lex specialis* aunque sea *lex anterior* ([17]). Desde luego, esto implica afirmar un meta-criterio de solución de conflictos, lo que confirma el carácter de criterio de solución de conflictos de la derogación tácita por oposición a la derogación expresa. Pero además resulta difícil justificar que el criterio con efectos institucionales más fuertes —la derogación tácita— sea preterido por el criterio con efectos institucionales más débiles. Si algo debería implicar la atribución de un efecto definitivo a la derogación tácita es su prevalencia en caso de conflicto con otros criterios de solución de antinomias. A la luz de la lógica de la derogación, que la ley susceptible de ser considerada como derogada tenga un alcance más restringido que la ley que la deroga no controvierte sino que confirma ese efecto derogatorio.

Igualmente arduas son las dificultades que presenta el concurso de criterios de solución de conflictos, es decir, si la *lex posterior* es a la vez *lex specialis*. Este es un caso obvio de permanencia de la vigencia de la norma preterida, aunque no sea aplicable al caso. Nadie duda que la derogación expresa sobreviniente de la *lex specialis* devuelve el caso al ámbito de aplicabilidad de la *lex generalis*. Pero si esa *lex specialis* era además *lex posterior*, y si se entiende que la antinomia debía resolverse conforme al criterio de la temporalidad, su derogación expresa sobreviniente nunca podría devolver el caso al ámbito de aplicabilidad de la *lex generalis*. Para evitar este absurdo, debería defenderse la prevalencia del criterio de especialidad sobre el de la temporalidad. Pero, una vez más, ¿cómo puede justificarse que las consecuencias más fuertes sean desplazadas por las más débiles?

La falta de plausibilidad de atribuir un efecto definitivo a la derogación tácita salta a la vista en estos casos de concurso, si se piensa en la decisión que tendría que adoptar el legislador, adicional a la derogación, si quisiera devolver al ámbito de aplicabilidad de la *lex anterior-generalis* el caso que fue excluido por la *lex posterior-specialis* que él ahora deroga. ¿Tendría que establecer una norma interpretativa de la disposición correspondiente a la *lex anterior-generalis*, o derogarla y restablecerla en el mismo acto? Ninguna de estas decisiones corresponden a la práctica legislativa, que incluye la derogación de normas especiales que fueron establecidas con posterioridad a las normas generales ([18]).

17. Así, Armas, *op. cit.*, pág. 73, siguiendo a Merlin y a Demolombe; Chacón, *op. cit.*, págs. 41-42, siguiendo a Merlin y a Zachariae; Claro Solar, *op. cit.*, pág. 169; Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 30; Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, págs. 211-212 (1939); págs. 207-208 (1998).

En tercer lugar, la atribución de un efecto definitivo a la derogación tácita plantea una cuestión de legitimación política considerable, dependiendo de la metodología a que se adhiera en la teoría de la interpretación de la ley. En la medida en que se reconozca que la decisión interpretativa puede ser justificada mediante razones no reconducibles a las representaciones del legislador histórico, a través de la derogación tácita se está atribuyendo a los órganos encargados de adjudicación un poder configurador del sistema jurídico equivalente en sus efectos al poder que las reglas de cambio atribuyen al legislador. Esta atribución carece de plausibilidad política en un sistema jurídico como el chileno, en que incluso en los niveles más fundamentales de involucramiento de la potestad jurisdiccional en la configuración del mismo, como lo es el control *ex post* de la constitucionalidad de la ley, se opta por una inaplicabilidad sin efectos definitivos como modo de intervención.

La doctrina civilista del Siglo XIX obviaba esta dificultad considerando a la derogación tácita una regla de presunción de la voluntad del legislador ([19]). Pero una vez admitido que el nivel de referencia de la derogación tácita es el de las normas, o sea, de interpretación, la maniobra elusiva cae por su propio peso. Ella sólo puede ser mantenida por una metodología de adjudicación que considere que todas las razones

18. Un ejemplo reciente de esta práctica legislativa la derogación de las normas penales especiales de la Ley 16.643 (abusos de publicidad) por la Ley 19.733 (Diario Oficial de 4 de Junio de 2001), con cargo a la aplicabilidad de las normas del Código Penal, en su mayor parte establecidas en 1875. Siguiendo la tesis del efecto irrevocable de la derogación tácita, a falta de disposición expresa en la Ley 19.733, habría que entender, por ejemplo, que las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social serían impunes a partir del 4 de Junio de este año. El legislador, sin embargo, partió de la premisa contraria: derogadas las normas especiales y posteriores, recobraban su aplicabilidad las normas generales y anteriores; por eso no hubo disposición expresa al respecto.

19. Así, Chacón, *op. cit.*, pág. 42.

justificatorias de una decisión interpretativa son presunciones de la voluntad legislativa. Pero nadie pareciera defender en la actualidad semejante metodología ([20]).

Finalmente, la cuestión de legitimación política es también una cuestión de validez, en la medida en que las reglas de cambio que confieren la potestad derogatoria son reglas de rango constitucional. La regla sobre la derogación tácita es una regla que a lo más tiene rango legal. Desde esta perspectiva resulta más que problemático sostener que el legislador puede válidamente delegar en los tribunales el poder de producir un efecto institucional que la Constitución le atribuye a él ([21]).

Hay, pues, razones de peso para atribuir a la derogación tácita el efecto provisorio que conviene institucionalmente a su carácter de criterio de solución de conflictos o regla de selección de la ley aplicable. Si su efecto no se distingue del efecto del criterio de especialidad, no se generan problemas en caso de concurso entre ambos, y el caso de conflicto puede admitir sin problemas una regla de preferencia del criterio de especialidad. Las dificultades operativas surgidas de la necesidad de constatar una antinomia no se magnifican por la intensidad de sus efectos, y no se suscita una cuestión de legitimación más allá del umbral que es propio de la legitimación de la función adjudicatoria.

Con todo, la atribución de un carácter provisorio a los efectos de la derogación tácita no está exenta a su vez de problemas. Desde luego, debe enfrentarse al contexto regulativo del Código Civil arriba descrito

20. Lo dicho no implica adherir a una metodología adjudicativa decisionista. Desde luego, la admisión de la discreción judicial rompe frontalmente con la pretensión de reconducir la decisión judicial a la voluntad legislativa. Para una teoría de la interpretación como decisión discrecional, la antinomia es en último lugar constituida y no constatada por el órgano adjudicador. Pero hay más posibilidades de justificar epistémicamente la interpretación como constatación que su reconducción a la voluntad del legislador. Respecto de todas esas posibilidades se plantea la cuestión de legitimación.

21. Este argumento es esgrimido con particular intensidad por Heckmann (*op. cit. supra*, nota 3, págs. 156-172) para defender la concepción del principio *lex posterior* como una regla de aplicación (*Anwendungsregel*).

(Arts. 13 y 53), y soportar la carga de defender una lectura contraintuitiva de esas disposiciones. Además, se debe reconocer que en ciertos casos puede ser funcionalmente racional atribuir un efecto definitivo a la derogacion tácita, como por ejemplo cuando la *lex posterior* ha tenido un período tan prolongado de vigencia, que la *lex anterior* ya no es reconocida por la comunidad como norma vigente. La afirmación de ese efecto definitivo requeriría la admisión de una forma muy peculiar de *desuetudo*. Pues en este caso se trataría de una desuetudo justificada por las reglas de aplicabilidad de las normas legales. Finalmente, la atribución de un efecto definitivo a toda clase de derogación elimina el problema de determinar qué efecto —si el definitivo o el provisorio— ha de atribuirse a las formas anómalas de derogación que se dan en la práctica legislativa y judicial chilenas, y que más adelante se analiza.

Como conclusión, la cuestión de si los efectos de la derogación tácita son definitivos, como los de la derogación expresa, o provisorios, como los de la prevalencia de la ley especial sobre la general, queda abierta, a la espera de los resultados de un examen exhaustivo de las razones a favor de una u otra respuesta.

Particularmente fructífera debería ser una investigación histórica relativa a las fuentes de los Arts. 52 y 53. Ella debería dirigirse a determinar en qué medida la metodología de ajdudicación del derecho común, basada en el principio de la supletoriedad y afín a la metodología de las reglas de aplicabilidad, pervive en la institución de la derogación tácita, a pesar de la reestructuración del concepto de sistema jurídico operada por el derecho moderno y la codificación ([22]). Siendo un hecho histórico que el horizonte doctrinario del propio Andrés Bello mantenía una concepción similar a la de la metodología del derecho común, se requiere constatar si la reconducción de los Arts. 52 y 53 a

22. El principio de jerarquía, asociado a la invalidez como consecuencia de su infracción, es la antítesis moderna de la metodología de solución de conflictos del derecho común. Respecto de esta relación, y de su común presuposición de la concurrencia de las competencias normativas del sistema, *vid.* Antonio Bascuñán Rodríguez, *El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas*, en: Revista Chilena de Derecho, Número Especial (1998), págs. 33-44.

alguna fuente de la codificación europea implica un cambio en la concepción de la regla ([23]).

Por el contrario, la indagación acerca de la praxis judicial chilena bajo el Código Civil no me parece una fuente particularmente relevante para encontrar esas razones. Por cierto que es importante identificar contextos concretos de derogación tácita que puedan conducir a la configuración hipotética de constelaciones de casos, las cuales deberían servir de base para la elaboración de criterios prácticos de aceptabilidad de una u otra propuesta interpretativa. Pero no puede adscribirse mucha relevancia justificatoria al mero hecho de que de las decisiones judiciales se pronuncien en uno u otro sentido. Pues si a estas alturas algo es claro en esta materia, es que no basta con constatar una praxis cualquiera para dar por resuelta esta dificultad. Lo que se requiere es la constitución de una praxis reflexiva.

Por la misma razón, es manifiesto que los términos en disputa en esta cuestión no son una aproximación conceptual o lógica y otra aproximación práctica o histórica. Se trata de una contienda entre dos posibles concepciones institucionales. Una concepción atribuye a la derogación tácita los efectos que son usuales a una regla de selección de la ley aplicable. La otra le atribuye un efecto inusual por su carácter definitivo. Aquella se basa en la congruencia de sus efectos con la distinción entre el nivel de existencia pragmática de las normas como disposiciones y el nivel de su existencia argumentativa como razones para la decisión jurisdiccional, y entronca históricamente esa distinción con la metodología de adjudicación de la cultura jurídica heredada del derecho común. La justificación de la otra concepción nunca ha sido plan-

23. Interesante en este sentido es la posición de Samuel Pufendorf, quien si bien trata temáticamente el criterio de la temporalidad como una regla de interpretación, lo distingue del criterio de la especialidad, y lo justifica políticamente apelando al reconocimiento de la potestad de cambio (*Le Droit de la Nature et de Gens, ou Systeme General des Principes les plus importants*, Libro V, Cap. VII, versión francesa de Jean Barbeyrac, Basle, 1732, reproducción fotostática impresa por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen, 1989). Emerich de Vattel (*supra*, nota 14), que siguió de cerca a Pufendorf, mantuvo en parte esa justificación, pero estrechó sistemáticamente su tratamiento al del criterio de la especialidad. En la recepción de Vattel por Bello, ya no hay rastros de las distinciones de Pufendorf.

teada. Si se la evalúa por su descripción y explicación doctrinaria, hasta el día de hoy su asunción ha sido irreflexiva.

5. *Diferencias entre ambas clases de derogación*

Para resumir lo expuesto en las tres secciones precedentes, es conveniente elaborar un listado de diferencias:

a. La derogación expresa es el efecto de un acto realizado por el órgano que ejerce una potestad normativa; en el caso de la derogación expresa de la ley, por el legislador. La derogación tácita es el efecto de un criterio de solución de conflictos de normas, utilizado por el juez para justificar la selección de la norma aplicable a un caso.

b. La derogación expresa tiene lugar mediante el establecimiento de una disposición derogatoria. La derogación tácita, no; ésta presupone dos normas, ninguna de las cuales corresponde a una disposición derogatoria; la *lex posterior* comparte el mismo nivel con la *lex anterior*.

c. La derogación tácita presupone una antinomia, es decir, dos normas en principio aplicables a un caso pero incompatibles entre sí. La derogación expresa, no; la disposición derogatoria no es incompatible con la norma derogada, porque no son normas de un mismo nivel: la disposición derogada contiene una norma, la disposición derogatoria es una disposición operativa o contiene una regla especial de aplicabilidad.

d. La derogación expresa tiene lugar en el nivel de las disposiciones fijadas en textos autoritativos: la disposición derogatoria se refiere a una disposición, y produce efectos sobre su existencia institucional como parte de un texto autoritativo. La derogación tácita tiene lugar en el nivel de las normas enunciadas como razones justificatorias de una decisión judicial: la *lex posterior* no se refiere a *lex anterior*, ni produce efectos sobre la respectiva disposición anterior.

e. La derogación expresa cancela la vigencia de la norma derogada para el futuro, ya sea por supresión, sustitución o modificación de la respectiva disposición; la derogación tácita pretiere la *lex anterior* en todo el ámbito en que se demuestre incompatible con la *lex posterior*.

f. La posterior derogación expresa de la norma derogatoria no restablece la vigencia de la norma que ésta había derogado expresamente. Aunque la cuestión no pueda darse sin más por resuelta, hay buenas razones para estimar que la sobreviniente derogación expresa de la *lex posterior* restablece la vigencia de la *lex anterior* en todo el ámbito en que aquélla se entendía haberla derogado tácitamente.

g. Las reglas sobre derogación expresa contenidas en el Código Civil (Art. 52) son redundantes en el sistema jurídico chileno, porque las normas constitucionales autorizan al legislador a derogar normas legales. Las reglas sobre derogación tácita contenidas en el Código Civil chileno (Arts. 52 y 53) no son redundantes, porque consagran en el derecho positivo un criterio de solución de antinomias.

6. *Los casos problemáticos*

La distinción entre derogación expresa y derogación tácita formulada en las secciones anteriores es clara. La práctica legislativa y jurisprudencial ha acuñado sin embargo formas de derogación que desafían la capacidad clasificatoria de esa distinción. Estas formas son por lo tanto problemáticas desde el punto de vista de su calificación como derogación expresa o tácita.

a. *La derogación explícita innominada*

La derogación expresa es por definición una derogación nominativa, en el sentido que la norma derogatoria identifica la disposición derogada ([24]). Es irrelevante que esa identificación vaya o no acompañada de una declaración explícita del modo "derógase". También las

24. Lo usual es que esa identificación tenga lugar mediante el uso del nombre de la ley y el número de artículo, inciso, numeral o literal respectivos. Pero también podría hacerse de otro modo. Por ejemplo, podría establecerse una disposición que ordenara la derogación de todos los artículos múltiplos del número cinco de todas las leyes en las cuales la suma de los guarismos que integran su número correlativo sea mayor que diez pero menor que veinte. Esta sería una norma derogatoria extravagante, digna de la Reina de Corazones, pero indudablemente se trataría de una derogación expresa: explícita y nominativa.

órdenes "sustitúyese", "modifícase" o "intercálase" pueden producir el efecto de la derogación expresa.

La práctica legislativa ha acuñado dos formas de derogación explícita innominadas: la derogación por razón de incompatibilidad y la derogación por razón de materia. Al tenor del Art. 52, ambas serían formas de derogación expresa, ya que en ellas "la nueva ley *dice expresamente* que deroga la antigua". Sin embargo, la derogación explícita por razón de incompatibilidad es un caso de derogación tácita, y la derogación explícita por razón de materia resulta difícil de clasificar.

aa. La derogación explícita innominada por razón de incompatibilidad

Este caso de derogación explícita es el que corresponde a las reglas que usualmente se encuentran al final de una ley que efectúa una reforma de envergadura y que tienen la siguiente forma: "Deróganse todas las normas incompatibles con lo dispuesto en la presente ley". En principio, este es un caso enteramente similar a la derogación tácita, pues presupone la incompatibilidad y restringe el efecto derogatorio a ese solo ámbito normativo.

Aunque a primera vista suene paradojal que un caso de derogación explícita sea derogación tácita, la doctrina civilista nunca ha tenido dudas acerca de ello. Por cierto, atrapada por su concepción de la derogación expresa como manifestación explícita de la voluntad legislativa, la doctrina civilista clasifica inicialmente este caso como un caso de derogación expresa. Pero inmediatamente agrega que se trata de una derogación expresa que no "equivale" a la auténtica derogación expresa, sino que "en realidad" más bien equivale a la derogación tácita ([25]).

Desde el punto de vista institucional arriba desarrollado, es claro que este no es un caso de derogación expresa. La derogación expresa consiste en el establecimiento de una disposición derogatoria. Pero éstas no son disposiciones derogatorias, sino que establecen una regla sobre la derogación. Estas disposiciones son funcional y estructu-

25. *Claro Solar, op. cit.*, pág. 168; *Barros Errázuriz*, op. cit., pág. 29. El más claro en rechazar el carácter de derogación expresa de esta forma de derogación es Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 66.

ralmente idénticas a la regla sobre derogación tácita del Art. 52 del Código Civil. Su única diferencia es que tienen un alcance más restringido. En vez de referirse a cualquier caso de incompatibilidad entre cualesquiera normas, se refieren a la incompatibilidad de cualquier norma previa con un determinado grupo de normas. Pero no asocian a esa particularidad alguna consecuencia distinta de la establecida por la norma general del Código Civil. En consecuencia, en principio debe considerase que estas disposiciones son redundantes en el sistema jurídico chileno (26).

Lo dicho es concluyente, si se asigna a la institución de la derogación tácita un efecto definitivo, como lo hace la doctrina tradicional. En cambio, si se asigna a la regla general de la derogación tácita un efecto provisorio, como aquí se ha defendido, surge la cuestión de si el hecho de tratarse de una regla especial de derogación tácita puede justificar o no la atribución a ella de un efecto definitivo, como el de la derogación expresa. La respuesta correcta parece ser la negativa.

Aún admitiendo, como luego se verá, que razones políticas de peso permiten justificar la atribución del mismo efecto irrevocable de la derogación expresa a decisiones legislativas que no comparten todos sus rasgos institucionales, ese no es aquí el caso. La configuración definitiva del sistema que implica la derogación expresa requiere como presupuesto constatar en la legislación la expresión de una voluntad de cambio que en su intensidad sobrepase el umbral de configuración provisoria que es propia de la simple entrada en vigencia de nuevas normas, conforme a la institución de la derogación tácita. La mera reiteración del criterio *lex posterior derogat legi priori* no permite constatar esa intensidad de la voluntad de cambio.

bb. La derogación explícita innominada por razón de materia

Este caso de derogación explícita es el que corresponde a las normas finales de la codificación, es decir, a los cuerpos legales que introducen las reformas más profundas y exhaustivas. Tiene la forma "Deróganse todas las normas que regulan la misma materia que la presente ley, aún en aquello que no fueren contrarias a ésta". Este es, por ejemplo, el caso del artículo final del Código Civil.

Como salta a la vista, este no es un caso de derogación tácita. La razón es obvia: no presupone incompatibilidad, ni restringe el efecto derogatorio a ese solo ámbito. Se entiende, en consecuencia, que la doctrina la haya considerado un caso de derogación expresa. Luis Claro Solar, por ejemplo, consideraba que el artículo final del Código Civil era el caso paradigmático de derogación expresa (27).

Pero en estricto rigor tampoco es un caso obvio de derogación expresa, en el sentido con que antes se la ha definido. Pues le falta el rasgo básico de la institución de la derogación expresa, que es la referencia a la disposición o conjuntos de disposiciones derogadas. Esta forma de derogación se refiere a las normas preexistentes en razón de su contenido, y no en razón de su existencia en los textos autoritativos.

El nivel de referencia de esta forma de derogación es, pues, el nivel de referencia de la derogación tácita. Incluso se puede decir de ella que comparte parcialmente con la derogación tácita el presupuesto del efecto derogatorio. Como se ha visto, el presupuesto del efecto de la derogación tácita es la constatación de una antinomia. Esto requiere constatar: (a) la coincidencia de los ámbitos temporal, espacial, material y personal de validez de las normas, y (b) su incompatibilidad (28). El presupuesto de la derogación explícita innominada por razón de materia es exclusivamente la coincidencia de los ámbitos de validez de las normas. Pero eso basta para que sus efectos dependan también de un acto de interpretación de las disposiciones en comparación (29).

---

26. Así, Claro Solar, *loc. cit.*, adhiriendo a la crítica de la doctrina francesa, y tras él, por todos, Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 208 (1939); pág. 204 (1998).

27. Claro Solar, *op. cit.*, pág. 168. También en este punto hizo escuela su opinión: Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 29: Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 208 (1939), pág. 204 (1998).

28. Al respecto, Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 1987, págs. 184-190.

29. Esta dependencia de la interpretación de las diposiciones es lo que origina las dificultades operativas de esta forma de derogación. Arriba (Sección 4) se vio

Por las razones anteriores, debe concluirse que esta es una forma de derogación *sui generis*.

Naturalmente, esta cuestión clasificatoria no es importante por razones puramente terminológicas, sino principalmente por razones prácticas. Una vez que se decide que esta forma de derogación no corresponde a la derogación tácita y en estricto rigor tampoco a la derogación expresa, surge la cuestión acerca de las consecuencias jurídicas que debe asignársele. La dificultad se refiere, naturalmente, a decidir si estas disposiciones derogatorias producen un efecto irrevocable, como el de la derogación expresa, o más bien un efecto provisorio, como el de la derogación tácita entendida como una forma de preterición o prevalencia de las normas posteriores sobre las anteriores.

Desde un punto de vista analítico, la respuesta correcta pareciera ser que toda derogación innominada sólo puede producir como efecto la preterición. La pérdida de vigencia de una norma jurídica requiere su identificación según sus condiciones formales de existencia, o sea, su condición de sentido de una disposición. Sólo incidiendo en el nivel del texto autoritativo respectivo es que puede eliminarse del sistema una norma legal.

Sin embargo, la práctica institucional no duda en considerar que el efecto producido por esta clase de derogación es la eliminación del sistema de las normas preexistentes que versan sobre la misma materia. Así lo demuestra su consideración por la doctrina como el caso paradigmático de derogación expresa.

La razón de la perspectiva asumida por la práctica institucional se encuentra en el punto de vista de la función política de la institución

---

que la derogación tácita puede producir importantes dificultades operativas en la integración de las lagunas que dejaría la derogación sobreviniente de la *lex posterior* si se estima que su efecto derogatorio es irrevocable. Pero la operatividad de la derogación tácita descansa en posibilidad de precisar los efectos derogatorios basándose en la *lex posterior*: sólo las normas previas incompatibles con ellas se encuentran derogadas. En este punto, por el contrario, resulta extremadamente difícil la operatividad de la derogación explícita innominada por razón de materia, a menos que deliberadamente se asuman los riesgos de un efecto derogatorio indiscriminado. De aquí que sólo en momentos fundacionales de un orden jurídico, como lo fue la codificación, pueda recurrirse a disposiciones derogatorias de este tipo.

de la derogación. Si su función es permitir el cambio normativo, entonces resulta inconsistente asumir la permanencia de las normas en el sistema jurídico cuando tiene lugar una reforma radical y exhaustiva del derecho hasta entonces vigente. La consideración de la derogación explícita innominada por razón de materia como derogación expresa obedece al contexto político en que es practicada esta forma de derogación. El fenómeno histórico de la codificación, por ejemplo, sería incomprensible sin la eliminación de las formas institucionales en que se encontraba expresado el derecho común y del antiguo régimen. En tales contextos, la intensidad de la voluntad de cambio compensa el déficit formal de su expresión.

Por esta razón es que las disposiciones que establecen esta forma de derogación son consideradas como disposiciones derogatorias cuyo efecto es irrevocable. Cuando hay derogación explícita por razón de materia, la superveniente derogación expresa de la *lex posterior* no restablece la aplicabilidad de la *lex anterior*. En este sentido, es justificable considerarlas como una forma de derogación expresa.

b. *La así denominada "derogación orgánica"*

La doctrina denomina de este modo los casos en que interpretativamente se asigna a una reforma legislativa un carácter tal que se entiende justificado considerar derogadas las normas preexistentes sobre la misma materia, aunque no sean incompatibles con el nuevo cuerpo de normas ([30]). Es un caso de derogación implícita innominada por razón de materia ([31]).

---

30. La literatura chilena acerca de la derogación orgánica pareciera encontrar su origen en el artículo de Leopoldo Ortega, *De la derogación de las leyes, y especialmente de la derogación orgánica*, en: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo XXXV (1938), Primera Parte, págs. 5 y ss., quien se declara tributario del que fuera su maestro, Leopoldo Urrutia. Los conceptos principales de este artículo, junto a las sentencias de la Corte Suprema que dieron ocasión al mismo, fueron acogidos por Antonio Vodanovic en su redacción de las explicaciones de clase de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, págs. 209-210 (1939), págs. 205-206 (1998)); tras ellos, Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 67.

31. No debe confundirse la derogación orgánica con el efecto de impedir la aplicación preteractiva de las normas que se entienden o han sido derogadas. La

Es claro que el Código Civil no admite esta forma de derogación. Desde el punto de vista de su Art. 52, ésta no podría sino ser una forma de derogación tácita, ya que en este caso el legislador no dice expresamente que deroga a la ley anterior. Sin embargo, el Art. 53 del Código Civil enfáticamente establece que la derogación tácita no es sólo derogación implícita, sino además una derogación por incompatibilidad, o sea, una regla de solución de antinomias.

La derogación orgánica no satisface este requisito. Es un criterio de selección de reglas aplicables al caso que permitiría justificar la no aplicación de las normas anteriores sin constatar una antinomia entre ellas y las nuevas normas. Pero el sistema jurídico chileno impone al juez el deber de sujetarse al derecho aplicable conforme al derecho vigente, y conforme al Código Civil sólo deja de ser aplicable, a falta de declaración expresa de la voluntad del legislador, el derecho anterior incompatible con el derecho posterior.

La razón del surgimiento y desarrollo de la doctrina de la derogación orgánica es obvia: se trata de una medida de economía argumentativa en la adjudicación. Ella permite al tribunal liberarse de la pesada carga que implica el deber de dar cuenta del orden normativo preexistente y el nuevo orden normativo, y establecer con precisión sus relaciones de compatibilidad e incompatibilidad. Pero la cuestión es si esa autoliberación es o no jurídicamente válida.

Al respecto, una parte de la doctrina sostiene que se trata de una forma de derogación cuya existencia es "indudable y cierta" ([32]). Esta es una aseveración extraña. A la luz de la regulación del Código Civil, la respuesta a la pregunta anterior es evidentemente la negativa. La regulación que en él se hace de la institución de la derogación no admite la posibilidad de su existencia. Los casos en que la jurisprudencia habría admitido la institución son escasos y poco concluyentes ([33]), y en todo caso el reconocimiento jurisprudencial no basta para justificar la validez de la institución. La doctrina italiana citada en apoyo de la aseveración tampoco es pertinente ([34]). Pues dicha doctrina se basaba en el Art. 5° del Código Civil italiano de 1865, que a diferencia del Código Civil chileno expresamente admitía la posibilidad de la derogación orgánica ([35]).

---

prohibición de la preteractividad es un rasgo de la abolición, no de la derogación orgánica. Ambas formas de derogación pueden coincidir, pero no es necesario que lo hagan: la abolición puede tener lugar mediante derogación expresa nominativa, y la derogación por razón de materia (explícita o implícita) puede tener lugar con admisión de la preteractividad de la legislación derogada.

32. La expresión es de Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 209 (1939), pág. 296 (1998). Con anterioridad, Leopoldo Ortega había afirmado que la existencia de esta forma de derogación era "innegable", por lo que no requería justificación, sino más bien que se explicitase su naturaleza y consecuencias (*op cit.*, pág. 8).

33. Ortega (*op. cit.*, págs. 10-11) y Alessandri, Somarriva y Vodanovic (*op. cit., loc. cit.*), citan dos casos jurisprudenciales. El más reciente es *Vargas Granger contra Municipalidad de Santiago,* Corte de Apelaciones de Santiago (reclamo contra acuerdo municipal), 7 de Junio de 1935, Corte Suprema (casación en el fondo), 13 de Enero de 1937, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo XXXIV (1937), 2ª Parte, Sección 1ª, págs. 195-200. Pero estas sentencias no acogen abiertamente la doctrina de la derogación orgánica, sino que afirman que una ley general posterior deroga tácitamente a una ley general anterior, y constatan una incompatibilidad entre dos cuerpos de leyes sobre Municipalidades. En lo que respecta al otro caso jurisprudencial, Ortega cita la Sentencia N° 638 del Tomo de 1899 de la Gaceta de Tribunales, y Alessandri, Somarriva, Vodanovic citan la Sentencia N° 638 del Tomo de 1889 de la Gaceta de los Tribunales, sin que ninguna de las dos citas correspondan a un caso en el cual se discutan problemas de derogación. Finalmente, el pasaje de este caso que se puede conocer por la transcripción que hace Ortega, si bien expresa la doctrina de la derogación orgánica, lo hace asignándole un margen de aplicación muy reducido: "...la cuestión debe ser resuelta con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, sin tomar en cuenta las orgánicas preexistentes, porque *es de la naturaleza de estas leyes que un régimen político establecido sustituye a otro régimen* sin necesidad de que se derogue el anterior" (*op. cit., loc. cit.*, las cursivas son mías).

34. Francisco Ricci, *Derecho Civil Teórico y Práctico*, Tomo I, Madrid, s.f., págs. 32-38; Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, 7ª ed., Messina, 1934, págs. 150-168; Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, 1938, págs. 103-107.

35. La regla se encuentra en el Art. 15 del Código Civil de 1942; al respecto, por todos, Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Comerciale (Codici e Norme Complementari)*, 9ª ed., Milán, 1957, págs. 84-88.

Desde el punto de vista de la legitimación política de esta práctica, la respuesta es incierta.

Es plausible suponer que en algunos casos la postulación de una derogación orgánica sea funcional a la implementación exitosa de una reforma legal. Esto es particularmente evidente en relación con la integración de las lagunas que pueda presentar la nueva regulación legal. De no postularse una derogación orgánica, en caso de lagunas de la nueva legislación habría que aplicar las normas de la antigua legislación, aún si entrasen en conflicto con los fines perseguidos por el nuevo legislador. En estos casos, es ciertamente más funcional al cambio legislativo integrar esas lagunas mediante la aplicación analógica de la nueva legislación o la consideración de los principios que la inspiran ([36]).

Pero la suposición anterior no es axiomáticamente verdadera. Aunque se trate de una reforma de envergadura, la voluntad política de cambio que la aprueba no tiene por qué ser necesariamente radical, sino que puede también ser moderada. En estos casos, la postulación de una derogación orgánica es una forma de eludir la tarea que el legislador ha dejado a cargo de la judicatura, y que es la de asegurar la consistencia del orden normativo, compatibilizando sus distintos elementos y resolviendo por la vía de la preterición las incompatibilidades insalvables interpretativamente.

Además, si se acepta la distinción institucional entre la irrevocabilidad del efecto de la derogación expresa y la provisoriedad del efecto de la derogación tácita, la admisibilidad de la derogación orgánica requeriría decidir cuál de esos efectos corresponde atribuirle. Como la doctrina civilista no hace esa distinción, le atribuye sin más el efecto irrevocable de la derogación expresa. Al mismo resultado debería llegarse en todo caso, si se tiene presente que la postulación de la derogación orgánica persigue como objetivo reproducir los efectos de la derogación explícita innominada por razón de materia. Pero es claro que esa atribución es sumamente problemática. Pues su justificación se basa en la constatación de una especial intensidad de una voluntad política de cambio normativo que compensa el déficit de su expresión formal

36. Este es el argumento central en el planteamiento de Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 209 (1939), págs. 205-206 (1998).

(innominada en vez de nominativa). Y en el caso de la derogación orgánica ni siquiera hay una disposición derogatoria que exprese esa intensidad.

Por las razones anteriores, lo más seguro es considerar que la derogación orgánica es una institución no reconocida por el Código Civil ([37]). Su postulación como criterio válido de selección de la norma aplicable para todo el ámbito de aplicabilidad de las diposiciones del Título Preliminar del Código Civil requiere una justificación adicional de la validez de ese criterio. Particularmente importante como argumento justificatorio, en cada caso concreto de reforma legal, es el examen de la historia fidedigna de su establecimiento, ya que la derogación orgánica sólo se puede justificar como concreción judicial de una voluntad política de cambio.

Por la razón anterior, si la ley de reforma contempla reglas sobre sus efectos derogatorios, y dentro de esas reglas no se encuentra una disposición derogatoria por razón de materia, debe entenderse excluida la admisibilidad de la derogación orgánica. Es prerrogativa del legislador decidir cuál sea la carga de trabajo argumentativo del juez en la justificación de sus decisiones.

7. *Clasificación de las distintas formas de derogación*

A la luz de las consideraciones anteriores, se puede hacer una clasificación más diferenciada y mejor fundamentada de las formas de derogación que la establecida en el Código Civil.

El criterio fundamental de la clasificación es el carácter nominativo o innominado de la derogación, es decir, si de trata de una derogación de disposiciones o de una derogación de normas. La derogación innominada requiere además distinguir según si la derogación de normas tiene lugar por razón de materia o por razón de incompatibilidad.

37. En este sentido resulta de interés la opinión de Hernán Larraín Ríos, quien sostiene, probablemente a la luz de la jurisprudencia que ha acogido la derogación orgánica (*supra*, nota 33), que esta sería una institución del Derecho Administrativo, pero que se encuentra excluida del Derecho Civil chileno (*Lecciones de Derecho Civil*, Santiago, 1994, pág. 69).

Finalmente, en todas las formas de derogación puede hacerse la distinción del Código Civil, es decir, atender a si existe una manifestación explícita de la voluntad de cambio del legislador o si sólo se trata de una voluntad implícita (38).

Junto con lo anterior, es conveniente indicar cuál sea el efecto atribuible a cada forma de derogación, es decir, si se trata de la eliminación de la norma/disposición derogada o de la mera preterición de la *lex anterior*.

El siguiente cuadro da cuenta de esta clasificación:

Formas de derogación y sus efectos

					Efecto de la Derogación
Derogación	Nominativa (= de disposiciones)		Explícita ("derógase")		Eliminación de la norma/disposición derogada
			Implícita	("sustitúyese," "modifícase", "intercálase", etc.)	
	Innominada (= de normas)	Por razón de materia	Explícita	Norma derogatoria especial	
			(Implícita)	(Derogación orgánica)	?
		Por razón de incompatibilidad	Explícita	Norma general de los Arts. 52 y 53 del Código Civil	Preterición de la *lex anterior*
				Norma legal especial (redundante)	
			(Implícita)	(Innecesaria en virtud de la norma general)	———

38. Esta distinción incluso se puede hacer en relación con la norma sobre la derogación tácita, que se encuentra explícitamente manifestada en el Código Civil

Una vez que se tiene claro cuáles son los criterios relevantes para diferenciar las formas de derogación, la cuestión clasificatoria planteada por el Código Civil chileno, es decir, resolver qué formas de derogación son derogación expresa y cuáles derogación tácita, pasa a ser una cuestión puramente terminológica.

En todo caso, dado que la terminología jurídica tiene la función práctica de servir como abreviatura de la conexión normativa entre el supuesto de hecho y su consecuencia, lo más razonable sería usar las expresiones "derogación expresa" y "derogación tácita" para referirse a los efectos que producen, esto es, respectivamente la eliminación de la norma/disposición derogada y la preterición de la *lex anterior*.

Conforme a este criterio, cabría considerar como formas de derogación expresa (a) la derogación nominativa explícita, (b) la derogación nominativa implícita y (c) la derogación explícita innominada por razón de materia.

Por su parte, cabría considerar como formas de derogación tácita (a) la efectuada en virtud de la regla general de derogación por incompatibilidad del Código Civil y (b) la efectuada en virtud de una regla especial de derogación innominada por razón de incompatibilidad.

En cuanto a la así denominada "derogación orgánica", ella no es una forma de cancelación de la vigencia ni de preterición de normas admitida por la distinción entre derogación expresa y derogación tácita.

Este es el uso de los términos efectuado por Luis Claro Solar.

(Arts. 52 inciso tercero y 53). Es concebible que el criterio de temporalidad fuera un criterio jurisprudencial y doctrinario. A la luz de la regulación del Código Civil, por cierto, tal supuesto es irrelevante. Se lo incluye no obstante en la clasificación por razones de simetría.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© ANTONIO VODANOVIC H.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 104.257, año 1998
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición de Editorial Jurídica de Chile (sexta de la obra) de 2.200 ejemplares en el mes de julio de 1998

IMPRESORES: Impreandes Presencia S. A.

IMPRESO EN COLOMBIA/PRINTED IN COLOMBIA

ISBN obra completa 956-10-1210-3
ISBN 956-10-1211-1

ARTURO ALESSANDRI R.
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE DERECHO CIVIL

PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

EXPLICACIONES BASADAS EN LAS VERSIONES DE CLASES DE LOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE ARTURO ALESSANDRI R. Y MANUEL SOMARRIVA U., REDACTADAS, AMPLIADAS Y ACTUALIZADAS POR ANTONIO VODANOVIC H.

TOMO PRIMERO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

CAPITULO XVI

EFICACIA DE LA LEY EN EL TIEMPO

A. NOCIONES PREVIAS

298. La eficacia de las normas jurídicas está limitada en el tiempo y en el espacio

La esfera normal de aplicación de las normas jurídicas la determina, por una parte, el territorio sobre el cual impera la autoridad soberana que las dicta; por otra, el tiempo que media entre el día en que la ley comienza a regir y aquel en que cesa su fuerza obligatoria. "Y éstos son los límites naturales fijados a la eficacia de sus preceptos, no pudiendo ellos, por regla general, regir relaciones formadas en un tiempo anterior o en el territorio de otra organización estatal sometida a diversa soberanía. Pero estos límites no son absolutos, puesto que las necesidades de las relaciones internacionales exigen a veces que las relaciones que se producen en un Estado sean reguladas por normas de otro y las de la vida interna exigen que a las relaciones constituidas bajo el imperio de una norma se apliquen retroactivamente los preceptos de otra posterior".[1]

"Se producen así conflictos de leyes en la doble forma de colisiones entre leyes contemporáneamente vigentes en territorios diversos o de colisiones entre leyes que emanan de una misma soberanía, pero que rigen en tiempos diversos. Para resolverlos, hay reglas especiales dictadas expresamente por el legislador o aconsejadas por la ciencia y deducidas de la naturaleza de las relaciones a que se refieren".[2]

299. Terminología

Los autores estudian bajo diversos títulos los problemas que engendra la sucesión de las leyes en el tiempo. Algunos hablan de "colisión de las leyes en el tiempo", otros de "retroactividad e irretroactividad de las leyes", y otros, en fin, de "efectos de la ley en el tiempo".

---

[1] Ruggiero, obra citada, tomo I, pp. 164 y 165.
[2] Ibídem, p. 165.

Lo mismo acontece con las cuestiones que plantea el contacto de leyes de diversos Estados. La doctrina sistematiza su estudio a la sombra de diversas denominaciones, como las de "colisión de las leyes en el espacio", "efectos de la ley en cuanto al territorio", "límite jurisdiccional de la ley", etc.

Primero se tratarán los efectos de la ley en cuanto al tiempo, y después, en cuanto al territorio.

B. GENERALIDADES SOBRE EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

300-311. Distinción de tres períodos

Respecto a la vigencia y obligatoriedad de la ley, pueden distinguirse tres períodos:

a) El que media entre su entrada en vigor y su derogación;
b) El anterior a su entrada en vigor, y
c) El posterior a su derogación.

312. a) Aplicación de la ley entre el día de su entrada en vigor y el de su derogación

Normalmente, una ley se hace obligatoria y comienza a aplicarse desde el día de su entrada en vigor, o sea, desde la fecha en que se publica o desde una posterior que la misma ley establece, y su vigencia dura hasta que es derogada por otra ley o hasta que acaece el hecho que fija su extinción. La ley rige indudablemente todos los actos y hechos que se realizan durante este período.

313. b) Aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor. Principio de la no retroactividad

Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, ¿qué ley debe aplicarse?, ¿la antigua o la nueva?

El artículo 9° de nuestro Código Civil contiene al respecto un principio universalmente aceptado: "La ley –dice– puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo".

Este texto, afirman Colin y Capitant, encierra en realidad dos reglas:

1) la ley dispone para el porvenir: rige todos los actos y situaciones que se produzcan en adelante;

2) la ley nada dispone sobre los hechos que han pasado, que se han realizado con anterioridad a su entrada en vigor.

De estas dos normas contenidas en el artículo 9°, la segunda es la que constituye el principio de la no retroactividad de las leyes.[3]

314. Efecto retroactivo de la ley y efecto inmediato

La distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato es fundamental. Ha sido brillantemente precisada y desenvuelta por Roubier.

Cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su entrada en vigor, penetrando en el dominio de la norma antigua, se dice que tiene efecto retroactivo, porque la ley vuelve sobre el pasado.[4]

La definición de la retroactividad es muy sencilla. Consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor. Es como ha dicho Valette, una ficción de preexistencia de la ley.[5]

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ellas producidos *después* de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.[6]

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley, o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes. Dicho día determina la separación de los dominios de las dos leyes.[7]

315. Justificación de la irretroactividad

Las razones que han determinado el establecimiento de este principio, son muy sencillas. Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general, que no es aquí sino la resultante de los intereses individuales, exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación.[8]

---

[3] Colin y Capitant, obra citada, tomo I, pp. 112 y 113.
[4] Paul Roubier, "Les conflits de lois dans les temps", tomo I, p. 7.
[5] Ibídem, p. 8.
[6] Ibídem, p. 9.
[7] Ibídem, p. 9.
[8] Planiol, obra citada, tomo I, p. 100.

316. Justificación del efecto inmediato producido por la ley nueva

Todo el mundo se halla de acuerdo en que el principio de la no retroactividad se justifica por razones de seguridad jurídica. Pero las divergencias surgen cuando se trata de señalar el fundamento del efecto inmediato.

Algunos lo justifican diciendo que la ley nueva debe necesariamente reputarse mejor que la antigua y, por lo tanto, aplicarse inmediatamente; otros lo basan en la simple voluntad legislativa; no faltan, en fin, quienes lo justifican por las dificultades prácticas que traería la sobrevivencia ilimitada de la ley antigua. Paul Roubier propone otra explicación que parece ser más acertada. "Nosotros vivimos, dice, bajo el régimen de la unidad de legislación y no se concibe que leyes diferentes puedan regir simultáneamente situaciones jurídicas de la misma naturaleza, porque ello constituiría un peligro para el comercio jurídico. El efecto inmediato se justifica también, pues, por una necesidad de seguridad jurídica".[9]

317. El principio de irretroactividad ante el legislador

Como hemos visto, el principio de irretroactividad se halla consagrado entre nosotros, en el Código Civil, y no en la Constitución Política. Por lo tanto, no puede obligar al legislador, ya que éste sólo está subordinado a la Carta Fundamental.

Esto por lo que atañe a materia civil; pero en cuanto a materia penal, el legislador no puede dictar leyes retroactivas, porque la Constitución se lo impide, al decir: "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" (art. 19, Nº 3, penúltimo inciso).

Hay también, en materia civil, una prohibición indirecta, en lo que se refiere al *derecho de propiedad,* que impide al legislador dictar leyes retroactivas. En efecto, "la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, el derecho de propiedad en sus diversas especies... Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dicho tribunal. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado" (art. 19, Nº 24).

Ahora bien, la circunstancia de que una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido regularmente bajo el imperio de otra, sea inconstitucional, hace que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad.

[9] Roubier, obra citada, tomo I, pp. 558 y siguientes.

En resumen, el legislador es libre para dictar leyes retroactivas; pero, excepcionalmente, no lo puede hacer en materia penal y en cuanto al derecho de dominio.

318. Justificación de las leyes retroactivas

Por lo general, el legislador no dicta leyes retroactivas, pues comprende la gravedad de éstas. Pero muchas veces el progreso y la evolución de la vida social, exigen normas retroactivas. Sin ellas, la abolición de la esclavitud, de los derechos señoriales y feudales, no habría sido posible.

319. Leyes retroactivas dictadas en Chile

En nuestro país se han dictado diversas leyes retroactivas, la mayor parte por razones de justicia social.

En 1924 se promulgó la Ley sobre Empleados Particulares. Estableció la indemnización por años de servicios, no sólo a contar desde su fecha, sino también por el tiempo servido con anterioridad.

La Ley 5.001, de 13 de noviembre de 1931, dispuso en su artículo 1°, que la renta de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos debía ser pagada, durante su vigencia, con una rebaja de un 20 por ciento con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1° de enero de 1931. De manera que la situación establecida por los contratos de arrendamiento, con anterioridad a la promulgación de la ley, vino a ser modificada.

Hay muchas más; pero por vía de ejemplo bastan las anteriores. En todo caso, van en aumento por razones de rapidez de los cambios.

320. El principio de irretroactividad ante el juez

El artículo 9° del Código Civil es, como toda ley, obligatorio para el juez. Este, en virtud de su mandato, no puede aplicar una ley con efecto retroactivo. Naturalmente que si el legislador dicta una ley con efecto retroactivo, el juez debe aplicarla con ese efecto; el artículo 9° no sería un obstáculo, porque su prescripción es para el caso en que el legislador no dicte una ley retroactiva.

321. La retroactividad debe ser expresa

El principio de irretroactividad, como ya lo hemos manifestado, sólo liga al juez, pero no al legislador. La regla del artículo 9° del Código Civil constituye una ley ordinaria que puede ser derogada por otra ley. Pero esta derogación debe ser cierta y formalmente decretada por el legislador; de otro modo, el artículo 9° mantiene su imperio. En efecto, dice Roubier, es evidente que si se desea que el artículo 9° tenga algún sentido, o sea el de ligar al juez, esto no se conseguiría si pudiera el magistrado dejar de aplicar dicha norma bajo el pretexto, más o menos demostrado, de una intención tácita del legislador. En este caso, como la disposición legal a nadie comprometería, ni al juez ni al legislador, bien podría estimarse borrada de nuestra legislación. En vano se nos opone,

continúa Roubier, la gran autoridad de ciertos jurisconsultos clásicos como Aubry y Rau, que han aceptado en forma premeditada una retroactividad tácita o "implícita" del legislador, pues estos autores, colocándose en el terreno de la doctrina de los derechos adquiridos, definen de tal manera la retroactividad que sólo introducen la simple aplicación inmediata de la ley. Y de ahí resulta, entonces, que se ven naturalmente arrastrados a aceptar que esta aplicación inmediata puede tener lugar a base de una voluntad tácita del legislador.[10]

Pero si se define la retroactividad en su estricto sentido, como la acción de volver sobre hechos consumados, el legislador puede imponerla sólo en forma expresa. Y ello, porque dicha retroactividad es contraria a la función del juez, que es simplemente declaratoria del derecho: la misión del juez es buscar y determinar los efectos jurídicos producidos en el pasado, lo cual no puede hacer sino a la luz de la ley vigente en el día en que tales efectos se produjeron.[11]

Si el legislador no ha decretado expresamente el efecto retroactivo de la ley nueva, debe el juez estudiar esta última y aplicarla de modo que no produzca dicho efecto.

322. La retroactividad es de derecho estricto

La jurisprudencia ha tenido ocasión de declararlo. Así nuestra Corte Suprema ha dicho "que la disposición de la Ley N° 6.020 que estableció la retroactividad para los efectos del aumento de sueldos, es una *regla de excepción,* que debe interpretarse y aplicarse en forma *restrictiva,* esto es, conforme a sus propios términos y, como se refiere a sueldos, no puede alcanzar a los sobresueldos provenientes de horas extraordinarias trabajadas".[12]

323. Disposiciones transitorias

Muchas veces el legislador dicta las llamadas *disposiciones transitorias,* mediante las cuales previene los conflictos entre la ley antigua y la nueva al determinar los efectos precisos que ésta debe producir en las relaciones o situaciones anteriores. Antes de aplicar la ley de efecto retroactivo que existe entre nosotros, es preciso ver si la ley nueva contiene disposiciones transitorias y sólo si no existen o si las que hay presentan vacíos, se aplican las normas de la ley de efecto retroactivo.

324. Teorías sobre la determinación del efecto retroactivo

Cuando no existen disposiciones transitorias en la nueva ley, es el juez el llamado a precisar los límites de la nueva norma con respecto a los hechos pasados. Y ha de hacerlo, según el artículo 9°, de tal modo que no le dé efecto retroactivo. ¿Qué principios, qué criterios le servirán de guía para lograr este objetivo? Innumerables teorías se empeñan en señalar el camino.

Nosotros limitaremos nuestra atención a la "teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas", llamada "clásica" y a la teoría de Paul Roubier. Estudiaremos la primera, por constituir el centro de todas las demás y por estar en ella fundada nuestra Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes. Y nos referiremos brevemente a la segunda, por ser una de las más modernas y completas.

[10] Roubier, obra citada, tomo II, "Conclusión", pp. 753 y 754.

[11] Ibídem, p. 754.

[12] Corte Suprema, 24 de agosto de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo XL. Santiago, 1943, segunda parte, sección primera, p. 147; Corte Suprema, 19 de agosto de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo XL, Santiago, 1943, segunda parte, sección primera, p. 145.

325. Teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas

Su origen hállase en la teoría de Blondeau, expuesta en su obra *Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes* ("Essai sur ce qu'on apelle l'effet retroactif des lois"), publicada en 1809. Pero no es este autor, como se cree generalmente, el primero que expuso en forma clara la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas; antes que él, Portalis, uno de los principales redactores del Código Civil Francés, al discutirse la redacción del artículo 2° de ese cuerpo legal, había hecho ya tal distinción.

Más tarde, dio a la teoría una sólida construcción orgánica Lasalle, en su libro *Sistema de los derechos adquiridos* ("System des erwobenen Rechts").

Su último brillante defensor y elaborador más perfecto, ha sido el italiano Gabba, con su obra *Teoría de la retroactividad de la ley* ("Teoría della retroattivitá delle legi").

La teoría clásica, hasta principios del presente siglo, contaba con la adhesión casi unánime de los autores y la jurisprudencia. Pero desde entonces innumerables ataques se le han hecho, dando lugar, como resultado, a la formulación de nuevas teorías que tratan de llenar sus vacíos.

Si bien los partidarios de la teoría clásica coinciden en el fondo de sus afirmaciones, demuestran, sin embargo, cierta diversidad de criterio en muchos puntos. Y por esto, y en vista de la imposibilidad de consultar todos los pareceres, nos atendremos en nuestra exposición a las conclusiones del autor que ha conducido a la teoría del derecho adquirido a la máxima perfección científica posible, Gabba.

La teoría que nos ocupa puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando sólo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

El juez no debe, en una controversia que recae sobre un derecho adquirido bajo la ley precedente, aplicar la ley nueva; pero puede hacerlo si el juicio versa sobre un hecho que bajo la ley antigua sólo constituía una mera facultad legal o una simple expectativa.

Se entiende por *derechos adquiridos,* según la más precisa definición de Gabba, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de

la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.[13]

Los derechos adquiridos entran en el patrimonio por un hecho o acto del hombre (por ejemplo, el derecho de crédito que nace en virtud de un contrato) o directamente por ministerio de la ley, aquellos que se obtienen "ipso jure".

Las *facultades legales* constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar.

Las *simples expectativas* son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva.[14]

Ahora bien, la ley nueva no puede lesionar, si el legislador no le ha dado efecto retroactivo, los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni aquéllas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona. Y de aquí se deriva una consecuencia importante: puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos privados, toda una serie de derechos se substrae al principio de la irretroactividad como son los que derivan de normas de carácter puramente político o administrativo, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.[15]

326. Críticas a la teoría clásica

1) Desde luego, hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda. La intangibilidad del derecho adquirido ¿significa sólo respeto de su existencia, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones? En otras palabras, ¿son estas últimas simples expectativas o derechos adquiridos? Los partidarios de la teoría opinan en forma contradictoria.

2) Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, resulta imposible distinguir de un modo indudable si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad legal y si, por lo tanto, la nueva norma tiene o no con respecto a ella efecto retroactivo.[16]

Un ejemplo típico de esta incertidumbre lo ofrecen los conflictos de leyes en materia de mayor edad. Si la nueva norma eleva de dieciocho a veinte años el límite de la menor edad (sin que nada se disponga por vía transitoria), ¿volverán a ser menores los que eran ya mayores por haber cumplido los dieciocho años? Algunos, como Demolombe, Windscheid y Gianturco, se pronuncian por la afirmativa, basándose en el concepto de que la mayor edad es sólo una capacidad y entra, por tanto, en la categoría de las facultades legales; solamente los actos

[13] Gabba, *Teoría della retroattività delle legi,* tercera edición, Turín, 1891-1898, tomo I, p. 191.

[14] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 174.

[15] Ibídem.

[16] Ibídem, p. 175.

realizados con los terceros, por quienes, según la ley antigua habían alcanzado la mayor edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales actos constituyen para él y los terceros derechos adquiridos. A juicio de otros, como Gabba, Savigny y Regelsberger, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto que el estado personal, una vez adquirido, se convierte en derecho intangible.[17]

A pesar de todas las definiciones es, pues, en muchos casos imposible dar un criterio único y seguro para distinguir los derechos adquiridos de las simples expectativas.

3) La teoría clásica no resuelve el problema de la retroactividad con respecto a los derechos que no forman parte del patrimonio, como son los de familia, puesto que considera como elemento característico del derecho adquirido el entrar a formar parte del patrimonio. No considera, pues, todos los derechos privados, por más que en la expresión verbal se les quiera comprender a todos los que pueden llamarse adquiridos, sino sólo a los patrimoniales.

327. Defensa de la teoría clásica

Los vacíos de la teoría clásica determinaron su rechazo por calificados autores y la elaboración de otras que tienden a corregir sus defectos. Sin embargo, entre los autores contemporáneos la ha defendido el profesor francés Louis Josserand. Según éste, afirmar, como lo han hecho algunos, que la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas es inaplicable y desprovista de significación práctica, resulta una exageración. Indudablemente, agrega, que es preciso renunciar a la fijación de un criterio uniforme para distinguir los derechos adquiridos y las simples expectativas; pero no puede sostenerse que este criterio constituya sólo una quimera. En realidad, la distinción que tanto se combate es cuestión de tacto, de sentimiento, de matices; puede dar margen a opiniones divergentes, pero, no obstante, es capaz de prestar útiles servicios en el problema de la irretroactividad, sobre todo si se tiene presente el fundamento de ésta, cual es el de procurar la confianza de los particulares en el legislador. Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, significa que la ley no debe burlar la confianza que en ella depositamos y que las situaciones establecidas, los actos realizados bajo su protección deben permanecer intactos, ocurra lo que ocurra. Todo lo demás, excepto lo dicho, es simple esperanza, más o menos fundada, que el legislador puede destruir a voluntad.[18]

Concebida así, termina Josserand, la regla de irretroactividad se torna más concreta, positiva y práctica.[19]

328. Teoría de Paul Roubier

M. Paul Roubier, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, expuso la teoría de que es autor en su obra *Los conflictos de las leyes en el*

[17] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 175.

[18] Louis Josserand, obra citada, tomo I, edición de 1938, pp. 59, 60 y 63.

[19] Ibídem, p. 60.

tiempo (2 tomos, París, 1929-1933; 2ª edición refundida en 1 tomo, París, 1960), considerada como uno de los mejores trabajos modernos sobre el problema de la retroactividad.

El sistema de Roubier, que aquí sólo nos limitaremos a insinuar, reposa sobre la distinción entre efecto retroactivo, que es la aplicación de la ley en el pasado, y efecto inmediato, que es su aplicación en el presente.

El problema radica en determinar la acción de la ley frente a las *situaciones jurídicas,* amplio término que constituye una de las bases de la teoría, y que puede definirse como "la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada".

La noción de situación jurídica es, en concepto de Roubier, superior al término derecho adquirido, porque no entraña forzosamente como éste un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede siquiera hablarse de derechos adquiridos; no puede decirse que el estado de interdicción, de menor edad, de pródigo, es un derecho adquirido, pero sí que es una situación jurídica. También es superior a la noción de relación jurídica, tan usada en la ciencia contemporánea, y que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.[20]

La teoría del profesor lionés parte de la observación de que toda situación jurídica puede ser sorprendida por la nueva ley en diversos momentos, ya sea en el de su *constitución,* o en el de su *extinción,* o en el momento en que *produce sus efectos.*

La ley nueva tiene *efecto retroactivo* si ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas o a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.[21]

Por el contrario, la ley nueva sólo produce *efecto inmediato* si rigen, desde su entrada en vigor, los *efectos* de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su *extinción* y la *constitución* de situaciones jurídicas *nuevas.*[22]

El efecto inmediato es la regla; pero hay que considerar una excepción tradicional y muy importante, que Roubier justifica en virtud del mismo fundamento de la regla. El efecto inmediato de la ley, que tiende a asegurar la unidad de la legislación, no afecta a los contratos, los cuales constituyen, por su esencia, instrumentos de variedad jurídica. Las leyes nuevas no producen efectos sobre los contratos vigentes. Pero la excepción sólo tiene lugar en la medida en que los contratos representan instrumentos de diferenciación, o sea, en la medida en que su contenido queda entregado a la voluntad creadora de los individuos; los que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos o los modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios anteriormente celebrados.[23]

[20] ROUBIER, obra citada, tomo I, p. 378.

[21] Resumen sobre la teoría de Roubier, expuesto en la obra de CH. BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français,* tomo I, edición de 1934, p. 218.

[22] CH. BEUDANT, obra citada, tomo I, p. 218.

C. RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

329. CONCEPTO SOBRE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

Leyes interpretativas son aquellas mediante las cuales el legislador se propone determinar el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.[24]

¿Cómo saber si una ley es o no interpretativa? Para cerciorarnos, debemos atender a dos características que le son inherentes:

1) La ley nueva viene a fijar el sentido incierto de la antigua; y

2) Adopta una solución que podría haber consagrado la jurisprudencia, pues en este caso el legislador se transforma, por un momento, en mero intérprete del Derecho, a la manera del juez.

Poco importa que la nueva ley declare expresamente o no su carácter interpretativo; lo que sí es menester que aparezca en ella el espíritu de declarar el sentido de otra ley.[25] Y aun, supongamos que una ley diga expresamente que es interpretativa, ¿bastará esta declaración para darle esa fisonomía, pensando que el legislador es soberano para hacer lo que le plazca? No, dice Roubier, porque no está en la mano del hombre transformar la naturaleza de las cosas; no puede el legislador hacer que una cosa sea lo que no es.[26]

Y si al juez se le presenta una ley que manifiesta ser interpretativa y si de su estudio el magistrado concluye que no lo es, deberá decir que está falsamente calificada de interpretativa; pero, por cierto, le dará todos los efectos que el legislador le dio. Y si éste, mediante el subterfugio de la interpretación, quiso darle efecto retroactivo, el juez debe dárselo, porque su misión es aplicar la ley.

330. JURÍDICAMENTE EN EL DERECHO CHILENO LAS LEYES INTERPRETATIVAS NO PUEDEN ESTIMARSE RETROACTIVAS

Para que el problema de la retroactividad surja, es menester la coexistencia de dos leyes de diversas fechas. Tratándose de las leyes interpretativas, esto no ocurre, porque, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 9° del Código Civil, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras, se entienden incorporadas en éstas, es decir, las leyes interpretativas se consideran que forman parte de las interpretadas.

[23] CH. BEUDANT, obra citada, tomo I, pp. 218 y 219.

[24] COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 126.

[25] Así lo ha entendido acertadamente nuestra jurisprudencia: *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo XXX, sección primera, p. 93; tomo XXVII, sección primera, p. 150, tomo XXI, sección primera, p. 317; *Gaceta de los Tribunales,* año 1932, p. 302, sentencia 83.

[26] ROUBIER, obra citada, tomo II, "Conclusión".

Por una ficción se supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada, porque "al decir cómo debe entenderse la ley anterior, el legislador se limita a reiterar su voluntad ya existente, no a hacer una nueva declaración de su voluntad". De ahí que tenga base lógica dicha ficción.

Al expresar el artículo 9° que las leyes interpretativas se entenderán incorporadas en las interpretadas, quiere decir que deben aplicarse desde la fecha de estas últimas leyes, y al aplicarse en esta forma no producen efecto retroactivo, porque éste entraña un conflicto de dos leyes de diversas fechas. Sin embargo, según hemos visto antes, en doctrina la ficción es atacada y algunos autores, como Roubier, afirman que en la realidad hay verdadera retroactividad.

331. Límites de la ficción que supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada

Dice el artículo 9°, en su inciso 2°:

"Sin embargo, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero *no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio*".

Supongamos que haya una ley que exija la concurrencia de cinco testigos para reconocer validez a una clase de testamentos, pero no precise si aquéllos deben ser hombres o si también pueden ser mujeres. Si más tarde una ley interpretativa determina que todos los testigos deben ser varones, quiere decir que los testamentos otorgados entre la primera y segunda ley y que no cumplan con este requisito, serán nulos, porque esta exigencia se entiende existir desde la fecha de la primera ley, en virtud de la primera parte del inciso 2° del artículo 9°. Pero si en el tiempo intermedio se hubiere discutido judicialmente la validez de algún testamento otorgado con la concurrencia de testigos mujeres, y una sentencia ejecutoriada lo declaró válido antes de dictarse la ley interpretativa, ésta no afectará en manera alguna los efectos del fallo, es decir, los derechos que hubiere declarado. Ese testamento, judicialmente declarado válido, seguirá siéndolo en virtud de la segunda parte del inciso 2° del artículo 9°.

Pero, nótese bien, que si en el momento de dictarse la ley interpretativa el litigio se encuentra pendiente, se fallará con arreglo a las disposiciones de esta última ley, porque la excepción sólo rige tratándose de sentencias *ejecutoriadas* en el tiempo intermedio.

La razón en virtud de la cual las sentencias ejecutoriadas quedan inamovibles aunque se hallen en desacuerdo con la verdadera voluntad del legislador, expresada en la ley interpretativa, radica en que, ejecutoriado el fallo, ya no es posible volver a abrir el pleito, pues se opone la autoridad de la cosa juzgada.

332. En el hecho, las leyes interpretativas tienen efecto retroactivo, salvo frente a situaciones reconocidas por una sentencia ejecutoriada

Como lo demuestra el ejemplo relativo a los testamentos, del número anterior, si una ley interpretativa declara que un acto debe celebrarse con tal requisito y el acto se realiza con otro que parecía exigir la ley interpretada, ese acto es nulo, porque el requisito exigido por la ley interpretativa se considera que lo exigía la ley interpretada, a causa de la ficción que supone incorporada aquélla en ésta. Jurídicamente la ley interpretativa existía desde la fecha de la ley interpretada y de ahí que se estime que la alteración que ella provoca de las situaciones jurídicas constituidas al amparo del sentido que se daba a la ley interpretada, no importa efecto retroactivo. Pero, como se comprenderá, en el hecho ese efecto entraña, ya que la ley interpretativa se aplica a situaciones jurídicas constituidas antes de su entrada en vigencia.

Sólo escapan a este efecto retroactivo de hecho, las situaciones reconocidas por una sentencia judicial ejecutoriada, dictada antes de la promulgación de la ley interpretativa por oponerse la autoridad de cosa juzgada.

D. LA NO RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

333. Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes

La Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861, tiene por objeto, como lo dice su artículo 1°, decidir los conflictos que resulten de la aplicación de las leyes dictadas en diversas épocas.

Partiendo del principio consagrado en el artículo 9° del Código Civil, no hace más que deducir sus consecuencias.

Se funda en la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, pero en algunos puntos se aparta de sus soluciones y establece otras que han parecido más justas y adecuadas al legislador.

Comenzaremos su estudio con las disposiciones que se refieren al problema de la no retroactividad con respecto a las leyes sobre el estado civil de las personas.

E. LEYES SOBRE EL ESTADO CIVIL

334. Generalidades

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad en orden a sus relaciones de familia.

Hay estado civil de casado, viudo, de hijo legítimo o ilegítimo, etc.

Para estudiar el problema de la retroactividad con respecto a las leyes que rigen el estado civil, es preciso distinguir:

a) entre el estado civil adquirido y el que aún no lo ha sido, y

b) entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan.

335. Estado civil adquirido

Dice el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo: "El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza...".

Por esto todas las personas casadas antes de 1884, fecha en que regía el Derecho Canónico en todo lo relativo a la celebración del matrimonio, se consideran válidamente unidas aun después de ese año en que se promulgó la Ley de Matrimonio Civil.

La mayor parte de los autores partidarios de la teoría clásica no puede explicar satisfactoriamente el respeto de la nueva ley por el estado civil adquirido, ya que considera como carácter esencial del derecho adquirido su incorporación a un patrimonio, y el estado civil no es un derecho patrimonial.

En cambio, es lógica y satisfactoria la explicación que fluye de la teoría de Roubier. El estado civil adquirido conforme a una ley, es una situación jurídica constituida que, por lo tanto, la nueva ley no puede desconocer sin caer en la retroactividad.

336. Estado civil no adquirido aún al tiempo del cambio de legislación

El estado civil que todavía no ha sido adquirido en el momento del cambio de legislación, sólo puede serlo de acuerdo con las nuevas leyes, según se desprende del artículo 2° de la Ley sobre efecto retroactivo, que dice:

"Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir".

La teoría clásica justifica esta norma diciendo que si el estado civil no se ha adquirido aún, su adquisición es una mera expectativa que queda sujeta a la ley posterior, la cual, al condicionar de otro modo su adquisición, no produce efecto retroactivo.

Para Roubier, el hecho de que no se haya adquirido aún el estado civil significa que no se ha constituido la situación jurídica y, por ende, la nueva ley puede, sin ser retroactiva, regular en otra forma su constitución.

337. Consecuencias que derivan del estado civil

Dijimos que es preciso distinguir entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan, es decir, los derechos y obligaciones que trae aparejados.

Sabemos que el estado civil mismo debe ser respetado por la ley nueva si no se quiere caer en la retroactividad; pero sus consecuencias se subordinan de inmediato a la ley nueva, sin que esto importe retroactividad. Por eso el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo dispone:

"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".

La doctrina clásica justifica la aplicación de su principio razonando así: "El estado tiene una existencia propia que se manifiesta por hechos de un carácter permanente, al paso que la capacidad de obrar ligada a él necesita ser ejercitada especialmente para poder revelarse. El estado puede constituir por eso un

derecho adquirido, mas no las facultades o aptitudes no ejercidas que puedan emanar del mismo estado; ellas son meras facultades abstractas que reposan en el interior de nuestro ser, y el individuo que goza de ellas obra a manera de mandatario, usando del poder que la ley le ha delegado para la ejecución de ciertos actos. Natural es, por consiguiente, que ese poder desaparezca, cuando el que lo confirió juzgue conveniente revocarlo".[27]

De acuerdo con la teoría de Roubier, los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales, es decir, establecidas por la ley, y susceptibles, consiguientemente, de ser modificadas por ella, en cualquier momento.

338. Aplicación de los anteriores principios

La misma Ley sobre efecto retroactivo contiene en su artículo 3°, incisos 2°, 4°, 5° y 6°, aplicaciones de todos los principios anteriores relativos al estado civil.

El primero de los mencionados preceptos, refiriéndose a los efectos del estado civil, dice: "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 la ley anterior".

Conviene insistir en la última parte de esta disposición, la cual deja a salvo e intocables los actos positivos que se hubieren realizado en uso de las facultades concedidas por la ley, ya que en este caso tales actos han pasado a formar derechos adquiridos, como dice la teoría clásica, o situaciones jurídicas constituidas, como expresa Roubier. Y si, por ejemplo, una ley quita al padre la facultad de administrar los bienes del hijo, que le daba una ley anterior, los actos de administración que aquél hubiere efectuado antes de la vigencia de la nueva norma legal, permanecerán válidos.

El artículo 4° manifiesta que "los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración, a las reglas dictadas por una ley posterior".

Dice el artículo 5°: "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".

Finalmente, el artículo 6° prescribe que "el hijo ilegítimo que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, seguirá gozando de ellos bajo la que posteriormente se dictare; pero en cuanto al goce y extinción de este derecho se seguirán las reglas de esta última.

"Lo dispuesto en este artículo debe mirarse como una excepción del principio fundamental consignado en el artículo 3°. La calidad de hijo simplemente ilegítimo es un estado civil y los alimentos que la ley le otorga es un derecho

---

[27] Mensaje con que se acompañó el proyecto de Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, y Luis Claro Solar, obra citada, tomo I, pág. 74.

anexo a ese estado. Si los derechos anexos al estado civil ya adquiridos se sujetan a la nueva ley, es decir, si pueden ser disminuidos o aumentados por la nueva ley, era lógico que, si la nueva ley no otorga al hijo ilegítimo el derecho de alimentos, los hijos de esta clase que por la ley anterior estaban gozándolo, debían ser privados de él desde la promulgación de la nueva ley".

"Sin embargo, el legislador no ha querido llevar adelante el rigor lógico, y ha formado una excepción al principio. Si se suprimen todos los derechos y obligaciones del estado civil, desaparece éste; y como el estado civil de hijo simplemente ilegítimo no produce otro efecto, según el Código Civil, que el de alimentos, quitando este derecho desaparecía el estado".[28]

Las palabras *goce* y *extinción* del texto legal que comentamos, han provocado dudas.

Tomado el artículo 6° de la Ley sobre efecto retroactivo, dice su comentarista, "en su sentido literal, encierra una contradicción: el hijo ilegítimo –expresa–, que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, *seguirá gozando* de ellos bajo la que posteriormente se dictare". Y luego agrega: "pero en cuanto al *goce* y *extinción* de este derecho, se seguirán las reglas de esta última". Si por necesidad subsiste el derecho de alimentos bajo el imperio de la nueva ley, ¿cómo puede depender de ésta su *goce*? Evidentemente, el legislador se puso en el caso de que ese derecho siguiera siendo reconocido, y así se comprende cómo su *modo de ejercicio* y extinción puedan hallarse subordinados a la nueva ley".[29]

En cuanto a la palabra *extinción*, "ella contraría la disposición misma que asegura al hijo ilegítimo el derecho a alimentos que tenía ya adquirido, es decir, declarado o reconocido a su favor bajo el imperio de la ley antigua; se ha querido hablar tal vez de la extinción del derecho o de las causas extrañas a la adquisición misma del derecho que puedan ocasionar su pérdida".[30]

339. Aplicación de las reglas del estado civil de las personas naturales a las personas jurídicas

La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetan a las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo (artículo 10).

Las personas jurídicas deben establecerse en virtud de una ley o mediante aprobación del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado, decía el antiguo texto del artículo 546 del Código Civil. Pero la intervención que este artículo daba al Consejo de Estado ha quedado sin efecto como consecuencia de haber sido suprimido dicho organismo por la Constitución Política de 1925.

En consecuencia, y aplicando el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo, hoy basta para el establecimiento de las personas jurídicas la aprobación del Presidente de la República. Pero si durante el imperio de las antiguas disposiciones se hubiere constituido una de esas entidades con la sola aprobación del Presidente, sin acuerdo del Consejo de Estado, esa entidad no sería persona jurídica, porque le faltaría un requisito exigido por la ley vigente a la fecha de su constitución, que es la ley a la cual debe subordinarse la persona jurídica en cuanto a su existencia, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley sobre efecto retroactivo relacionado con el artículo 3° de la misma ley.

Los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se rigen por la ley nueva (artículo 10 en relación con el 3°). Y así, por ejemplo, antes, de acuerdo con el artículo 556 del Código Civil, las personas jurídicas no podían, sin permiso especial de la legislatura, conservar, por más de cinco años, la posesión de los bienes raíces que hubieran adquirido. Pues bien, la Ley N° 5.020, de 30 de diciembre de 1931, suprimió esa traba, y en conformidad al artículo 10, en relación con el 3° de la Ley sobre efecto retroactivo, todas las personas jurídicas, tanto las establecidas con posterioridad a esa ley del año 1931 como las establecidas con anterioridad, pueden conservar libremente los bienes raíces adquiridos, porque el citado artículo 3° nos dice que los derechos y obligaciones anexos al estado civil, "se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

F. LEYES SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

340. Concepto de la capacidad

Capacidad es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y para ejercerlos por sí sola.

Es de dos clases: de goce o adquisitiva y de ejercicio, llamada también de obrar. La primera constituye la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, para poder ser su titular. La segunda es la aptitud legal de una persona para ejercer por sí sola sus derechos, sin el ministerio o autorización de otra.

341. Ley que rige la capacidad según la doctrina

Si una nueva ley eleva de dieciocho a veintiún años la edad necesaria para adquirir la plena capacidad jurídica, ¿se aplicará ella también a las personas que cumplieron los dieciocho años durante el imperio de la ley antigua, volviendo a ser incapaces hasta alcanzar los veintiún años?, ¿o la nueva ley debe estimarse inaplicable a dichas personas?

En este punto es grande la desorientación de los autores de la teoría clásica.

Hay quienes piensan que la nueva ley debe aplicarse sin que puedan objetar algo los que vuelven a ser incapaces, porque la capacidad no forma derecho adquirido, es sólo presupuesto para la adquisición de derechos, una facultad legal; sólo los actos ya realizados por los que fueron capaces, no deben ser

[28] José Clemente Fabres, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, edición de 1893, Santiago de Chile, p. 195.

[29] *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 64.

[30] Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 75.

tocados por la nueva norma, porque tales actos constituyen para ellos y los individuos con quienes contrataron, derechos adquiridos.[31]

Para otros, la capacidad constituye derecho adquirido, porque una vez obtenida esa situación personal, se convierte en derecho intangible y no puede ser alterada por la nueva ley.[32]

Finalmente, algunos estiman que la nueva norma no debe aplicarse a los que ya obtuvieron la capacidad pero no porque ésta forme derecho adquirido, sino por una simple razón de equidad.

Roubier afirma que la nueva ley no puede aplicarse sin caer en la retroactividad, a los que ya adquirieron la capacidad bajo el imperio de la ley antigua. Llega a esta conclusión ateniéndose a la regla general de su teoría. Cumplida cierta edad, dice, se extingue una situación jurídica, la de minoridad, y la nueva norma no puede regir sin retroactividad las situaciones ya extinguidas. Mirando ahora desde otro ángulo: el cumplimiento de determinada edad produce la constitución de una situación jurídica, la de mayor, y la nueva ley no puede alcanzar sin ser retroactiva las situaciones ya constituidas.[33]

342. Ley que rige la capacidad según la legislación chilena

Nuestro legislador distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

a) *Capacidad de goce.* Queda ella sometida a las nuevas leyes. Si una persona, de acuerdo con una ley, tiene aptitud para adquirir derechos, la pierde si se dicta otra ley que niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirla. Es el principio que fluye del inciso 2° del artículo 7° de la Ley sobre efecto retroactivo.

"Las meras expectativas –dice– no forman derecho".

"En consecuencia, la capacidad que una ley confiere a los hijos ilegítimos de poder ser legitimados por el nuevo matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad, siempre que el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior, que exija nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho, a menos que al tiempo de celebrarlo se cumpla con ellos".

Y así, por ejemplo, para que un hijo sea legitimado, excepto los casos en que el matrimonio posterior de sus padres produce ipso jure la legitimación, es necesario que sus padres designen por instrumento público que le confieren este beneficio. Dicho instrumento debe otorgarse a la fecha de la celebración del matrimonio o con posterioridad a éste (Código Civil, artículo 208). Si una nueva ley exige otro requisito distinto, un pronunciamiento judicial, pongamos por caso, el hijo ilegítimo que bajo la antigua norma podía ser legitimado sin este requisito, no podrá serlo ahora si no se cumple con él.

[31] Demolombe, *Cours de Droit Civil,* tomo I, N° 45; Windscheld, Pandectas I, p. 90, N° 4; Gianturco, *Sistema di Diritto civile italiano,* vol. I y único, p. 136.

[32] Gabba, obra citada, tomo II, p. 80; Chironi, *Istituzioni di Diritto civile italiano,* tomo I, segunda edición, Turín, 1912, p. 22.

[33] Roubier, obra citada, tomo II, p. 299.

Doctrinariamente, se explica la solución legal en esta forma: la capacidad de goce constituye una abstracta *facultad legal,* o sea, un supuesto para la adquisición del derecho. Y bien sabemos que las facultades legales no constituyen derecho adquirido; de ahí que la ley nueva pueda aplicarse sin entrañar retroactividad.

b) *Capacidad de ejercicio.* De acuerdo con la doctrina del derecho adquirido, la capacidad de ejercicio es también una facultad legal, el supuesto para ejercer derechos, y por eso la nueva ley debe aplicarse inmediatamente a todos. Y si alguien hubiere adquirido la capacidad de ejercicio de acuerdo con la antigua norma y no reúne las condiciones que para ello exige la nueva, pierde su capacidad de ejercicio.

Sin embargo, nuestro legislador, en este punto, como en otros, se apartó de los estrictos principios doctrinarios, y estableció en el artículo 8° de la Ley de efecto retroactivo que "el que bajo el imperio de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nueva condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior".

Si una nueva ley fija la mayor edad a los veintiún años, el que la hubiere adquirido a los dieciocho en conformidad a la norma antigua, no pierde su capacidad, aun cuando en el momento de dictarse la nueva ley no haya cumplido los veintiuno.

La capacidad de ejercicio, pues, de acuerdo con nuestra legislación, subsiste bajo el imperio de la nueva ley, aunque ésta exija condiciones diversas para su adquisición que la anterior; pero su ejercicio, sus efectos, se rigen por las disposiciones de la norma nueva. Indudable es que éstas no alcanzan a los actos ejecutados con anterioridad a su vigencia.

G. LEYES RELATIVAS A LA PROTECCION DE LAS PERSONAS

343. Leyes sobre los guardadores

El Código comprende bajo la denominación de "guardadores" a los que ejercen la tutela o curaduría, y llama "pupilo" al que se halla sujeto a una u otra.

"Los guardadores –dice el artículo 9° de la Ley de efecto retroactivo–, válidamente constituidos bajo el imperio de una legislación anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de asumirlos; pero, en cuanto a sus funciones, a su remuneración y a las incapacidades, o excusas supervinientes, estarán sujetos a la legislación posterior".

Ejemplo: por la ley vigente en la actualidad no es incapaz para desempeñar el cargo de guardador la persona que ejerce el cargo de Presidente de la República; supongamos que venga una nueva ley que establezca esta incapacidad: si al tiempo de la promulgación de esta ley el Presidente estaba desempeñando una tutela o curaduría, continuará desempeñándola; la nueva incapacidad creada por la ley posterior no le afecta. Pero si el tutor o curador, que estaba ejerciendo su cargo al tiempo de la promulgación de la nueva ley,

es elegido Presidente de la República, cesa en su cometido, porque le afecta esta incapacidad sobreviniente.[34]

En cuanto a la pena, dice el inciso 2° del mismo artículo 9°, en que, por descuidada o torcida administración hubieren incurrido los guardadores, se les sujetará a las reglas de aquella de las dos legislaciones que fuese menos rigurosa a este respecto; las faltas cometidas bajo la nueva ley se castigarán en conformidad a ésta.

Esta disposición sigue la regla general corrientemente admitida de que, cuando el delito y la conclusión del juicio tienen lugar bajo distintas legislaciones, se aplica la pena menos severa al respecto.[35]

344. Leyes sobre el privilegio de la restitución "in integrum"

La restitución *in integrum,* en el estado de evolución que alcanzó antes de la dictación de nuestro Código Civil, consistía en un privilegio de ciertas personas (menores, incapaces, personas jurídicas) que estaban facultadas por la ley, atendiendo razones de equidad, para pedir la anulación de un acto o contrato legítimamente celebrado, pero que les había reportado un daño o menoscabo en sus bienes, y para lograr, consecuentemente, ser reintegradas a la misma situación patrimonial que tenían con anterioridad al acto lesivo.

La institución dio margen para abusos y, a la postre, se volvió contra los mismos privilegiados, porque nadie quería contratar con ellos ante la posibilidad de perder después los derechos adquiridos; por eso el Código Civil la suprimió de raíz.

Ahora bien, según el artículo 11 de la Ley de efecto retroactivo, "las personas naturales o jurídicas que bajo una legislación anterior gozaban del privilegio de la restitución "in integrum" no podrán invocarlo ni transmitirlo bajo el imperio de una legislación posterior que lo haya abolido".

La restitución "in integrum" no ejercida, dice el señor Claro Solar, no es un derecho sino una expectativa que existe mientras la voluntad del legislador quiere mantenerla.[36]

H. LEYES RELATIVAS A LOS BIENES

345. Principio

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, prevalecen las disposiciones de la nueva ley (Ley de efecto retroactivo, artículo 12).

Bajo la legislación española no se requería escritura pública para la transferencia de los bienes raíces; tampoco era menester cumplir con requisitos que

[34] Fabres, obra citada, tomo II, p. 200.

[35] Paulino Alfonso, *Explicaciones de Código Civil,* tomo I, p. 67.

[36] Obra citada, tomo I, p. 78.

dieran publicidad al dominio. Pero nuestro Código Civil dispuso que el contrato de compraventa de bienes raíces sólo puede celebrarse por escritura pública, y que la tradición debe efectuarse por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. A pesar de esto, las propiedades adquiridas con anterioridad a la vigencia del Código y en conformidad a las leyes españolas, subsistieron sin sufrir modificaciones bajo el imperio de la nueva legislación, porque "todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra".

Pero en cuanto a los goces y cargas del derecho, la nueva ley tiene aplicación inmediata. Y así, por ejemplo, si una ley autoriza imponer servidumbres legales, el dueño del predio sirviente no podría alegar que había adquirido el dominio bajo una ley que no autorizaba imponerlas.

346. Justificación del principio

El derecho en sí mismo, afirman los partidarios de la teoría clásica, permanece intangible porque, incorporándose al patrimonio por un título propio, es decir, por virtud de la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no así las facultades anexas: éstas entran al patrimonio por un título general, la ley. Por eso, pues, puede la nueva norma, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades a su imperio.

347. La irretroactividad de las leyes sobre derechos reales, ¿es sólo aparente en nuestro país?

Dice el artículo 12 de la Ley de efecto retroactivo: "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, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiere ordenado o se ordenare por leyes especiales".

Bajo apariencia irretroactiva, dicen los comentaristas, el artículo 12 otorga a las leyes efectos retroactivos, pues, al decir que un derecho adquirido en conformidad a una ley se extinguirá por los medios que señale una posterior, afecta directamente al derecho.

"Si el derecho real adquirido, dice Claro Solar, bajo el imperio de una ley subsiste bajo el imperio de otra que estableciere nuevos requisitos para su adquisición, es porque esta última ley tendría efecto retroactivo si lo sometiera a su imperio. ¿Cómo pueden entonces prevalecer *en lo tocante a su extinción* las disposiciones de la nueva ley? La extinción del derecho, ¿no es precisamente lo contrario de su subsistencia? En éste como en otros artículos la ley se ha apartado, pues, de los principios que ella misma consagra".[37]

En realidad, el precepto en comento, analizado a la luz de la teoría del derecho adquirido, resulta de efecto retroactivo; pero juzgado de acuerdo con los principios de la teoría de Roubier, su alcance no sería tal; no tendría efecto

[37] Obra citada, tomo I, p. 78.

retroactivo la ley que estableciera nuevas formas de extinción de una situación existente, pues al aplicarse la nueva norma no entraría a regir el pasado.

Al ordenar el legislador que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", se está refiriendo, afirma un autor, "al caso que la nueva ley imponga nuevos requisitos para la *constitución del derecho real*, la que no recibirá aplicación tratándose de un derecho anteriormente constituido; pero no ha querido indicar que éste sea perpetuo y, por el contrario, expresamente establece que los nuevos medios de extinción creados por la ley se aplican a tal derecho";[38] la circunstancia de aplicarse la nueva ley en lo tocante a la extinción del derecho, no produce retroactividad, porque no se ataca a una situación constituida o extinguida, sino a una que se halla en curso.

348. Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas

Sabemos que nuestra Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies. Y ya vimos (N° 317) que, conforme a la Carta Fundamental, toda ley que imponga un medio de extinción del dominio y no sea de expropiación, envuelve una privación ilegítima de la propiedad. De ahí que con respecto a la extinción de este derecho, ninguna ley nueva tiene efecto retroactivo; la disposición constitucional se opone.

349. Leyes sobre la posesión

La posesión constituida bajo una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en ésta (Ley de efecto retroactivo, artículo 13).

La misma crítica que se hace a la disposición que trata sobre los derechos reales, aplícase aquí: la irretroactividad de las leyes sobre la posesión sólo sería ilusoria.

Si adquirida la posesión de una cosa bajo el imperio de una ley, no puede conservarse bajo otra posterior, sino por los medios que esta última señala, es indudable que no puede hablarse de irretroactividad. Así, según la ley vigente, para adquirir la posesión de una cosa basta con la tenencia de ella con ánimo de señor y dueño. Si cierta persona ha adquirido la posesión de esta manera y viene una ley posterior que exige para conservarla o retenerla una declaración por la prensa, pongamos por caso, el que antes adquirió la posesión, para no perderla, veríase obligado, en virtud del artículo 13 que estudiamos, a hacer dicha declaración; debería conformarse al mandato de la nueva ley. Y esto está demostrando que las leyes sobre la posesión son retroactivas.

[38] C. Riveros Ramírez, *Retroactividad de la ley*, Memoria de Prueba, Santiago, 1937, p. 73, "in fine".

350. Derechos deferidos bajo condición

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta y por el tiempo que señalare la ley precedente, a menos que este tiempo excediese del plazo establecido por una ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir, pues en tal caso si dentro de él no se cumpliese la condición, se mirará como fallida (Ley de efecto retroactivo, artículo 14).

351. Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos

Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, ya expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizare su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones (Ley de efecto retroactivo, artículo 15).

"Según la legislación española que nos regía al tiempo de la promulgación de nuestro Código Civil, podía haber dos o más usufructos sucesivos, cosa que ahora está prohibida. La persona que al tiempo de la promulgación de dicho Código estaba gozando de un usufructo tenía un "derecho adquirido", aun cuando fuese el tercero o cuarto usufructuario de una misma propiedad; y como la ley posterior sólo afecta a las meras expectativas, mas no a los derechos adquiridos, era lógico que el usufructuario a que se refiere este artículo 15 siguiera gozando del usufructo".[39]

Pero el derecho de los usufructuarios posteriores se desvanece en virtud de la nueva ley. ¿Por qué? ¿Constituyen ellos meras expectativas? Si las constituyen, quiere decir que el artículo 15 no hace más que aplicar la regla general al hacer caducar los usufructos posteriores. Pero si no forman meras expectativas, significa que dicha disposición se ha apartado del principio general, pues la nueva ley alcanzaría a derechos adquiridos. Don Luis Claro Solar está por está opinión.[40]

Sea como fuere, el hecho efectivo es que los usufructos posteriores al de la persona que disfruta de la cosa a la época del cambio de legislación, caducan, por expreso mandato de este artículo 15 de la Ley de efecto retroactivo, y corresponde aplicar la norma del artículo 769 del Código Civil, que dice: "Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

[39] Fabres, obra citada, tomo I, p. 204.

[40] Obra citada, tomo I, p. 80.

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviese designado".

352. LEYES SOBRE SERVIDUMBRES

Las servidumbres *naturales* y *voluntarias* constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva (Ley de efecto retroactivo, artículo 16).

Este artículo se refiere a las servidumbres *naturales* y *voluntarias*, pero omite las servidumbres *legales*. Resulta evidente que la palabra *voluntaria* está de más, ya que las servidumbres voluntarias "son establecidas en virtud de un contrato y naturalmente quedan fuera del alcance de la ley, que en esta materia deja a los particulares en entera libertad de constituir las servidumbres que quieran".[41]

Tratando de la misma materia, dice el artículo 17 de la Ley de efecto retroactivo: "Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres *naturales* que autorizare a imponer una nueva ley; pero para hacerlo tendrá que abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare, renunciando éste por su parte las utilidades que de la reciprocidad de la servidumbre pudieran resultarle; a las cuales podrá recobrar su derecho siempre que restituya la indemnización antedicha".

Hay aquí un error manifiesto: el artículo habla de servidumbres naturales; pero la verdad es que resulta claro que se refiere a las servidumbres legales. Servidumbres naturales son, según el artículo 831 del Código Civil, las que provienen de la natural situación de los lugares. Entonces, es lógico, que el legislador no haya tenido en la mente referirse a estas servidumbres, porque ellas no son impuestas por la ley; dependen de factores naturales. La misma redacción del precepto confirma esta inteligencia al decir: "...servidumbres naturales *que autoriza a imponer una nueva ley*".

I. LEYES RELATIVAS A LAS SUCESIONES

353. PRINCIPIO

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, esto es, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante.

Por consiguiente, dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo a la desheredación, al derecho de transmisión y a la representación; y en conformidad a ella debe hacerse la repartición de bienes.

Rige las sucesiones la ley vigente al tiempo de fallecer el causante, porque es entonces cuando nace el derecho de los herederos; antes sólo tenían meras expectativas.

[41] CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 81.

354. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Para estudiar con la debida claridad el problema de la retroactividad en materia de sucesión testamentaria, es preciso distinguir en todo testamento:

a) requisitos externos o solemnidades que la ley exige para la validez del testamento y para su prueba;

b) requisitos internos, que dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad del testador; y

c) disposiciones, o sea, las manifestaciones de voluntad en que el testador deja herencia o legados.

a) *Solemnidades*. Las solemnidades externas de los testamentos, dice el artículo 18 de la Ley de efecto retroactivo, se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento.

El Mensaje con que fue presentada la ley que tratamos, justificando este precepto, dice en una de sus partes: "Pero las solemnidades externas del testamento, más ligadas a la prueba de su existencia que a lo substancial del derecho transmitido por él, parece natural que deban subordinarse a la ley que regía al tiempo de su otorgamiento". Tal es la regla que ha prevalecido como tradición inconcusa desde los romanos hasta nuestros días, y a este respecto dice un célebre jurisconsulto: "La estabilidad de los actos jurídicos es uno de los fundamentos primordiales de la sociedad civil, y el principio de la no retroactividad de las leyes no puede reposar sobre bases más sólidamente establecidas, que cuando se le aplica en lo concerniente a la forma exterior de esos actos".

b) *Requisitos internos*. El artículo 19, que comentamos, guarda silencio sobre este punto.

Nuestros comentaristas dan soluciones contradictorias.

Don José Clemente Fabres afirma que la capacidad y libre voluntad del testador se rigen por la ley vigente al tiempo de la muerte del mismo. Porque el testamento es un simple proyecto que no cobra eficacia sino con la muerte del testador, y si el legislador cree que no está perfecta la voluntad sino con el nuevo requisito, es natural que lo exija para todos aquellos que mueren después de promulgada la ley que lo establece.[42] La ley, corrobora otro autor, dice expresamente que las "disposiciones" contenidas en el testamento están subordinadas a la ley vigente a la época en que fallece el testador. Ahora bien, las disposiciones del testamento no son sino el efecto de la capacidad y de la libre voluntad del testador; luego, es necesario que tales capacidad y voluntad hayan existido a la fecha en que esas disposiciones se entienden dictadas, y para decidir si efectivamente han existido o no, debe atenderse a las precauciones que esa misma ley establecía para garantir la perfección de la voluntad. Esas precauciones son el objeto de los requisitos internos; en consecuencia, éstos se rigen por la ley vigente a la fecha de la muerte del testador.[43]

[42] Obra citada, tomo I, pp. 208 y 209.

[43] PALILINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 73.

Don Luis Claro Solar opina que "los requisitos internos del testamento, esto es, la capacidad y libre voluntad del testador, afectan a la validez del testamento en el día de su confección y en el día de la muerte del testador: es necesario, por lo tanto, agrega, que éste sea capaz, según la ley en vigor a la fecha del testamento, y además según la ley que existía cuando ha muerto. Hasta esta última fecha el testamento era un simple proyecto que una ley nueva puede reducir a la nada, quitando a su autor la capacidad que le pertenecía hasta entonces. Pero al mismo tiempo es indispensable que este proyecto haya sido regularmente formado el día de su confección porque la nueva ley no podría validar un acto nulo en su origen".[44]

A juicio del señor Alessandri, dentro de nuestra ley, lo más aceptable es que los requisitos internos del testamento se rijan por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento.

En realidad, dice, la Ley sobre efecto retroactivo, no es lo suficientemente clara a este respecto; pero el texto del artículo 18 deja ver que tiene asidero nuestra interpretación: porque al oponer las "solemnidades externas" a las "disposiciones", es claro que quiso incluir en la primera expresión todo lo relacionado con el otorgamiento.

Y si alguna duda queda, ella desaparece leyendo el artículo 1006 del Código Civil, que a continuación del 1005, que señala las personas inhábiles para testar, manifiesta: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y, por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad".

Este precepto, pues, nos da la pauta para conocer la intención del legislador: establece que la capacidad del testador, es decir, uno de los requisitos internos del testamento, se rige por la ley vigente al tiempo de otorgarse el acto.

A la misma solución, pero por otra vía, llega el profesor Alfredo Barros Errázuriz. Aplica, en el silencio de la ley, los principios generales. Conforme a ellos, la capacidad y la manifestación de voluntad del autor de un acto jurídico se rigen por la ley vigente al tiempo de celebrarse éste.[45]

c) *Disposiciones.* Las disposiciones del testamento, o sea, su contenido, están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador, según expresamente lo dice el artículo 18 de la ley que estudiamos, al manifestar que "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".

La razón por la cual las disposiciones del testador se rigen por la ley vigente a su muerte, estriba en que se reputan dictadas en ese mismo momento,

[44] Obra citada, tomo I, p. 83.

[45] *Curso de Derecho Civil,* tomo V, Santiago, 1932, Nº 61, p. 129.

como que antes el testamento es esencialmente revocable, y sólo desde entonces produce sus efectos, esto es, pueden hacerse efectivos los derechos y obligaciones que de él proceden.[46]

"El derecho del heredero o legatario nace con la muerte del testador, al momento en que se le defiere, y es entonces cuando debe ser capaz de recoger su asignación. Si lo era, una ley nueva no puede quitarle su derecho, que ya se ha incorporado a su patrimonio y que puede transmitir a su vez a sus herederos lo mismo que sus demás bienes; pero si la ley se ha dictado antes de la muerte del testador, ella afectará al asignatario y al afectarlo no producirá efecto retroactivo, porque sólo destruirá una mera expectativa".[47]

Como consecuencia de los principios anteriores, el artículo 19 estatuye que "si el testamento contuviera 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".

Y así, por ejemplo, si hoy en día un testador deja todos sus bienes a un extraño y no respeta, por lo tanto, las asignaciones forzosas (es decir, las que es obligado a hacer a ciertas personas por mandato de la ley), y si antes de su fallecimiento se dicta otra ley que suprime las asignaciones forzosas, sus disposiciones tendrán pleno efecto, conforme al artículo 19 que transcribimos.

355. Sucesión abintestato

La misma regla que el artículo 18 sienta sobre las disposiciones, se aplica a la sucesión abintestato, la cual no está contemplada por dicho precepto; pero es evidente su procedencia. Así lo confirma también el Mensaje de la Ley de efecto retroactivo, al decir: "Siendo constante que los derechos hereditarios no se transmiten sino a la muerte de su autor, el Proyecto establece que en cada sucesión, testamentaria o *abintestato, el derecho de los llamados a ella* sea definido por la ley vigente a la época de su delación o transmisión".

De manera, pues, que el que era incapaz, según el derecho antiguo, puede recibir la asignación, si a la apertura de la sucesión lo considera capaz una nueva ley. Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo el antiguo derecho no podrá recoger la herencia si en el instante de su delación (actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar la herencia o legado), que es el de la muerte del causante, resulta incapaz con arreglo a la nueva ley.

356. El derecho de representación

El derecho de representación es una ficción legal que supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos

[46] Paulino Alfonso, *Explicaciones de Código Civil,* tomo I, p. 72.

[47] Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 84.

hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiera o no pudiese suceder (Código Civil, artículo 984, inciso 2°).

Ejemplo: si en la sucesión de Pedro hay un hijo vivo y otro que murió antes que Pedro, todos los descendientes del premuerto, hasta el infinito, heredarán en lugar del ascendiente común. Y si la herencia consistiera en 100, 50, corresponderían al hijo vivo del causante y el resto debería repartirse entre los hijos del premuerto.

Ahora bien, la Ley de efecto retroactivo dice que "en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura" (artículo 20, inciso 1°).

Y así, por ejemplo, si mañana se dijera por una ley que el derecho de representación sólo tiene cabida hasta el segundo grado de parentesco en línea recta y no hasta el infinito, como ocurre ahora, y si la sucesión se abre bajo el imperio de la última ley, los bisnietos del causante, que en conformidad a la ley antigua podían heredar por derecho de representación, ahora no lo podrán, porque son ellos parientes en tercer grado del causante.

El segundo inciso del mismo artículo 20 expresa: "Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en todo o parte de la herencia por decreto de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho en la ley bajo la cual se otorgó el testamento".

Ejemplo: el testador instituye heredero a Patricio y si llega a faltar, a las personas que tienen derecho a representarle. En tal caso, dice la ley, para la determinación de esas personas se atenderá a la ley vigente a la fecha en que se otorgó el testamento. Y esto es lógico, porque el testador tuvo en vista para referirse al derecho de representación la ley vigente a la época en que hizo el testamento, la cual le era conocida.

Cabe advertir que aquí las personas suceden, no por derecho de representación, como podría inferirse de una lectura descuidada del artículo, sino en virtud del expreso llamamiento del testador, pues aquel derecho no tiene lugar en la sucesión testada. Lo que ocurre es que el testador manifiesta su voluntad remitiéndose al derecho de representación que la ley consagra para las sucesiones intestadas.

357. Adjudicación y partición de herencia o legado

En la adjudicación y partición de una herencia o legado deben observarse las reglas que regían al tiempo de la delación (Ley de efecto retroactivo, artículo 21).

Esta disposición es clara y cobra interés tratándose de contribuciones de herencia. Con arreglo a ella, si una sucesión es deferida en 1997, bajo determinada ley de contribución de herencia, y la partición se realiza en 1998, bajo otra ley de ese carácter, la herencia será afectada por la contribución de la ley antigua.

J. LEYES RELATIVAS A LOS CONTRATOS

358. Requisitos de los contratos

En todo contrato se distinguen los requisitos internos o condiciones de fondo y las solemnidades por una parte, y los efectos, por otra. Los primeros, enumerados en el artículo 1445 del Código Civil, son:

a) consentimiento no viciado;
b) capacidad de las partes;
c) objeto lícito, y
d) causa lícita.

Las solemnidades son las formalidades prescritas por la ley para la existencia de ciertos actos o contratos. Los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que crean.

359. Ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos

"En todo contrato, –dice el artículo 22, inciso 2°, de la Ley de efecto retroactivo–, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

En lo que concierne a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir, se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos.

La aplicación en esta forma del principio de la no retroactividad tiene una importancia práctica considerable, pues sólo ella puede dar una confianza absoluta en la eficacia de los contratos, confianza indispensable para la seguridad de las transacciones civiles a que está vinculado el progreso y el perfeccionamiento social.

Estas son las ideas que expresa el artículo 22, al decir que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Forman un solo cuerpo con el contrato, porque ellas determinan tanto los requisitos necesarios a la validez del contrato como el alcance de los derechos y

obligaciones a que el contrato da lugar. La nueva ley no puede aplicarse a ellos sin producir efecto retroactivo".[48]

360. Aplicación de la regla de la irretroactividad a todos los actos

Al discutirse el proyecto de la Ley sobre efecto retroactivo, la Cámara de Diputados aprobó una indicación tendiente a redactar el inciso 1° del artículo 22 en los siguientes términos: "La validez de un acto o contrato y los derechos u obligaciones que de ello resulten, se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar".

Pero, ¿qué sucedió? En la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado de las modificaciones introducidas en el Proyecto, no se incluyó la del artículo 22.

El Senado, en sesión de 13 de septiembre de 1861, las aceptó por unanimidad, y envió al Ejecutivo el Proyecto, quedando de consiguiente el mencionado artículo en su forma primitiva.

Las razones que tenía la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que era la que había propuesto el cambio de la disposición, se encuentran estampadas en una parte del respectivo informe, que dice: "...Los efectos de esta ley que se trata de dictar no deben limitarse sólo a los contratos, sino que, por el contrario, deben hacerse extensivos a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos".

Podríamos, pues, a falta de artículo expreso, aplicar el mismo principio de irretroactividad que rige los contratos a todos los demás actos legales, invocando el espíritu del legislador y del aforismo según el cual "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición".

361. Leyes relativas a la forma de los actos o contratos

La validez de un acto o contrato, en cuanto a su forma o a los requisitos externos de que debe estar revestido, ha de apreciarse según la ley que regía a la fecha de su otorgamiento. Ya lo dice el antiguo adagio: *tempus regit actum*. De modo que los actos o contratos serán válidos o nulos según que hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes.

El principio que estudiamos se explica por sí solo: no puede pedirse a las personas que celebren actos o contratos en otra forma que la prevista por la ley en vigencia, y tienen, por lo mismo, un derecho adquirido a que sean respetados cuando esta conformidad existe, ya que han hecho uso de una facultad ajustándose al mandato de una ley. Si, por el contrario, el acto es nulo en la forma de acuerdo con la ley existente a la época de su otorgamiento, quedará tal aunque no adoleciere de ese defecto, atendidas las prescripciones de la nueva ley.[49]

[48] Claro Solar, obra citada, tomo I, pp. 85 y 86; edición de 1942, pp. 79 y 80.
[49] Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 89.

Si bien no se halla consagrado expresamente el principio que sostenemos, queda de manifiesto que el legislador lo acepta, al aplicarlo en los artículos 18 y 23. El primero, refiriéndose a ese acto que se llama testamento, dice que las *solemnidades externas* se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento. Las solemnidades son precisamente los requisitos externos. Nótese que hay un pleonasmo en la expresión "solemnidades externas", pues las solemnidades son por naturaleza externas. El artículo 23 dispone que los actos o contratos *válidamente celebrados* (es decir, otorgados de acuerdo con las formalidades impuestas por la ley) bajo el imperio de una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación.

362. Excepciones a la regla que considera incorporadas al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración

El mismo artículo 22 contiene dichas excepciones, y son:

"1° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, y

"2° 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".

La primera excepción la trataremos al hablar de las leyes de procedimiento.

En cuando a la segunda, hay que advertir que se refiere a las penas que por la infracción del contrato *impongan las leyes;* no a las que hayan estipulado las partes voluntariamente, porque éstas quedan sujetas a lo dispuesto en el inciso 1°, esto es, se rigen por las leyes vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. La razón es que los contratantes en virtud de la estipulación expresa han *adquirido* el derecho de que la pena estipulada se aplique indefectiblemente, llegado el caso de contravención; la pena entra entonces en la categoría de los efectos accidentales (efectos que pueden faltar o no en un contrato y que cuando existen es exclusivamente por acuerdo de las partes) del contrato, que, como sabemos, se rigen por la ley vigente a la fecha de la celebración de éste.[50]

Así, pues, la excepción se refiere a las penas que impone la ley. Ejemplo: por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, se sancionaba su infracción con la indemnización de perjuicios, comprendiéndose en éstos no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante; si viene una nueva ley que dice que en la indemnización de perjuicios por la infracción de ese contrato sólo se comprenderá el daño emergente, las infracciones que se efectuaren bajo el imperio de la antigua ley obligarán al lucro cesante a más del daño emergente; pero sólo obligarán a este último las infracciones verificadas bajo el imperio de la nueva ley.[51]

Don Luis Claro Solar dice, con toda razón, que no parece justificada la excepción que aquí tratamos, "porque las penas que llevan consigo la infracción

[50] Paulino Alfonso, *Explicaciones de Código Civil,* tomo I, p. 75.
[51] Fabres, obra citada, tomo I, p. 212.

de lo estipulado en un contrato, o son una parte integrante del contrato mismo o una indemnización de los perjuicios inferidos a uno de los contratantes por la falta de cumplimiento del otro".

363. Leyes relativas a la prueba de los actos

Las pruebas, o sea, los diversos medios de demostrar la realidad o irrealidad de un hecho o un acto, se hallan sujetas a leyes substantivas y adjetivas: a las primeras, en cuanto a su procedencia o admisibilidad, y a las segundas, por lo que atañe a la manera como deben producirse en el juicio.

EL Código Civil dice que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" y que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias" (arts. 1708 y 1709, inciso 1°). Esta es una regla de derecho substantivo, porque se refiere a la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio de prueba; en cambio, las leyes que determinan la manera de interrogar a los testigos, las que fijan los plazos dentro de los cuales deben presentarse listas de testigos en el juicio, son disposiciones adjetivas, de Derecho Procesal, porque se refieren a la manera como debe producirse la prueba en el juicio.

La parte substantiva de la prueba se rige por la ley vigente a la época de la celebración del acto o contrato que se trata de probar; pero su parte adjetiva queda sometida a la ley bajo la cual se rindiere la prueba. Así lo establece el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, que dice: "Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente en el tiempo en que se rindiere".

Ejemplo: si bajo el imperio de una ley se pueden probar por testigos determinados actos, pero conforme a la nueva ley sólo se pueden probar por instrumento público, los actos celebrados bajo la primera, podrán, no obstante, justificarse con testigos durante el imperio de la segunda, aunque los que se celebren durante la vigencia de ésta no lo puedan ser sino con instrumento público.

A la inversa, antes de que el Código de Procedimiento Civil entrara en vigor, la prueba de testigos era secreta; pero dicho cuerpo legal abolió este sistema. Y si un acto ejecutado con anterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que podía probarse con testigos, se deseara probar ulteriormente recurriendo a dos testigos, no habría inconveniente, pero la prueba debería rendirse públicamente, porque la parte adjetiva de la prueba queda subordinada a la nueva ley.

Don José Clemente Fabres, comentando el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, justificaba el diverso temperamento adoptado por el legislador respecto de la parte substantiva y la adjetiva de la prueba, en los siguientes términos:

"Es natural, decía, que las partes al celebrar un contrato tomen en cuenta los medios de prueba que establecen las leyes vigentes al tiempo de su celebración; esto pertenece, por consiguiente, a la *naturaleza* del contrato (artículo 1444 del Código Civil), es un derecho que se adquiere sin necesidad de estipulación expresa. Con la regla contraria podría suceder que se defraudase el derecho de uno de los contratantes por no poder probarlo por el medio con que contó el tiempo de adquirirlo. El medio de probar el contrato es, por consiguiente, una parte integrante del contrato y es, por lo tanto, un derecho adquirido".

"No sucede lo mismo con la forma en que debe rendirse la prueba. Esto es materia de orden público, y no hay peligro de que se deje de probar el derecho o el acto porque se varíe la forma en que debe rendirse la prueba, puesto que siempre la ley tratará de garantirla".[52]

364. Posibilidad de valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía

Se ha observado que "el artículo 23 no habla de que los actos o contratos *deberán* probarse, sino que *podrán* probarse en conformidad a la ley de su otorgamiento, lo que quiere decir que en concepto del legislador es admisible valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía o prohibía".

"En principio, sin embargo, no parece tan clara la cuestión en el caso en que el medio de prueba que la nueva ley establece fuera prohibido por la ley antigua".[53]

K. LEYES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

365. Ley que rige

Vimos que el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo establece como excepción a la regla que entiende incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos. El artículo 24 reitera la misma idea, al decir: "Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

366. Justificación

Dice el Mensaje con que el Proyecto de Ley sobre efecto retroactivo fue presentado al Congreso: "En orden a las leyes relativas al sistema de enjuiciamiento, el Proyecto establece que tengan inmediato efecto desde el instante de su

[52] Fabres, obra citada, tomo I, p. 212.
[53] Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 89.

promulgación. Las leyes de esta naturaleza jamás confieren derechos susceptibles de ser adquiridos; por consiguiente, nada hay que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento. Para salvar los embarazos que pudieran resultar de los cambios súbitos en la ritualidad de los juicios, basta que los trámites pendientes se lleven a término con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se hubieren iniciado".

Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley. Y, por el contrario, la norma nueva no puede aplicarse, sin caer en la retroactividad, a los actos de procedimiento anteriores a los plazos ya cumplidos.[54]

367. Aplicación de la regla del artículo 24 por la jurisprudencia

a) La Corte de Santiago pronunció en 1927 una sentencia relacionada con el mérito ejecutivo de la letra de cambio e hizo aplicación de los artículos 22 y 24 de la Ley de efecto retroactivo. La doctrina de dicho fallo es la siguiente:

"El decreto ley N° 778, de 19 de diciembre de 1925, al prescribir que tienen mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, las letras de cambio, pagarés a la orden o cheque respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por notario, ha modificado el mérito probatorio de tales documentos, equiparándolos a los mencionados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil; equivalente que no se altera por la circunstancia de haber sido subscritos en una fecha anterior a dicho decreto ley, si el ejercicio del derecho que de ellos emana se pone en práctica durante la vigencia del referido precepto, ya que, según el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo, deben entenderse incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo aquellas que conciernen al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, las cuales, conforme al artículo 24 de esa ley, por referirse a la substanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir".

"Siendo las disposiciones que el decreto ley N° 778 incorporó al Código de Procedimiento Civil una aplicación o modificación al modo como este Código reglamenta la manera de reclamar en juicio el pago de una obligación, debe considerarse que esa manera o modo se aplica a los contratos o actos de voluntad en el momento en que se hagan valer en juicio o se ejerciten las acciones que de ellas se desprenden".[55]

b) Si se traba embargo sobre un determinado bien y una ley posterior declara que ese bien es inembargable, la norma nueva no afecta al bien embargado, porque el embargo ya trabado constituye derecho adquirido.[56]

[54] Obra citada, tomo II, p. 692.

[55] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* Sentencia 25 de julio 1927, tomo XXV, sección segunda, p. 47.

[56] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo I, sección primera, p. 146.

c) En materia de recursos, rigen los que existían según la ley vigente al tiempo de dictarse la sentencia; si después de pronunciada ésta una nueva ley establece otros recursos o suprime los existentes, las disposiciones de la nueva ley no se aplican.[57] Tanto los partidarios de la doctrina clásica[58] como Roubier [59] están de acuerdo en que la forma y efectos de la sentencia se determinan por la ley vigente al momento en que se dicta. Esta fija su fuerza ejecutoria, los recursos que pueden deducirse, la autoridad de la cosa juzgada respecto de las partes y de los terceros.

L. LEYES DE PRESCRIPCION

368. Noción previa sobre la prescripción

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto espacio de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

369. Cuándo hay conflicto

Si una prescripción ha corrido íntegramente bajo el imperio de una ley o si corre íntegramente bajo otra posterior, no hay cuestión: rige la ley bajo cuyo amparo la prescripción se desarrolla.

Pero el conflicto surge cuando una parte ha corrido durante la vigencia de una ley y otra nueva viene a modificar las condiciones necesarias para adquirir un derecho o extinguir una acción por la prescripción.

370. Doctrina sobre prescripción que acepta nuestra Ley de efecto retroactivo

En materia de prescripción, nuestra Ley se apartó también de la doctrina clásica, según la cual mientras no se cumplan las condiciones necesarias para que la prescripción esté terminada, no hay derecho adquirido, pudiendo, por lo tanto, modificar la ley nueva dichas condiciones, sin que por ello se vulnere el principio de la irretroactividad.

El legislador chileno adoptó la opinión de Savigny, que da opción al prescribiente para elegir la ley antigua o la nueva en conformidad a la cual se rija su prescripción.

[57] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo I, sección primera, p. 92. Véanse otros casos de jurisprudencia en Fernando A. Díaz Müller, *Territorialidad y retroactividad de la ley procesal,* Memoria de Licenciado, Santiago, 1958. Consúltese también el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas,* C. Civil, t. I, 3ª edición actualizada, Santiago, 1996, pp. 375 y 379 y ss.

[58] Fiore, *"De la irretroactividad e interpretación de las leyes",* trad. castellana, pp. 523 y 524.

[59] Obra citada, tomo II, pp. 726 y 728.

371. Ley que rige la prescripción según el Derecho chileno

Dice el artículo 25 de la Ley de efecto retroactivo: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir".

De manera que es el prescribiente el que elige la ley que debe regir su prescripción; él verá cuál le conviene más. A veces puede resultarle más ventajoso someterse a la ley nueva, y otras, a la antigua, como queda de manifiesto en los ejemplos siguientes.

a) La ley antigua requería quince años para la prescripción, y la nueva, sólo diez. Si cuando ésta fue promulgada, iban corridos siete años, el prescribiente puede elegir la una o la otra; pero en cualquier caso, estará obligado a completar alguna. Y, como decidiéndose por la de diez, éstos empezarían a correr desde la fecha de la promulgación de la ley posterior, es indudable que optará por la de quince, ya que prescribiría con sólo ocho años más.

b) Suponiendo de diez años el plazo de prescripción de la ley antigua, y de seis el de la posterior; corridos tres a la promulgación de ésta, ¿qué prescripción será conveniente elegir? La de la ley nueva, pues en conformidad a ella el derecho prescribiría en seis años a contar desde su promulgación; en cambio, si se optara por la ley antigua, habría que esperar siete años más para prescribir con arreglo a ella.

372. Justificación de la disposición de la ley chilena

El Mensaje con que se acompañó la Ley de efecto retroactivo, justifica la disposición del legislador en cuanto a la prescripción, en los siguientes términos:

"En materia de prescripción, el Proyecto adopta un criterio que si bien no se conforma rigurosamente a los principios teóricos que imperan sobre este punto, es empero el que mejor armoniza las expectativas de los actuales prescribientes con los derechos de aquellos contra quienes se prescribe. Resulta indudable que una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. La nueva ley podría, pues, cortar el curso de sus esperanzas, prolongando o disminuyendo el plazo que la anterior exigía, o aun declarando imprescriptibles las cosas sobre que versaba la prescripción. Pero de la estricta aplicación de estos principios podrían seguirse inconvenientes graves. Bien podría suceder que por consideraciones personales u otros motivos ajenos a la renuncia presunta del derecho que se prescribe, el titular de este derecho hubiese dejado de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señalaba. Si antes de la expiración de este plazo una nueva ley viniese a redimir el término de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad o indulgencia que hubiese usado para con el prescribiente. Este inconveniente queda del todo removido con el temperamento que adopta el Proyecto, el cual no carece de precedentes en la legislación de otros países que también lo han adoptado con excelentes resultados. Dándose al prescribiente la facultad de elegir entre el término señalado por la antigua ley y el que prefija la nueva, él verá por cuál de ellos más le convenga decidirse. Si prefiere la antigua ley, ninguna innovación se producirá en su condición ni en la de los derechos de la persona contra la cual esté prescribiendo. Si, por el contrario, elige la nueva, ningún agravio se inferirá a los derechos de este último, desde que todos los requisitos constitutivos de la prescripción deben realizarse después que dicha ley haya sido promulgada".

373. Ley que rige la prescripción de lo que la nueva ley declara absolutamente imprescriptible y que la antigua permitía prescribir

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción (Ley de efecto retroactivo, artículo 26).

Ejemplo: el Código ha declarado absolutamente imprescriptibles las servidumbres discontinuas y las inaparentes: bajo la legislación española podían adquirirse por prescripción inmemorial. Ahora bien, suponiendo que a la promulgación del Código no era aún inmemorial una prescripción de esta especie, pero que, en virtud de la regla de derecho antiguo que consideraba inmemorial la prescripción centenaria, haya adquirido después aquel carácter, no será sin embargo reconocida, aun cuando se hubiesen cumplido los cien años sólo un día después de aquella promulgación.[60]

El artículo 26 hace una perfecta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y meras expectativas. En efecto, la prescripción iniciada, pero que no se ha consumado, se mira como simple expectativa; no es derecho adquirido, porque mientras no concurran todas las condiciones y, por consiguiente, el término completo que señala la ley, no hay adquisición. La prescripción se reputa un solo acto con varias condiciones; es un acto que se realiza en un largo transcurso de tiempo y, en consecuencia, el acto no tiene este carácter mientras no se vence el término. Esta es la razón por que es expectativa que se sujeta a la nueva ley.[61]

También hay que considerar que la prescripción tiene en mucha parte por fundamento el orden público, y siempre es esta consideración la que induce al legislador a declarar imprescriptible una cosa.[62]

LL. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD Y LAS LEYES DE DERECHO PUBLICO

374. Leyes políticas y administrativas

Las leyes que pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo reciben una aplicación inmediata, es decir, rigen desde su entrada en vigor

[60] Paulino Alfonso, *Explicaciones de Código Civil,* tomo I, p. 78, "in fine".
[61] Fabres, obra citada, tomo I, p. 215.
[62] La misma cita anterior.

tanto las *situaciones jurídicas* que nacen a partir de esa fecha como las *consecuencias* que surgen desde esa misma fecha pero de situaciones nacidas antes. Esto no significa efecto retroactivo, sino inmediato.

Roubier justifica el efecto inmediato de las leyes políticas y administrativas diciendo que el Derecho Público es un derecho institucional por excelencia y la unidad en el régimen de las instituciones públicas es imprescindible; no podrían funcionar paralelamente la legislación antigua y la nueva. De manera, pues, que el principio del efecto inmediato, que es la regla general en las leyes de Derecho Privado, se impone en las leyes de Derecho Público en forma más apremiante que en aquéllas, porque las instituciones de Derecho Privado no están sujetas a la reglamentación de los poderes.

El principio de la irretroactividad, en concepto de la doctrina clásica, no es aplicable tratándose de leyes que conceden derechos de carácter puramente político o administrativo, porque ellas no dan margen para la constitución de derechos adquiridos; sólo conceden simples facultades, aptitudes que constituyen derechos sólo cuando se ejercitan y para los que se ejercitan cada vez determinadamente. Y así, por ejemplo, si mañana se dicta una ley que concede el derecho a sufragio a los mayores de veinte años, desde el momento en que adquiere fuerza obligatoria sólo podrán ejercer el derecho a voto los que hayan cumplido dicha edad; no así los menores de veinte años, aunque bajo el imperio de la ley antigua lo hubieran podido hacer y lo hayan hecho. Pero no se anulará el voto de estos últimos ejercitado en elecciones pasadas, porque la facultad ejercitada en conformidad a la ley antigua y bajo su imperio queda intangible respecto del acto consumado.

Hay casos, sobre todo en la esfera del Derecho Administrativo, en que a la sombra de una ley vigente, se adquieren derechos inmunes a la retroactividad de una ley nueva. Así sucede cuando esos derechos están amparados por la Constitución o por una ley de rango especial, cuerpos legales a los cuales la ley nueva, por su carácter, no puede barrenar a través de su efecto retroactivo. En armonía con este principio, la Corte Suprema ha resuelto que si los funcionarios públicos que, conforme a la ley vigente, devengan una asignación de monto determinado, han adquirido derecho a ella, no puede serles arrebatada o menoscabada por el efecto retroactivo de una ley nueva, aun cuando no perciban la asignación por la negativa de la institución empleadora a pagarla. El derecho adquirido al mencionado beneficio es el de propiedad sobre un bien incorporal (el crédito), derecho que ampara y garantiza nuestra Constitución, como quiera que asegura a todas las personas el derecho de propiedad, tanto si recae sobre bienes corporales como incorporales (art. 19 número 24). Una ley posterior dirigida a suprimir o mermar retroactivamente el derecho adquirido sobre la asignación de la especie ha de declararse inaplicable en el juicio en que tal derecho se cuestione.[63]

[63] Corte Suprema, 19 abril 1984. R., t. 81, sec. 5ª, p. 16. Según la tesis rechazada, los funcionarios públicos, mientras prestan servicios, están afectos a un régimen estatutario de Derecho Público, que es preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado, y de ahí que el legislador, según sean las circunstancias generales del país, está facultado por la propia Constitución para fijar o modificar su remuneración u otros beneficios e incluso suprimir cargos (R. citada, p. 18, segunda columna, último acápite).

El autor alemán Fritz Fleiner, famoso en la primera mitad de este siglo y todavía citado con frecuencia, afirma que "en principio la regla de la no retroactividad de las normas jurídicas rige también para el Derecho Administrativo... Sin embargo –agrega–, si no existe una prohibición general, establecida por la Constitución o por una ley determinada para una materia, toda norma jurídica nueva puede ser investida de fuerza retroactiva y comprender situaciones ya existentes y consumadas. Los efectos retroactivos se obtienen sin que hayan sido dispuestos expresamente; basta que se observe esta intención en el conjunto del nuevo Derecho. Cuanto más importante sea para el bien común una norma jurídica, tanto más justificado es el poder que su autor quiso aplicarle para circunstancias ya existentes... Aun cuando una situación existente haya sido justificada o reconocida por un acto administrativo especial durante el dominio del antiguo Derecho, no por ello excusa someterse a una nueva norma jurídica con fuerza retroactiva. De esto resulta que en Derecho Administrativo se otorga a la retroactividad una extensión mucho mayor que en el Derecho Privado. De toda suerte, la interpretación debe decidir en cada caso si una nueva norma jurídica ha de tener vigencia nada más que para el futuro, o si hay que aplicarla también a situaciones ya existentes".[64]

375. Leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de los tribunales

Sabemos que estas leyes pertenecen al Derecho Procesal, el cual, según cierta opinión, pertenece tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. Pues bien, las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia constituyen una parte del Derecho Procesal que cae dentro del Derecho Público.

Las leyes que modifican la organización judicial y la competencia de los tribunales son de Derecho Público; reciben, por lo tanto, aplicación inmediata. Pero hay discrepancia de pareceres en cuanto a las leyes de competencia relacionada con litigios pendientes.

Actualmente, los juicios de divorcio son de la competencia de los jueces de letras en lo civil; supongamos que se dicte una ley que crea un tribunal especial para conocer de estos asuntos. Si la nueva ley nada dice respecto de los juicios de divorcio pendientes, ¿pasarán éstos a conocimiento del nuevo tribunal o continuarán substanciándose ante el juez de letras? He aquí el problema.

En la doctrina, la cuestión es contradictoria.

Algunos piensan que la competencia no puede alterarse; otros estiman que las nuevas leyes de competencia pueden aplicarse a todos los asuntos que no han sido fallados definitivamente.

[64] Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo,* traducción del alemán, Barcelona, 1933, p. 73. Véase el estudio de Eduardo Soto Kloss *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno,* en R., T. LXXXI, sec. Derecho, pp. 13 a 23.

Dentro de nuestro Derecho podrían tener asidero las dos opiniones. La primera, merced al artículo del Código Orgánico de Tribunales que dice: "Radicado con arreglo a la ley, el conocimiento de un negocio ante el tribunal competente, no se alterará esta competencia por causas sobrevinientes". La ley a que hace referencia este artículo es, lógicamente, la vigente al tiempo de radicarse el asunto, lo que ocurre una vez contestada la demanda, es decir, cuando está trabada la litis y reconocida implícitamente la jurisdicción del tribunal; esa ley es la que determina la competencia del juez. También se apoyan, los que creen que la competencia no puede alterarse por efecto de una ley posterior, en la segunda parte del artículo 24 de la Ley de efecto retroactivo, que manifiesta que "los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Pero algunos no invocan esta disposición, porque dicen que se refiere a los términos y actuaciones de procedimiento propiamente dicho, de tramitación del juicio y no a la organización y competencia de los tribunales.

Los partidarios de que la competencia del asunto debe pasar al juez que designa la nueva ley recurren también al artículo del Código Orgánico, pero le dan otra interpretación. La ley, afirman, que quiere mantener la jurisdicción del juez ante quien está radicado el juicio se refiere sólo al tribunal *competente;* y si la nueva ley priva a un tribunal de una jurisdicción determinada, ese tribunal comienza a carecer de competencia desde que la nueva ley principia a regir, porque de otra manera se arrogaría facultades no conferidas por la ley, y sus actos serían nulos en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución. Por otra parte, los tribunales han considerado a menudo el Código Orgánico como una ley de procedimientos, que debe prevalecer sobre las anteriores desde el momento de su vigencia, en conformidad a la primera parte del artículo 24, que establece que "las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Como vemos, los partidarios de la última opinión olvidan la segunda parte del artículo 24, que citamos más arriba, y que limita la aplicación inmediata de la ley.

Considérese, todavía, la improcedencia de recurrir al artículo 24, por tratarse de una disposición referente al procedimiento en sí mismo, abstracción hecha de todo lo relativo al tribunal.

Don Manuel Egidio Ballesteros[65] era también partidario de la última doctrina; pero por otra razón. Según él, las leyes relativas a organización y atribuciones de los tribunales rigen desde su promulgación por ser de Derecho Público; y es indudable, concluía, que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriéndolas desde ese momento los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

Por fin, los prosélitos de la doctrina que sostiene que el tribunal que conoce de una causa debe seguir conociéndola, a pesar de que una ley posterior

[65] *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales,* tomo II, Santiago de Chile, 1890, p. 149, "in fine".

entregue el asunto a otro, apelan al artículo 19, N° 3° inciso cuarto de la Constitución, el cual expresa 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". De manera que este precepto –que se arrastra desde la Constitución de 1833– impediría que el nuevo tribunal conozca de la cuestión pendiente ante otro. Y esta disposición no sólo impediría aplicar la nueva ley de competencia a los jueces, sino que también al legislador, pues se trata de un precepto constitucional que obliga a todos.

Los partidarios de a doctrina contraria comienzan por analizar el artículo. Respecto de su primera parte que dice que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales" no formulan observación alguna, pues todos están de acuerdo –y es lógico– que en su virtud le queda prohibido al legislador crear comisiones o tribunales *ad hoc* para fallar un pleito dado o para fallar juicios en que fueren parte o tuvieren interés una o más personas determinadas.

Todo esto es claro y se comprende a primera vista. Pero ¿qué ha querido decir la Constitución al disponer que el tribunal que juzga se halle establecido con *anterioridad* por la ley? ¿Ha querido decir, se pregunta don Jorge Huneeus, que el tribunal se halle establecido con anterioridad *al hecho* que motivare al juicio? ¿Se refiere, al emplear la palabra *anterioridad,* a la *iniciación del juicio mismo,* que bien puede retardarse hasta muchos años después de verificado el hecho que le da origen, o sea, hasta que prescribe la acción respectiva? ¿O la palabra anterioridad se referirá al *pronunciamiento mismo de la sentencia* que pone término al pleito, cuando durante su secuela es suprimido y reemplazado por otro el tribunal que de él estuviere conociendo?[66]

No resuelve la Constitución esta dificultad, pues empleó la palabra *anterioridad* sin decirnos *a qué,* ni cuál es el *algo* a que debe preceder el establecimiento del tribunal señalado por la ley.[67]

Pero, en la práctica, dice el señor Huneeus, se ha entendido que la palabra *anterioridad,* empleada tan vagamente por la Constitución, se refiere, no al *hecho* que motiva el juicio, ni a la *iniciación* de éste, sino al *pronunciamiento* de la sentencia, desde que ha habido numerosos casos en los cuales, alterado por la ley el tribunal que estaba conociendo de un asunto, ha continuado tramitándolo y lo ha resuelto el tribunal posteriormente establecido.[68]

376. Leyes penales

La irretroactividad de la ley penal es una de las conquistas de la Revolución Francesa y significó una reacción contra la arbitrariedad judicial de los tiempos anteriores. Está consagrada, entre nosotros, fundamentalmente en la Constitución Política, que manifiesta 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" (art. 19, N° 3°, penúltimo inciso).

[66] *La Constitución ante el Congreso,* tomo II, Santiago de Chile, 1880, p. 319, "in fine".
[67] Huneeus, obra citada, tomo II, p. 320.
[68] Obra citada, tomo II, p. 322, "in fine".

Congruentemente, el Código Penal estatuye que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgara otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18).

La ley que elimina o disminuye la pena se aplica, pues, retroactivamente. Y tal retroactividad se justifica por la mayor parte de los autores diciendo que en este caso, "lejos de causar con ella un perjuicio, se hace una aplicación de estricta justicia, no manteniendo la ley antigua, cuando el legislador reconoce, al suavizar la pena, que se había excedido en severidad; y no hay ningún interés ni conveniencia social en aplicar una ley desproporcionada al delito".

Roubier da una base jurídica a esta misma opinión; pero sostiene, de acuerdo con su doctrina, que en este caso no hay propiamente retroactividad, y que para que ésta opere es menester que ataque situaciones jurídicas constituidas, cosa que aquí no ocurre. El Derecho Penal, sostiene el autor francés, no reconoce derechos subjetivos, sino situaciones jurídicas objetivas. Ahora bien, para que tal situación se constituya es necesario una infracción y un juicio; mientras éste no termine con la sentencia definitiva, la situación no se halla constituida: se encuentra pendiente. Y cuando la nueva ley interviene después de la infracción, pero antes de la sentencia, lógicamente se aplica a esta situación pendiente, siempre que suprima o disminuya la pena. Si, por el contrario, la nueva norma crea un hecho punible o aumenta la pena, no puede aplicarse sin caer en retroactividad. En efecto, si vigente la ley anterior un hecho es castigado, la ley nueva que obra sobre esta situación pendiente puede impedir que se constituya o disminuir sus efectos (caso de la ley más favorable al reo), pero es inoperante, en cambio, para hacer producir efectos que no podían resultar según la ley vigente, sea estableciendo una pena que no había, sea aumentando la que existía (caso de la ley más severa).[69]

377. Aplicación de la ley penal más benigna cuando contiene un plazo para entrar en vigencia después de su publicación

Si una ley reduce la pena de determinado delito, pero entra a regir después de cierto tiempo, por ejemplo transcurridos treinta días a partir de su publicación, ¿debe ser juzgado el reo, antes de que se cumpla este plazo, conforme a la ley antigua o de acuerdo con la nueva más benigna?

Según una sentencia de la Corte Suprema del año 1953, debe aplicarse esta última, porque el Código Penal sólo exige que la nueva ley más benigna esté *promulgada,* y no también que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir, ya que a la letra dice: "Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se *promulgare* otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18, inc. 2°). Ahora bien, la inteligencia de la palabra *promulgación,* en cualquier sentido que se la tome, no implica el transcurso del plazo para que la ley entre en vigencia. *Promulgar,* en su sentido natural y obvio, es *publicar;* luego, una vez insertado el texto legal en el Diario Oficial, la ley más benigna debe aplicarse.[70] Si se considera el sentido jurídico que el Código Civil chileno da a la palabra *promulgar* en sus artículos 6° y 7°, también hay que concluir la no necesidad del transcurso del plazo señalado para su entrada en vigor, pues, conforme a esos preceptos, la promulgación se traduce en el acto por el cual el Presidente de la República, mediante decreto, certifica la existencia de la ley y ordena su publicación y ejecución. Por tanto, afirma don Arturo Alessandri Rodríguez, para que se aplique la ley más benigna, "no es menester que ésta entre en vigor, es decir, que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir. Basta que esté promulgada por el Presidente de la República o, a lo sumo, publicada en el Diario Oficial. El inciso 2° del artículo 18 del Código Penal habla de si *se promulgare* otra ley; no exige nada más".[71]

La misma tesis de la sentencia del año 1953 de la Corte Suprema y del señor Alessandri, se acepta por la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo de 28 de mayo de 1996.[72]

Pensamos que la orden de ejecución de la ley que importa la promulgación supone la aplicación de la ley respectiva en los términos que ella misma establece, y si dichos términos disponen que comience a regir después de transcurrido un determinado plazo, deberá esperarse este transcurso. En consecuencia –como agregan en voto disidente dos ministros de la Corte Suprema[73], la *ley promulgada* de que habla el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal se refiere a una ley que ya ha empezado a regir. Y esto, por lo demás, es lógico, pues si una ley no rige, carece de todo efecto jurídico, a nadie obliga, los jueces no tienen porqué aplicarla e, incluso, puede alegarse por todos su ignorancia (C. Civil, art. 8°, "a contrario sensu").

En sentencia de 19 de agosto de 1996 la Corte Suprema, reaccionando, se ha plegado a este último punto de vista.[73 bis]

Nosotros estamos con la misma corriente. A continuación, exponemos nuestras razones.

1) Cuando la Constitución y el Código Penal disponen que al reo debe aplicarse una ley promulgada posteriormente al delito cometido si le es más favorable, lo hace, naturalmente, en la inteligencia de que ésta le sea aplicada en todos los términos que ella misma establece. La promulgación, además de atestiguar que un proyecto ha sido aprobado como ley, ordena que ésta se cumpla, se lleve a efecto de acuerdo con las normas establecidas por esa misma ley, y si ella prescribe que entrará en vigencia una vez transcurrido el plazo señalado posterior a su publicación, este mandato no puede eludirse y dejarlo como letra muerta.

---

[69] Obra citada, tomo II, pp. 543-549.

[70] C. Suprema, 7 de septiembre de 1953, R., t. 50, sec. 4ª, p. 153.

[71] Nota del señor Alessandri a la sentencia anteriormente citada.

[72] *Gaceta Jurídica* N° 191, Doctrina 3, p. 144.

[73] Voto disidente de la sentencia precitada firmado por los ministros señores Rafael Fontecilla R. y Manuel Montero M.

[73 bis] *Gaceta Jurídica,* N° 194, Sent. 5, p. 112.

2) Si la ley más favorable al reo debe aplicarse a los delitos cometidos con anterioridad a la fecha de su publicación o promulgación, cabe preguntarse qué ley corresponde aplicar a los delitos cometidos después de esa fecha pero antes de que transcurra el plazo fijado para que entre en vigor la ley nueva. Lógicamente habría que aplicar la ley anterior, la más severa, porque mientras no comience a regir la nueva subsiste la antigua. Resulta que en este caso respetaríamos el comienzo de la vigencia de la ley nueva y en el otro no, sin que nada justifique esta distinción. Ahora, si a todo trance se quiere que sea cual fuere la fecha de los delitos cometidos, se aplique la ley nueva desde su promulgación o publicación, resultaría que el legislador habría establecido inútilmente el mandato de que la ley entre en vigencia después de cierto tiempo de publicada. Todas estas contradicciones o inconsecuencias no surgen si la nueva ley se aplica, como ella prescribe, una vez transcurrido el lapso que ella señala, porque todos los delitos cometidos antes de vencido tal plazo caerán bajo su dominio.

3) La Constitución y el Código Penal dicen que ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Ahora bien, supóngase que se promulgue una ley que establece la pena de muerte para los traficantes de estupefacientes y que declare que ella comenzará a regir sesenta días después de su publicación en el Diario Oficial. Para ser consecuentes, los que sostienen que basta la promulgación de la ley más favorable al reo para ser aplicada, porque la Constitución y el Código Penal hablan de ley promulgada y nada más, deberán aceptar que en el caso propuesto correspondería aplicar la pena de muerte a los que después de promulgada la ley y antes del transcurso del plazo fijado para su vigencia se hicieren reos del delito de tráfico de estupefacientes. No podrían argüir que una misma disposición en unas líneas diera un significado a la promulgación y en otras uno distinto.

Cuando una ley dispone el transcurso de un plazo para su entrada en vigor, no es porque sí; tiene en cuenta algunos factores, como, en el ejemplo, que haya el tiempo suficiente para noticiarse de su existencia. Si no hay ningún factor que justifique el retardo de la vigencia de la ley, ésta no ordena ninguna postergación y rige desde su publicación oficial, sin más, y a veces, el legislador pone énfasis en este punto y lo declara expresamente.

Debemos concluir, pues, que en todos los casos en que una ley manda que su vigencia comience después de cierto plazo, ha de acatarse la disposición. Toda promulgación ordena el cumplimiento de la ley a que se refiere en los términos que ésta misma consigna.

378. Leyes que establecen multas

Partiendo de la base que estas multas constituyen verdaderamente una *pena,* la Corte Suprema declaró, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, que todas las leyes que imponían multas eran irretroactivas, porque quedaban amparadas por los términos del artículo 11 de esa Constitución, que decía: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". No se dudaba que al hablar de *condenado* la disposición aludía al que lo hubiera sido a una *pena,* carácter que no se podía discutir a la multa, sea que se impusiera por la infracción de una ley propiamente penal, civil, administrativa o laboral. Por tanto, todas las leyes sobre multas eran irretroactivas.[74] Los ministros disidentes de la serie de fallos dictados en este sentido afirmaban que la disposición constitucional se limitaba a los condenados a penas como sanciones impuestas en juicio por la comisión de hechos constitutivos de *delitos de orden criminal* y, por ende, debía reconocerse irretroactividad sólo a las leyes que establecieran multas como penas de delitos de ese orden, y no por otros hechos sancionados en leyes civiles, administrativas o laborales.

La Constitución de 1980, en armonía con el artículo 18 del Código Penal, se refiere únicamente a las penas de los *delitos de orden criminal,* pues dice 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" (art. 19 número 3°, inciso penúltimo de este número). En consecuencia, hoy sólo las multas impuestas por *leyes propiamente penales,* están amparadas por la norma constitucional.

Pero cabe preguntarse, dejando de lado la Constitución, si no sería equitativo favorecer con la nueva ley más benigna a los afectados con una multa establecida para hechos que no son delitos de acuerdo con el Derecho Penal. Podría responderse afirmativamente, porque si se es benevolente con delincuentes, con mayor razón es necesario serlo con los que no lo son. Afortunadamente, en el hecho el problema se plantea pocas veces, porque las leyes más benignas de toda clase generalmente declaran en forma expresa su retroactividad.

Por último, creemos que no pueden estimarse más severas las leyes que se limitan a elevar el monto de las multas de acuerdo con la inflación monetaria, porque sólo equiparan valores.

378-a. Bibliografía sobre el efecto retroactivo de la ley

a) *Obras generales*

Pascuale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes,* traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz, 3ª edición corregida, Madrid, 1927.

Gabba, *Teoría de la retroattività delle leggi,* Turín, 1891-1898.

José L. Gómez Angulo, *Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes. Artículos 18 al 26,* Memoria de Licenciado, Santiago, 1962 (164 pp.).

Ismael Ibarra Léniz, *Ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes (artículos 1° al 17),* Memoria de Licenciado, Santiago, 1960 (218 páginas).

[74] Sentencias de 27 diciembre 1965, R., t. 62, sec. 3ª, p. 114; 5 julio 1966, R., t. 63, sec. 3ª, p. 88; 12 julio 1966, R., t t. 63, sec. 3ª, p. 88.

PATRICE LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution a la théorie générale du droit transitoire,* París, 1959.
PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività,* Padua, 1937.
PACE, *Il Diritto transitorio,* Milán, 1944.
CARMEN RIVEROS RAMÍREZ, *Retroactividad de la ley,* Memoria de Licenciado, Santiago, 1937.
PAUL ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps,* 2 volúmenes, París, 1ª edición, 1929-1931; 2ª edición: *Le Droit Transitoire. Conflits des lois dans le temps,* París, 1960, 590 pp.
VAREILLES-SOMMIÈRES, *Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois,* París, 1893.

b) *Obras especiales*

MARCELO CIBIE PAOLINELLI, *Efectos de la ley penal en el tiempo,* Memoria de Licenciado, Santiago, 1954, 64 pp.
FERNANDO A. DÍAZ MÜLLER, *Territorialidad y retroactividad de la ley procesal,* Memoria de Licenciado, Santiago, 1958, 140 pp.
ALBERTO DOMÍNGUEZ, *La retroactividad de la ley en el Derecho Público argentino.* Principios y jurisprudencia, Buenos Aires, 1951, 106 p.

M. APLICACION DE LA LEY A HECHOS POSTERIORES A SU DEROGACION

379. PRINCIPIO

En principio, la derogación de la ley antigua es *instantánea,* de manera que ella no puede aplicarse a los hechos nuevos, posteriores a su derogación. Y es lógico: si el pasado cae bajo el imperio de la ley antigua, de acuerdo con la regla de irretroactividad, el porvenir debe ser del dominio de la ley nueva y pertenecerle totalmente durante el tiempo de su vigencia, de acuerdo con el principio del efecto inmediato.

380. APLICACIÓN DE LAS LEYES DE DERECHO PÚBLICO

El principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a los hechos posteriores a su promulgación, gobierna de una manera absoluta y sin excepciones tratándose de leyes de carácter puramente político o administrativo, por las razones ya vistas al hablar de la irretroactividad de las leyes.

381. APLICACIÓN DE LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

También por regla general reciben aplicación inmediata; pero excepcionalmente continúan rigiéndose por la ley antigua los contratos.

Sabemos que los contratos se rigen por las leyes bajo cuyo dominio se celebran y que las leyes vigentes a esa época se entienden incorporadas al contrato. De ahí que el juez, para interpretar los contratos y para solucionar cualquier dificultad que sus efectos provoquen, debe recurrir a las leyes coetáneas a la celebración de dichos actos.

382. EL EFECTO DIFERIDO O SUPERVIVENCIA DE LA LEY POSTERIOR A SU DEROGACIÓN

Este efecto es, en general, el que prolonga la aplicación de la ley en el porvenir, más allá de su derogación. La supervivencia de la ley antigua se produce cuando la ley nueva permite que se aplique aquélla a todos los efectos jurídicos del porvenir derivados de un hecho anterior a la promulgación de la ley más reciente. Según Roubier, el juez, al revés de lo que ocurre con la retroactividad, no necesita de un texto formal para admitir la supervivencia de la ley antigua, supuesto que haya una razón jurídica suficiente para derogar la regla común del efecto inmediato de la ley.

LUIS DÍEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
Ex Magistrado del Tribunal Constitucional

ANTONIO GULLÓN
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado del Tribunal Supremo

SISTEMA DE DERECHO CIVIL

VOLUMEN I

Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica

NOVENA EDICIÓN

tecnos

6. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

I. LAS NORMAS CONSUETUDINARIAS: SU CARACTERIZACIÓN

El antiguo artículo 6.° C.c. establecía como segunda fuente del Derecho la «costumbre del lugar» de forma indirecta, en cuanto que mandaba que los jueces y Tribunales acudieran a ella para resolver los litigios y controversias planteados en todos aquellos casos en que no existiera una ley expresamente aplicable al punto controvertido.

Sin embargo, en el actual artículo 1.° del nuevo Título Preliminar, la costumbre se menciona explícitamente como segunda fuente del Derecho, señalándose después que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada», añadiéndose finalmente que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

¿Cómo pueden caracterizarse estas normas jurídicas (normas consuetudinarias) afirmadas o manifestadas a través de la costumbre? En nuestro Derecho histórico, las Leyes de Partidas contenían una definición, con arreglo a la cual «costumbre es derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones porque lo hicieron». Prescindiendo ahora de su mayor o menor exactitud, esta histórica definición nos puede servir como un punto de partida para examinar la caracterización de las normas consuetudinarias.

La primera vía que se ha intentado es la de considerarlas como un Derecho no escrito («derecho o fuero que no es escrito»). Sin embargo, es completamente insuficiente. Ciertamente, puede constituir la escritura un carácter diferencial entre las leyes y las costumbres. Normalmente, las leyes quedan fijadas por escrito y, además, así ha de ocurrir por imperio del artículo 2.° C.c., pero nada impide una redacción por escrito de las normas consuetudinarias. La escritura es una simple forma de fijación y posee el carácter formal de una manifestación hacia el exterior de las normas, y nada se opone a que las costumbres se recopilen o se fijen por escrito, fenómeno éste que ha sido históricamente frecuente (recopilación del *Droit Coutumier* francés en los siglos XVI y XVII y de muchos fueros municipales y costumbres locales en el Derecho histórico español). Es igualmente un fenómeno frecuente en el mundo contemporáneo. Determinadas reglas del comercio internacional, que no tienen otro valor que el de puros usos mercantiles, quedan fijadas por escrito para su mejor conocimiento y su más fiel aplicación.

Otra vía de caracterización de la costumbre puede ser la consideración del Derecho consuetudinario como un Derecho de origen extraestatal. Las normas consuetudinarias son reglas nacidas sin la intervención del Estado o, por decirlo de otro modo, no legislativas, con una efectiva vigencia social. Pero, de seguirse esta idea, también deberían incluirse dentro del concepto del Derecho consuetudinario los precedentes judiciales, las opiniones doctrinales, las convicciones generales de los grupos sociales y las reales prácticas de los mismos en orden a la vida jurídica. Sin embargo, como señala DE CASTRO, en los tiempos modernos el Estado ha limitado el poder de las fuerzas sociales para la creación de normas jurídicas, de forma que sólo les permite como modo de crear Derecho «una actuación uniforme y continuada, a la que han acomodado su conducta por estimarla reguladora de su proceder».

De esta manera, las normas consuetudinarias no se caracterizan sólo por su origen extraestatal, es decir, por el hecho de ser creadas por grupos sociales no incorporados en el organismo o estructura político, sino también por la forma o medio de producción y de manifestación. La costumbre se caracteriza por la forma de su producción: se trata de un Derecho nacido en los grupos sociales. Y se caracteriza, además, por la forma de exteriorización o manifestación, en cuanto que ese Derecho creado debe manifestarse a través de un uso, o lo que es igual, de una efectiva acomodación, continuada y uniforme, de la conducta a tales reglas.

Se desprenden así las siguientes notas distintivas que las normas consuetudinarias reúnen:

1.° Son auténticas normas jurídicas, lo que permite diferenciarlas frente a los meros usos sociales, normas de cortesía, etc.

2.° Su origen es siempre extraestatal. Se trata de normas jurídicas creadas por grupos sociales no incluidos en el mecanismo estatal.

3.° Se caracterizan por su forma de producción y de expresión o manifestación: nacimiento en los grupos sociales y el uso, respectivamente.

II. LOS REQUISITOS DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO Y COMO NORMA JURÍDICA

En la redacción primitiva de nuestro Código civil no aparecían enumerados los requisitos que la costumbre debe llenar para constituir auténtica fuente del Derecho y poder ser considerada como norma jurídica consuetudinaria. Por ello, los comentaristas entendían que el Código no había innovado nada en esta materia, lo que permitía seguir los pasos de la doctrina tradicional, especialmente de la nacida en la glosa de las Partidas, que contenían al respecto un tratamiento muy completo.

El actual apartado 3.° del artículo 1.° dice, en cambio, como sabemos, que la costumbre regirá en defecto de ley aplicable, que no podrá ser contraria a la moral y al orden público y que deberá resultar probada. No se ha pretendido, sin embargo, según se desprende de los trabajos legislativos y especialmente del dictamen de la Ponencia en la Comisión de Justicia de las Cortes, haber hecho una completa enumeración de los requisitos. Especialmente se han dejado fuera —se dice expresamente en el dictamen— algunos que podían resultar evidentes y otros que han resultado siempre discutidos (racionalidad, *opinio iuris*, etc.).

En realidad, el presupuesto básico de la costumbre es la existencia de un uso social. Las normas consuetudinarias son normas jurídicas creadas y establecidas por el uso social. Por uso social debe entenderse la actuación o el comportamiento de un grupo social o de la mayor parte de él, que se ajusta a un determinado modelo de conducta. Ha de tratarse de una actuación o comportamiento efectivo, uniforme y continuado, sin perjuicio de que dentro de él pueden existir algunas desviaciones.

La tradición jurídica refiere este uso al «pueblo» y por ello en algún momento se ha pensado que el soporte del uso debía ser la totalidad de la comunidad política. Sin embargo, con mejor acuerdo, otros autores refieren el llamado soporte popular del uso a grupos sociales determinados. Por ejemplo, los moradores de un lugar, grupos profesionales, comerciales, industriales, etc.

El uso social que posee valor determinante en materia de Derecho consuetudinario es la utilización de un modelo de conducta como norma, lo cual lleva a pensar que ha de tratarse de un criterio utilizado espontáneamente y reiteradamente en la solución de controversias o de conflictos o en el arreglo negocial de situaciones jurídicas. El caso más claro es el de reiteración de un determinado tipo de pacto entre las partes o de ajuste de los negocios jurídicos con determinados criterios, que se consideran obligatorios por la fuerza de su repetición. Por ejemplo, a la hora de hacer testamento, de partir una herencia, etc. También lo es su reiterado empleo como criterio de decisión. «Dos juicios dados consejeramente», requería la glosa a las Leyes de Partidas para que existiese costumbre.

No obstante, no parece necesario hoy para que haya costumbre ni un determinado número de actos, ni tampoco una mayor o menor antigüedad. Tampoco el que con arreglo a costumbres se hayan fallado litigios, aunque servirán, en su caso, como prueba de su existencia.

Nuestras Leyes de Partidas señalaban que las costumbres deben ser «con justa razón y no contra la Ley de Dios, ni contra el Derecho natural, ni contra pro comunal de toda tierra del lugar donde se hace». Se ha señalado que este requisito de racionalidad de la costumbre, que permitía desterrar por muy antiguas que fueran las costumbres que debieran considerarse «malas e irracionales», como las llamaba GREGORIO LÓPEZ, se encontraba cargado de sentido en un momento histórico en que se admitía todavía la costumbre *contra legem* y la derogación de las leyes por el desuso o *desuetudo*. El limitado ámbito que a la costumbre se reconoce en el Derecho moderno —sólo *praeter legem*— hace que, a nuestro juicio, el requisito de subsidiariedad de la costumbre respecto de la ley deba bastar. No lo ha entendido así, sin embargo, la reforma del Título Preliminar del Código civil, donde se ha impuesto, como exigencia, que la costumbre no sea contraria ni a la moral ni al orden público. La oportunidad del primer requisito parece más que dudosa. Si la costumbre es una norma jurídica, parece imposible hablar de costumbres inmorales, a menos que se esté utilizando el equívoco de llamar costumbres en sentido jurídico a los puros hábitos o modos de vida. Se replantea además la cuestión teórica de las relaciones entre Moral y Derecho, en la que no puede por menos de admitirse un parcial ya que no un total deslinde o separación

No se comprende que el ajuste entre las categorías de Moral y Derecho se imponga sólo con respecto a las normas consuetudinarias y no con respecto de la totalidad de las normas jurídicas. Si las normas legales pueden en ocasiones no concordar con criterios o con valores de carácter ético, no hay razón para no admitir la misma discordancia tratándose de normas jurídicas consuetudinarias.

Difícil es también discernir qué ha querido establecer el legislador al imponer que las normas consuetudinarias no sean contrarias al «orden público». Como por hipótesis la costumbre sólo funciona en defecto o a falta de ley, el orden público a que se refiere el artículo 1.º, apartado 3, del Código civil no está encarnado en normas jurídicas, sino en unos puros principios generales del Derecho que no fuesen más que unas convicciones jurídicas, meramente ideológicas y no trasladadas a la práctica o a hechos efectivos porque serían ya costumbres. De todas formas, después de la promulgación de la Constitución de 1978, se debe entender el «orden público» como el orden constitucional, es decir, la costumbre no podrá ser contraria a la efectividad de los valores y principios consagrados en la norma suprema (no discriminación por razón de raza, religión, sexo, etc.).

III. EL PROBLEMA DE LA LLAMADA *OPINIO IURIS SEU NECESSITATIS* O CONVICCIÓN JURÍDICA

Con arreglo a un pensamiento muy extendido, uno de los requisitos constitutivos de la costumbre es la *opinio iuris*. Dice FERRARA que se entiende por tal en la doctrina o bien la convicción de que la regla que se practica debe valer como Derecho (pero que no lo es), o bien que esa regla es ya Derecho, es decir, una norma vinculante a la que se le presta obediencia practicándola o de la que se siente el deber de cumplirla. Esta última es la dirección más seguida.

En realidad, la cuestión de la *opinio* debe trasladarse a otra más general: el proceso formativo de la costumbre, el fundamento de su obligatoriedad. Desde este punto de vista, efectivamente se ha sostenido que la costumbre obliga porque se considera una norma jurídica que hay que obedecer. De ahí la gran importancia que la Escuela Histórica concede a la costumbre, en tanto es la más genuina manifestación del espíritu del pueblo, que era para dicha Escuela el creador del Derecho. Pero, fuera de todo romanticismo, habría entonces que ver la influencia que el instinto mimético del ser humano desempeña en la creación de una costumbre. Seguramente es exacto el pensamiento de JELLINEK, que observaba cómo los hechos tienen una fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, dice, acaba por producir en la conciencia de los individuos que lo practican la creencia de que es obligatorio, transformándose lo acostumbrado en lo debido. También habría que ver, por último, si en la creación de la costumbre interviene más que nada una imposición de fuerzas sociales dominantes que han adoptado esa norma de conducta, y que se siguió por influjo de aquéllas en la vida de la colectividad.

Si de la noche de los tiempos pasamos a la realidad actual, nos encontramos con conductas reiteradas y uniformes que repiten un cierto modelo, una cierta regla. Esto

modelo o regla ha de haber servido para decidir conflictos o controversias, o para la regulación de actos o negocios jurídicos (en su formación, contenido o extinción). Esto es lo que efectivamente se ha de probar para dar fe de la existencia de una costumbre y no, además, un requisito tan subjetivo como la *opinio iuris*.

IV. LOS CARACTERES DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

Pueden establecerse del modo siguiente:

1.° La costumbre es una fuente independiente del Derecho. Nace y se desarrolla con absoluta independencia de la ley.

2.° La costumbre es una fuente subsidiaria. Quiere ello decir que cumple una función supletoria de la ley. A falta de ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre, decía el antiguo artículo 6.°, y el actual artículo 1.° dice que «regirá en defecto de ley».

3.° La costumbre era entre nosotros una fuente de Derecho de alcance limitado, pues nuestro Derecho positivo hasta 1973 admitía solamente las costumbres de carácter local. El antiguo artículo 6.° invocaba especialmente a «la costumbre del lugar» y la disposición final derogatoria que contiene el Código civil en el artículo 1.976, se decía que había derogado las costumbres de carácter general.

Esta situación ha quedado profundamente modificada tras la reforma del Título Preliminar. En el actual artículo 1.° no se menciona para nada el carácter local de la costumbre, y de sus antecedentes legislativos resulta con claridad que la supresión se ha hecho con el fin de hacer posibles las costumbres generales, por la creencia en el valor dinámico y evolutivo de las normas consuetudinarias. Cabrían, pues, costumbres generales y también otras que sean regionales y comarcales, además de las simplemente locales. Además, la supresión del carácter local parece significar que se admite que una costumbre general o regional puede aplicarse en un punto, aunque en él no haya tenido vigencia efectiva.

En realidad, todos los problemas que pueden suscitarse se reducen a uno: aplicación de una costumbre a lugares donde no se ha practicado, lo que parece contrario a la misma esencia de aquélla. Seguramente y así es factible deducir de los trabajos parlamentarios, se identificó en este punto la costumbre con lo que ocurre en el uso de los negocios, concretamente los de las profesiones.

4.° La costumbre es una fuente secundaria. No rige para ella la máxima *iura novit curia*, y quien alega ante los Tribunales la aplicabilidad de las normas consuetudinarias deberá probar la existencia, el contenido y alcance de tales normas. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo había reiterado la necesidad de la prueba de la costumbre por el que alega su aplicación y ahora acoge el mismo criterio el apartado 3 del artículo 1.° del Código civil. Sólo si el litigante la prueba, la costumbre podrá ser aplicada. Por lo demás, para dicha prueba podrán las partes servirse de todos los medios a su alcance (v. gr., declaraciones de testigos, confesión, dictámenes de corporaciones, institutos, etc.).

V. LA RELACIÓN DE LA COSTUMBRE CON LA LEY Y LAS DIFERENTES CLASES DE COSTUMBRES. LA COSTUMBRE A LA QUE SE REMITE ESPECIALMENTE LA LEY

Como pusimos de relieve al examinar la jerarquía de las fuentes del Derecho, en el establecimiento de las relaciones entre la costumbre y la ley, como formas de originación de normas, existe un problema político subyacente, que es un problema de tensiones y de luchas por el predominio entre los diversos grupos sociales que se sirven de uno y otro tipo de normas. Se trata, en definitiva, de una lucha o tensión entre los grupos sociales incorporados a la organización política, que utilizan el mecanismo estatal y, por consiguiente, el poder de dictar leyes, y los grupos sociales que acampan fuera y que para la defensa de sus intereses o privilegios invocan el respeto a las costumbres y a las tradiciones. Este esquema aparece con claridad en las luchas medievales entre el emperador y los reyes, que encarnan la ley, frente a los señores feudales y a las ciudades libres que se amparan en sus costumbres. La misma idea aparece de nuevo en las luchas entre el absolutismo monárquico y las llamadas *noblesse d'épée* y *noblesse de robe*. El esquema se repite en los momentos revolucionarios, en la lucha de los elementos que han conquistado el poder y las fuerzas contrarrevolucionarias. El sentido contrarrevolucionario de SAVIGNY y de la Escuela Histórica del Derecho, que hace depender el fundamento de toda norma en el espíritu del pueblo y en las tradiciones jurídicas, aparece así en toda su claridad. En los tiempos modernos la costumbre se esgrimirá como un arma contra las reformas parlamentarias y como un medio de defensa de los regionalismos, de los separatismos y, en definitiva, como un medio de defensa del *statu quo*.

Se trata, como decimos, de un problema que es fundamentalmente político y que presenta un evidente carácter constitucional, que en el plano teórico, en el Derecho moderno, se resuelve reconociendo la primacía de la ley.

Por su relación con la ley, las costumbres pueden ser: 1.°, costumbres contrarias a la ley o costumbres *contra legem*; 2.°, costumbres que se limitan a interpretar de un modo determinado una disposición legal o costumbre conforme con la ley (costumbre *secundum legem*); 3.°, costumbres que regulan situaciones sobre las cuales no existe ley alguna (costumbres *extra legem* o *praeter legem*). Sobre estas costumbres han de hacerse las siguientes precisiones:

1.° La costumbre *contra legem* se encuentra rechazada por el artículo 1.° C.c., según el cual la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable (imperativa o dispositiva).

2.° La costumbre *secundum legem* es, según hemos dicho, una costumbre que se produce de conformidad con una ley, pero que fija, por vía interpretativa, una determinada manera de entender la ley. La costumbre *secundum legem* es, pues, una «costumbre interpretativa». Nuestro Código civil no dice nada respecto de ella, pero, sin embargo, este silencio no debe entenderse como admisión. El hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por

la costumbre no puede entenderse como vinculante, sino que los jueces y tribunales conservan su libertad para aplicar e interpretar las leyes con arreglo a los criterios hermenéuticos generales, como lo demuestra el que la interpretación usual no aparezca mencionada en el artículo 3.º

3.º La costumbre *praeter legem* o *extra legem* es aquella que regula situaciones o materias respecto de las cuales no existe ninguna disposición legal. Se encuentra admitida de modo general por el artículo 1.º C.c.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la costumbre considerándola como una fuente independiente del Derecho: la costumbre que nace y se desarrolla con independencia de la ley. Existen, sin embargo, casos en los cuales es la propia ley la que realiza una especial remisión a las costumbres en orden a la regulación de una determinada materia. La regulación de la costumbre debería desaparecer ante la que la ley hiciese, pero el legislador lo que hace es dejar que la materia se rija por ella.

La costumbre a la cual la ley se remite de manera expresa posee la particularidad de que la remisión legal le otorga un valor normativo *especial* y le señala el especial ámbito de aplicación que se le reserva. La remisión puede ordenar que sea preferida a la ley, como ocurre, v. gr., en el artículo 1.599, según el cual «si no hubiese pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega». De esta suerte la costumbre es una norma de aplicación preferente a la ley en orden a la determinación del momento del pago del precio en el contrato de arrendamiento de obra. Por ejemplo, en el lugar X es costumbre que el pago de una obra determinada se realice mediante certificaciones periódicas giradas a medida que se construyen o terminan partes también determinadas de la obra. La norma legal de remisión determina también su ámbito (local, etc.).

VI. EL USO

La Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la reforma del Título Preliminar ordenaba que se valorase la eficiencia creadora de «los usos sociales con trascendencia jurídica» y el artículo 1.º, apartado 3, dice ahora que «los *usos jurídicos* que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre». De esta suerte parece que se establece como una especie de escalonamiento o de graduación: los meros usos sociales, sin ningún efecto jurídico (p. ej., reglas de la cortesía, etc.); los usos sociales que poseen ya alguna trascendencia jurídica, porque de alguna manera los recogen algunas normas jurídicas o se extraen de ellos algunos efectos jurídicos (v. gr., art. 1.044); los usos jurídicos, dentro de los cuales parece que ahora hay que distinguir los que son meramente interpretativos de declaraciones de voluntad y los que tienen otro alcance diferente. De acuerdo con el artículo precitado habría que llamarles no interpretativos y coincidirían con lo que parte de la doctrina anterior ha llamado usos normativos, es decir, usos que regulan o reglamentan una determinada situación. Esta graduación o escalonamiento de los usos y especialmente la distinción entre usos interpretativos y normativos se había puesto en conexión también con diferentes grados de consolidación de tales usos. En estado inicial no habría más que conductas repetidas, en un momento posterior pasarían a ser usos interpretativos y finalmente consolidados como usos normativos.

Nosotros creemos que no se puede establecer ninguna distinción objetiva entre los usos con arreglo a sus perfiles exteriores o a su grado de consolidación y que tampoco es legítima la distinción entre usos sociales y usos jurídicos. Los usos son siempre usos sociales y como tales usos existen o no. Desde el punto de vista del Derecho, lo único que hay son funciones diferentes que se pueden asignar a un mismo uso. Quiere decirse que un mismo uso podrá en ocasiones ser meramente interpretativo o en otras ser normativo. Por ello, hablar de usos interpretativos o no interpretativos es un grave error. Lo decisivo no son los tipos de usos, ya que la tipología no se puede establecer, sino las funciones que desempeñan o que se les encomiendan.

> Por ejemplo, un uso funerario o un uso nupcial, es decir, una determinada manera de proceder a enterrar a los difuntos o a contraer matrimonio, no son en principio más que meros usos sociales. Sus funciones jurídicas pueden ser muy distintas. Así, podrán ser utilizados para interpretar declaraciones negociales de voluntad o contratos, cuando éstos hayan sido celebrados y su contenido resulte ambiguo (v. gr., para interpretar el contrato efectivamente celebrado con una empresa de pompas fúnebres o un contrato de capitulaciones matrimoniales). En otros casos el mismo uso puede actuar como elemento integrador de un negocio jurídico en el cual las disposiciones concretas al respecto faltan. Y en otros casos finalmente el mismo uso puede funcionar como elemento objetivo de determinación del alcance de un derecho (v. gr., el albacea puede ordenar los sufragios del testador siempre que se atenga a la costumbre del lugar según el artículo 902, y el que hubiera costeado el servicio funerario según el uso del lugar puede repetir lo gastado frente al que tenía hacia el difunto una obligación de alimentos según el art. 1.887).

¿Existen diferencias entre el uso y la costumbre? Desde el punto de vista jurídico, un sector de la doctrina entiende que la diferencia se halla en la existencia de *opinio iuris* en la costumbre y su inexistencia en el uso. En este sentido, dice DE DIEGO que no hay en el uso, como en la costumbre, el sentimiento de sumisión, el reconocimiento del carácter imperativo de lo que se hace, el respeto y la adhesión, «sino pura y simplemente un sentimiento de utilidad o conveniencia, de ahorro de tiempo y energías, que conduce a incorporarse a un estilo dominante». Sin embargo, dado que la *opinio iuris* no es requisito constitutivo de la costumbre, la única diferencia que puede existir es que el valor normativo del uso se lo da la propia ley, por la remisión que hace a ellos para regular determinadas materias, mientras que la costumbre es una fuente de Derecho directa e independiente. El uso sólo obliga de forma indirecta, en cuanto que ha sido recogido por otra norma como elemento de ella.

Pese a esa diferenciación literal del artículo 1.°, apartado 3, entre la costumbre y los usos, se «consideran» como costumbres, lo que implica que el legislador quiere que se guarden las limitaciones que para su eficacia señala a la costumbre (vid. S. de 16 de noviembre de 1985).

Dentro de los usos tienen una especial relevancia los usos negociales, llamados también convencionales.

A) El uso de los negocios

El uso de los negocios, llamados también usos convencionales o usos del tráfico, es el modo usual y acostumbrado de proceder en el tráfico jurídico. Observa DE DIEGO que la razón de su trascendencia jurídica «está en la verdad de experiencia de que los hombres, sin razón especial, no suelen apartarse de lo usual y corriente, y que el autor o autores de un acto jurídico omiten frecuentemente toda expresa estipulación sobre aquellos puntos que van incluidos usualmente en estos actos, porque los consideran comprendidos por sí mismo en ellos».

B) Las funciones de los usos de los negocios

Con carácter general se puede asignar a los usos de los negocios una doble función, a la que cabe denominar función reguladora y función interpretativa, que se encuentra consagrada y descrita en los artículos 1.258 y 1.287 del Código civil.

a) *Función reguladora e integrativa.*—Conforme al artículo 1.258, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, «sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Se establece así lo que se pueden llamar las fuentes de la reglamentación contractual, es decir, las normas de donde surgen los deberes y obligaciones de los contratos. De este modo, el artículo 1.258 distingue nítidamente por una parte la voluntad contractual estricta (lo expresamente pactado), y por otra parte, una serie de reglas que obligan a los contratantes con independencia de aquella voluntad. Basta que lo establecido por tales reglas sea consecuencia del contrato estipulado, de acuerdo con la *naturaleza* de éste. Entre ellas (que *integran* el contenido de un contrato), se encuentra expresamente mencionado el uso.

Ahora bien, de la misma forma que la ley (dispositiva) puede ser desplazada por la voluntad de las partes, también pueden serlo los usos. No constituyen éstos normas imperativas.

¿Es preferente el uso a la ley dispositiva? Salvo que ésta lo disponga o así lo quieran los partes, el uso se pospone a la ley dispositiva, pues la jerarquización de las fuentes del Derecho (art. 1.°1) así la indica.

b) *Función interpretativa.*—Está recogida en el artículo 1.287. Según dicho precepto, el uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. En el artículo mencionado pueden distinguirse dos partes claramente distintas. La primera de ellas establece una función interpretativa: El uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar la ambigüedad de los contratos. En su función interpretativa el uso constituye un canon o criterio hermenéutico al cual debe acudirse para determinar el sentido que poseen las declaraciones de voluntad de las partes en un negocio jurídico. Cuando dichas declaraciones de voluntad son ambiguas o de significado dudoso, es lícito y razonable atribuirles, de manera objetiva, aquel significado que coincide con el sentido usual en cada país (o en cada localidad). La función del uso en el artículo 1.287, inciso 1.°, es claramente distinta de la que se establece en el artículo 1.258 que vimos antes. Allí el uso entraba en juego para determinar unas consecuencias que no habían sido expresamente pactadas. Aquí entra en juego para esclarecer o atribuir un sentido y una significación a unas declaraciones que han sido expresamente realizadas.

En su segunda parte, sin embargo, el artículo 1.287 atribuye al uso negocial una función más amplia. Por virtud del uso se suple en los contratos la omisión de aquellas cláusulas que de ordinario suelen establecerse. El uso de los negocios tienen así una función supletoria, que actúa en defecto del pacto de las partes. La hipótesis de la norma supone que existe una laguna en el contrato —omisión de una cláusula— y trata de integrar dicha laguna haciendo entrar a formar parte del contenido del contrato aquella cláusula usual, aunque las partes no la hayan incluido. Se supone que existe normalmente una voluntad dirigida a querer la cláusula omitida, lo que admite prueba en contrario.

El problema que puede entonces plantearse consiste en averiguar si existe alguna diferencia entre esta función supletoria del uso, consagrada por la segunda parte del artículo 1.287, y la función reguladora según el artículo 1.258. La diferencia existe y debe ser destacada. En el artículo 1.258 el uso es una norma dispositiva que funciona de manera automática y objetiva, con total independencia de la voluntad de las partes. En cambio, en la segunda parte del artículo 1.287 la función supletoria se produce por vía de integración de la declaración de voluntad. Supone una normal voluntad dirigida a querer la cláusula omitida y, por consiguiente, su actuación podría quedar excluida demostrando la inexistencia de tal voluntad (p. ej., las partes ni siquiera conocían tal uso). Por ello, la función del uso de los negocios en el segundo párrafo del artículo 1.287 puede ser considerada como una «función de interpretación integradora». Además, y en apoyo de la diferencia con los usos del artículo 1.258, puede ser conveniente resaltar que estos últimos son usos del negocio, de carácter general, mientras que los del artículo 1.287, en función de interpretación integradora, son unos usos concretos y determinados; los del país, los locales, seguramente los del lugar de la celebración.

C) El uso como modelo de conducta

A veces, los usos son utilizados por la ley como punto o criterio de remisión, cuando se trata de fijar un modelo de conducta social. La conducta usual pasa a ser el tipo de conducta que una persona debe tener dentro de una relación jurídica o el límite que una actuación no puede sobrepasar lícitamente. Otras veces, con la remisión a los usos y costumbres locales se hace referencia a la conducta que es normal dentro de una localidad y que posee, por tanto, un valor de ejemplaridad. Finalmente, los usos pueden aparecer también como medios de imputación o de exclusión de la responsabilidad de una persona (v. gr., diligencia normal, diligencia de un buen padre de familia).

Con carácter general podemos decir que la conducta usual puede ser: *a)* una conducta debida y, por tanto, el contenido o el módulo de fijación del contenido de una obligación (p. ej., arts. 1.801, 1.894, etc., C.c.); *b)* límite de una conducta permitida y, por tanto, el módulo del ejercicio de un derecho y de sus límites (arts. 485, 902, 1.750 C.c.).

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

Albaladejo: *En el nuevo Título Preliminar la costumbre supletoria a la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse,* Academia Matritense del Notariado, Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil (varios autores), t. 1, 1977, p. 55; Alcalá-Zamora: *La prueba del Derecho consuetudinario,* R.D.P., 1934, p. 145; Arias: *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre,* Pamplona, 1960; De Diego: *El uso, los usos sociales y los usos convencionales,* en «Fuentes del Derecho civil español», Madrid, 1922; Díez-Picazo, en *Comentarios a las reformas del Código civil,* I, E. Tecnos, Madrid, 1977; Espiau Espiau: *La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código civil de 1889,* en «Libro del Centenario del Código civil», t. 1, Madrid, 1990, p. 761; Gordillo Cañas: *La costumbre ¿fuente autónoma del Derecho?,* Quaderni Fiorentini, 1992 (21), Milán; Ruiz Vadillo: *La costumbre en el Código civil español después de la reforma del Título Preliminar,* Pretor, julio-agosto, 1974.

145
c. 3

PUBLICACIONES DE LA ESCUELA DE CRIMINOLOGIA
DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA, BAJO LA DIRECCION DEL
Prof. O. Pérez-Vitoria

OBRAS PUBLICADAS
Stephan Hurwitz: CRIMINOLOGIA

CRIMEN Y COSTUMBRE EN LA SOCIEDAD SALVAJE

por

BRONISLAW MALINOWSKI

PRESIDIO DE CHILE

EDICIONES ARIEL
Barcelona

41223

Título del original inglés
CRIME AND CUSTOM IN SAVAGE SOCIETY
Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres

Traducido por
J. y M. T. ALIER

Primera edición inglesa, 1926.
Primera reimpresión, 1932.
Segunda reimpresión, 1940.
Tercera reimpresión 1947.
Cuarta reimpresión, 1949.
Quinta reimpresión, 1951.

© *Ediciones Ariel, S. L. 1956*

Printed in Spain

Talleres Tipográficos de Ariel, S. L. - Aragón, 255 - Barcelona

A Sir Richard Gregory
Doctor en Ciencias
Editor de «Nature»

PRIMERA PARTE

LA LEY Y EL ORDEN PRIMITIVOS

I

LA SUMISION AUTOMATICA A LAS COSTUMBRES Y EL VERDADERO PROBLEMA

Cuando nos preguntamos por qué ciertas reglas de conducta, por duras, molestas o desagradables que sean, son obedecidas; qué es lo que hace transcurrir tan fácilmente la vida privada, la cooperación económica y los sucesos públicos; en una palabra, en qué consisten la fuerza de la ley y el orden en la sociedad salvaje, la respuesta no es fácil y lo que la Antropología ha podido decirnos dista de ser satisfactorio. Mientras se pudo sostener la teoría de que el "salvaje" es realmente salvaje, de que éste sigue caprichosa y descuidadamente la poca ley que tiene, el problema no existía. Cuando esta cuestión adquirió verdadera actualidad, cuando se hizo patente que lo característico de la vida primitiva es más bien la hipertrofia que no la carencia de reglas y leyes, la opinión científica viró en redondo; al salvaje se le convirtió, no sólo en un modelo de ciudadano cumplidor de la ley, sino que se tomó como axioma que, al someterse a todas las reglas y limitaciones de su tribu, el salvaje no hace más que seguir la tendencia natural de sus propios impulsos; que de esta manera, por así decirlo, se desliza fácilmente por la línea de menor resistencia.

El salvaje —según el veredicto actual de competentes antropólogos— siente una reverencia profunda por la tradición y las costumbres, así como muestra una sumisión automática a sus mandatos. Los obedece "como un esclavo", "ciegamen-

te", "espontáneamente", debido a su "inercia mental" combinada con el miedo a la opinión pública o a un castigo sobrenatural; o también por el "sentimiento prevalente en el grupo cuando no por el instinto de grupo". He aquí lo que dice un libro reciente: "El salvaje está muy lejos de ser la criatura libre y despreocupada que nos pinta la imaginación de Rousseau. Por el contrario, se halla cercado por las costumbres de su pueblo, encadenado por tradiciones inmemoriales, no sólo en sus relaciones sociales, sino también en su religión, su medicina, su industria, su arte: en pocos palabras, en cada aspecto de su vida" (E. Sidney Hartland en *Primitive Law* pág. 138). Podríamos muy bien aceptar todo esto, aunque es incierto que las "cadenas de la tradición" sean idénticas o similares en arte y en relaciones sociales, en industria y en religión. Pero cuando inmediatamente se nos dice que "todas estas leyes son aceptadas por el salvaje como una cosa corriente que a él ni se le ocurre quebrantarlas", entonces nos vemos obligados a protestar. ¿No es acaso contrario a la naturaleza humana el aceptar cualquier represión como si fuese cosa natural y para el hombre civilizado o salvaje cumplir reglamentos desagradables, pesados y crueles, someterse a prohibiciones, etc., sin que se le obligue? ¿Y que se le tenga obligado usando alguna fuerza o motivo al que él no puede resistir?

De este modo se nos asegura de nuevo que los "métodos intuitivos" o "no deliberados", la "sumisión instintiva" y un misterioso "sentimiento de grupo" son la causa de que haya tanto ley como orden, comunismo y promiscuidad sexual todo de una vez. Esto suena exactamente como un paraíso bolchevique, pero es ciertamente equivocado en lo que hace referencia a sociedades melanésicas que conozco por observación propia.

Y, sin embargo, esta sumisión instintiva, esta conformidad automática de cada miembro de la tribu a sus leyes, es el axioma fundamental sobre el que se basa el estudio del orden primitivo y su adherencia a la ley. Otra de las más destacadas autoridades en esta cuestión, el malogrado Dr. Rivers, se refiere en el libro que ya hemos mencionado a "un método no deliberado o intuitivo de regular la vida social" que, según él, "está estrechamente ligado al comunismo primitivo". Y sigue diciéndonos: "En un pueblo como el melanesio hay un sentimiento de grupo tan fuerte que hace innecesaria cualquier organización social concreta para la ejecución de la autoridad, exactamente del mismo modo que hace posible el funcionamiento armonioso de la propiedad comunal y asegura el carácter pacífico de un sistema comunista de relaciones sexuales". (*Social Organization*, pág. 169).

Una idea similar es la que expresa aun un tercer escritor, un sociólogo, que ha contribuído más a nuestra comprensión de la organización de los salvajes desde el punto de vista de la evolución mental y social que quizás cualquier otro antropólogo viviente. El profesor Hobhouse, hablando de tribus con un nivel cultural muy bajo, afirma que "tales sociedades tienen naturalmente sus costumbres que para sus miembros son percibidas como obligatorias, pero si nosotros entendemos por ley un conjunto de reglas que una autoridad competente se encarga de hacer cumplir valiéndose de lazos personales de parentesco y amistad, entonces una institución como ésta no es compatible con su organización social" (*Morals in Evolution*, 1955, pág. 73). Aquí tenemos la cuestión de la frase "percibidas como obligatorias" y nos preguntamos si estas palabras no encubren y ocultan el verdadero problema en vez de resolverlo. ¿Acaso no hay, por lo menos con respecto a ciertas reglas, un mecanismo que obliga, aunque tal vez no esté reforzado por ninguna autoridad central, sino sólo respaldado por verdaderos motivos, intereses y sentimientos complejos? Por un "mero sentimiento" ¿se pueden hacer efectivas las prohibiciones más severas, los deberes más gravosos y las obligaciones más duras e irritantes? Nos gustaría saber más sobre esta inapreciable actitud mental, pero el autor sencillamente lo da por descontado. Es más, la definición mínima de la ley como "un conjunto de reglas que una autoridad independiente de lazos personales se encarga de

hacer cumplir" me parece demasiado estrecha y que no destaca suficientemente los elementos más pertinentes. Entre las muchas normas de conducta en las sociedades salvajes hay ciertas reglas que se consideran como obligaciones ineludibles de un individuo o grupo hacia otro individuo o grupo. El cumplimiento de tales obligaciones se recompensa por regla general de acuerdo con la medida de su perfección mientras que su incumplimiento repercute sobre el moroso. Si nos hacemos fuertes en un punto de vista tan comprensivo como éste e investigamos la naturaleza de las fuerzas que lo hacen obligatorio, podremos llegar a conclusiones mucho más satisfactorias que si tuviésemos que discutir asuntos de autoridad, gobierno y castigo.

Consideremos otra opinión representativa de este asunto, la de una de las más altas autoridades antropológicas de los Estados Unidos, el Dr. Lowie, y veremos que expresa un punto de vista muy similar: "En general, las leyes no escritas de uso consuetudinario acostumbran a ser obedecidas con mucha mayor diligencia que las de nuestros códigos escritos. Mejor dicho, son obedecidas espontáneamente". (1). Comparar la "diligencia" en obedecer la ley de un salvaje de Australia con un neoyorkino o la de un melanesio con un ciudadano inconformista de Glasgow es un procedimiento peligroso y las conclusiones a que conduce deben considerarse como muy "en general" hasta que, claro está, pierden todo su significado. El hecho es que no hay sociedad que pueda trabajar de un modo eficiente sin que sus leyes sean obedecidas "diligentemente" y "espontáneamente". La amenaza de coerción y el miedo al castigo no afectan al hombre medio, tanto "salvaje" como "civilizado", mientras que por otra parte son indispensables para ciertos elementos turbulentos o criminales de una y otra sociedad. Asimismo hay que tener presente que en cada cultura humana hay cierto número de leyes, prohibiciones y obligaciones que pesan mucho sobre cada ciudada-

(1) «Primitive Society», Cap. sobre «Justicia», página 381, edición inglesa.

no, exigen gran sacrificio personal y sólo son obedecidas por razones morales, sentimentales o prácticas, pero sin "espontaneidad" alguna.

No sería difícil multiplicar los ejemplos y demostrar que el dogma de la sumisión automática a las costumbres de la tribu domina toda la investigación de la ley primitiva. A decir verdad, sin embargo, debe hacerse resaltar el hecho de que cualesquiera imperfecciones de teoría u observación son debidas a las reales dificultades y riesgos que tanto abundan en el estudio de este tema.

La dificultad mayor del problema estriba, según creo, en la misma naturaleza compleja y difusa de las fuerzas que constituyen la ley primitiva. Acostumbrados como estamos a buscar una organización definida de funcionamiento de la ley, administración e imposición del cumplimiento de la ley, también buscamos algo parecido en la comunidad salvaje y, al no encontrar soluciones similares, llegamos a la conclusión de que toda ley es obedecida por esta misteriosa propensión del salvaje a obedecerla.

Al parecer, la antropología se enfrenta aquí con una dificultad similar a la que tuvo que vencer Tylor en su "definición mínima de religión". Al definir las fuerzas de la ley en términos de autoridad central, de códigos, tribunales y alguaciles, llegaríamos a la conclusión de que la ley no necesita que se la haga cumplir en una comunidad primitiva, sino que es seguida de una manera espontánea. Algunos observadores han anotado el hecho de que el salvaje también quebranta la ley algunas veces — pero sólo en ocasiones y raramente — y ello ha sido aprovechado por fundadores de teorías antropológicas que siempre habían sostenido que la ley criminal es la única ley de los salvajes; que cuando el salvaje observa las prescripciones de la ley bajo condiciones normales, cuando ésta es seguida y no desafiada, lo es como máximo, parcial, condicionalmente y aun sujeta a evasiones; que no se le obliga a cumplirla por ningún motivo poderoso como miedo al castigo o sumisión general a toda tradición, sino por

móviles psicológicos y sociales muy complejos; todo esto es un estado de cosas que la antropología moderna hasta ahora ha pasado por alto. En la exposición que sigue trataré de demostrar en un sector etnográfico, el Noroeste de Melanesia, las razones por las que observaciones de naturaleza semejante a las que yo he llevado a cabo debieran extenderse además a otras sociedades con el objeto de adquirir alguna idea sobre sus condiciones legales.

Examinaremos los hechos dentro de un concepto muy amplio y muy flexible del problema que se plantea ante nosotros. En la investigación de derecho y de fuerzas legales, trataremos simplemente de descubrir y analizar todas las reglas concebidas y seguidas como obligaciones efectivas, de descubrir la naturaleza de las fuerzas que limitan y obligan, y de clasificar las reglas de acuerdo con la manera en que son hechas efectivas. Veremos que por un examen inductivo de los hechos, llevado a cabo sin idea preconcebida alguna ni definición apriorística, podremos llegar a una satisfactoria clasificación de las normas y reglas de una comunidad primitiva, a distinguir claramente la ley primitiva de otras formas de costumbre, y a un concepto nuevo, dinámico, de la organización social de los salvajes. Dado que los hechos de derecho primitivo descritos en esta obra han sido registrados en Melanesia, el área clásica de "comunismo" y "promiscuidad", de "sentimiento de grupo", "solidaridad de clan" y de "obediencia espontánea", las conclusiones que podremos establecer —que liquidarán todos estos términos pegadizos y lo que ellos significan— serán de interés especial.

II

LA ECONOMIA DE LOS MELANESIOS Y LA TEORIA DEL COMUNISMO PRIMITIVO

El Archipiélago Trobriand, que está habitado por la comunidad melanésica a que me refiero, se extiende al noroeste de Nueva Guinea y consiste en un grupo de islas coralinas que rodean una amplia laguna. Las partes llanas están cubiertas de suelo fértil, los peces pululan por la laguna, y tierra y agua ofrecen además fáciles medios de intercomunicación a sus habitantes. Por lo tanto, estas islas mantienen una densa población principalmente dedicada a la agricultura y la pesca, pero también experta en varias artes y oficios, y activa en el comercio y el cambio.

Como la mayoría de los habitantes de las islas de coral, pasan una gran parte de su tiempo en la laguna del centro. En un día de calma aparece llena de vida con canoas llevando gente o productos, o dedicados a uno de los muchos métodos de pesca que les son propios. Un conocimiento superficial de estas actividades podría dar la impresión de arbitrario desorden, anarquía y completa falta de sistema. No obstante, pacientes y cuidadosas observaciones pronto nos revelarían el hecho de que los nativos, no sólo tienen definidos sistemas técnicos de pescar y complicados convenios económicos, sino que además disponen de una estrecha organización en sus equipos de trabajo, así como una división fija de funciones sociales.

Así, pues, veríamos que dentro de cada canoa hay un

hombre que es su verdadero propietario, mientras que el resto actúa como su tripulación. Todos estos hombres, que por regla general pertenecen al mismo sub-clan, están ligados unos a otros y a los individuos de su mismo poblado por obligaciones mutuas; cuando toda la comunidad sale a pescar, el propietario no puede negar su canoa. O bien debe salir él mismo o dejar que vaya alguien en su lugar. La tripulación está asimismo obligada a él. Por razones que pronto se verán claras, cada hombre debe ocupar su sitio y cumplir con la tarea que le corresponde. Del mismo modo cada participante recibe su parte correspondiente de lo que se ha cogido, es decir, equivalente al servicio que ha prestado. Vemos, pues, que la propiedad y uso de la canoa consiste en una serie de obligaciones y deberes concretos que unen a un grupo de gente y lo convierten en un equipo de trabajo.

Lo que hace que las condiciones sean todavía más complejas es que los propietarios y los miembros de la tripulación tienen el derecho de ceder sus privilegios a cualquier pariente o amigo. Esto se hace a menudo pero siempre a cambio de retribución, de retorno. Tal estado de cosas puede aparecer como muy igual al comunismo a cualquier observador que no capte bien todas las complicaciones de cada transacción: parece como si la canoa fuese propiedad de todo un grupo y usada indiscriminadamente por toda la colectividad.

El Dr. Rivers nos dice textualmente que: "uno de los objetos de la cultura melanésica que es usualmente, por no decir siempre, el tema de propiedad común es la canoa" y más lejos, refiriéndose a esta afirmación, habla de "hasta qué gran alcance los sentimientos comunistas concernientes a la propiedad dominan al pueblo de Melanesia". *(Social Organization*, págs. 106 y 107). En otro trabajo, el mismo autor nos habla de "la conducta socialista o incluso comunista de sociedades tales como éstas de Melanesia" *(Psychology and Politics*, páginas 86 y 87).

Nada sería más erróneo que tales generalizaciones. Hay una distinción y definición estricta de los derechos de cada

uno y esto hace que la propiedad lo sea todo menos comunista. En Melanesia tenemos un sistema compuesto y complejo de guardar la propiedad que de ningún modo participa de la naturaleza del "socialismo" o del "comunismo". Así, una compañía por acciones moderna podría ser calificada de "empresa comunista". De hecho, cualquier descripción de una institución salvaje en términos tales como "comunismo", "capitalismo" o "compañía por acciones", tomados de las condiciones económicas actuales o de controversia política, no puede sino inducir a error.

El único procedimiento correcto es el de descubrir el estado de cosas legal en términos de hechos concretos. Así, la propiedad de una canoa de pesca de Trobriand debe ser descrita según la forma como dicho objeto es construído, usado y considerado por el grupo de hombres que lo producen y disfrutan de su posesión. El dueño de la canoa, que al mismo tiempo actúa como jefe del equipo y mago pescador, tiene que pagar ante todo la construcción de una nueva embarcación cuando la vieja ya no sirve, y al mismo tiempo tiene que conservarla en buen estado, aunque en esto le ayude el resto de la tripulación. En esto están bajo obligaciones mutuas de comparecer cada uno a su puesto, mientras que cada canoa debe salir cuando se ha proyectado una pesca colectiva. La embarcación es utilizada de manera que cada asociado tiene derecho a ocupar determinado lugar en ella, lo que implica ciertos deberes, privilegios y beneficios. Cada cual tiene su puesto en la canoa, su tarea asignada y disfruta del correspondiente título, ya sea de "patrón" o "timonel" o "guardián de las redes" o "vigilante de pesca". Su posición y su título vienen determinados por la acción combinada de categoría, edad y habilidad personal. Cada canoa tiene también su lugar en la flota y su parte a representar en las maniobras de pesca conjunta. Así, viéndolo de cerca, descubrimos en esta ocupación un sistema definido de división de funciones y un sistema rígido de obligaciones mutuas en el que se sitúan lado a lado un sentido del deber y el reconocimiento de la necesidad de

cooperación además de la comprensión del interés propio, de los privilegios y de los beneficios. Así, pues, el sentido de propiedad no puede ser descrito con palabras tales como "comunismo" ni "individualismo", como tampoco refiriéndose a sistema de "compañía por acciones" o "empresa personal", sino por los hechos concretos y las condiciones de uso. Es la suma de deberes, privilegios y servicios mutuos lo que liga a los asociados entre sí y al propio objeto.

De modo que, en relación con el primer objeto que atrajo nuestra atención —la canoa nativa— nos encontramos con ley, orden, privilegios definidos y un bien desarrollado sistema de obligaciones.

III

LA EFECTIVIDAD DE LAS OBLIGACIONES ECONOMICAS

Con objeto de adentrarnos más profundamente en la naturaleza de estas obligaciones, sigamos a los pescadores a la playa. Veamos qué sucede con el reparto de la pesca recogida. En la mayoría de los casos sólo una pequeña proporción de ella se queda entre los naturales de aquel poblado. Por regla general encontraremos a cierto número de habitantes de alguna comunidad de tierra adentro que están esperando en la playa. Vemos cómo reciben sartas de pescado de manos de los pescadores y cómo se las llevan a casa, a menudo a muchas millas de distancia, corriendo tanto como pueden para llegar allí mientras el pescado está todavía fresco. Nos hallamos de nuevo ante un sistema de servicios y obligaciones mutuas basado en un convenio ya establecido entre dos poblados distintos. El poblado de tierra adentro suministra hortalizas a los pescadores y la comunidad costera les paga con pescado. Este convenio es primariamente de índole económica. Tiene además un aspecto ceremonial ya que el intercambio ha de efectuarse de acuerdo con un ritual complicado. Asimismo, tiene su lado legal, un sistema de obligaciones mutuas que obliga al pescador a pagar en la misma moneda cuando recibe un obsequio de su compañero de tierra adentro, y viceversa. Ninguno de los dos puede negarse a este compromiso, ninguno de los dos puede escatimar cuando devuelve el obsequio y ninguno de los dos debe retrasarse en hacerlo.

¿Cuál es la fuerza motivadora que respalda estas obligaciones? Los poblados costeros y los de tierra adentro tienen que contar respectivamente el uno con el otro para el suministro de alimentos. Los nativos de la costa nunca tienen suficientes hortalizas mientras que los de tierra adentro están siempre necesitados de pescado. Lo que es más, la costumbre requiere que en la costa todas las grandes exhibiciones ceremoniales y distribuciones de alimentos, que constituyen un aspecto sumamente importante de la vida pública de estos nativos, sean hechas con ciertas variedades de hortalizas especialmente grandes y sabrosas que sólo crecen en las fértiles llanuras del interior. Por otra parte, lo importante de una buena distribución y fiesta es el pescado. Así, a todas las demás razones de peso que valoran los alimentos respectivamente más raros, se añade una dependencia artificial culturalmente creada de un distrito para con el otro. De modo que, en conjunto, cada colectividad necesita mucho de sus asociados. Si previamente, en alguna ocasión, éstos se han mostrado culpables de negligencia, saben que de una forma u otra serán severamente castigados. O sea que cada comunidad tiene un arma para hacer valer sus derechos: la reciprocidad.*

Y ésta no está limitada al intercambio de pescado por hortalizas. Por regla general estas dos colectividades dependen una de la otra también en otras formas de comercio así como en otros servicios mutuos. Por consiguiente, cada cadena de reciprocidad se va haciendo más fuerte al convertirse en parte y conjunto de un sistema completo de prestaciones mutuas.

IV

RECIPROCIDAD Y ORGANIZACION DUAL

Sólo he hallado un escritor que apreciara íntegramente la importancia de la reciprocidad en la organización social primitiva. El destacado antropólogo alemán, Prof. Thurnwald, de Berlín, reconoce claramente "die Symmetrie des Gesellschaftsbaus" (simetría de la estructura social) y la correspondiente "Symmetrie von Handlungen" (simetría de las acciones) (1). A lo largo de su monografía, que es quizás la mejor relación de la organización social de una tribu salvaje existentente, el Prof. Thurnwald nos muestra cómo la simetría de la estructura social y de las acciones llena la vida de los nativos. Sin embargo, su importancia como forma de obligación legal no es expuesta de un modo explícito por el autor, quien parece más consciente de su base psicológica "en sentimiento humano" que de su función social como salvaguarda de la continuidad y adecuación de los servicios mutuos.

Las viejas teorías de dicotomía tribal, las discusiones sobre los "orígenes" de "fratrías" o "mitades" y de la dualidad en subdivisiones tribales, no entraron nunca en los fundamentos interno o diferencial del fenómeno externo de la partición en mitades. La reciente consideración de la "organización dual"

(1) «Die Symmetrie von Handlungen aber nennen wir das Princip der Vergeltung. Dieses liegt tief verwurzelt im menschlichen Empfinden — als adaquate Reaktion — und ihm kam von jeher die grösste Bedeutung im sozialen Leben zu». (*Die Gemeinde der Bánaro*, Stuttgart, 1921, pág. 10).

por el malogrado doctor Rivers y su escuela padece del defecto de buscar causas recónditas en vez de analizar el fenómeno propiamente dicho. El principio dual no es ni el resultado de "fisión", "separación", ni el de cualquier otro cataclismo sociológico. Es el resultado íntegro de la simetría interna de todas las transacciones sociales, de la reciprocidad de servicios, sin los cuales no hay colectividad primitiva que pueda existir. Una organización dual puede aparecer claramente en la división de una tribu en dos "mitades" o ser completamente destruída —pero yo me aventuro a pronosticar que cuando se lleve a cabo una investigación cuidadosa, se encontrará que la simetría de estructura en cada sociedad salvaje es la base indispensable de obligaciones recíprocas.

La manera sociológica cómo se ordenan las relaciones de reciprocidad las hace todavía más estrictas. Los intercambios entre dos comunidades no se llevan a cabo de un modo casual, fortuito, como de dos individuos que comercian al azar el uno con el otro, sino todo lo contrario: cada hombre tiene su compañero permanente en el intercambio y los dos tienen que negociar el uno con el otro. A menudo son parientes políticos o amigos jurados o socios en el importante sistema del intercambio ceremonial llamado *kula*. Además, dentro de cada colectividad los socios individuales son clasificados en sub-clanes totémicos, de modo que el intercambio establece un sistema de lazos sociológicos de naturaleza económica, a menudo combinado con otros lazos entre individuo e individuo, grupos de parentesco y grupos de parentesco, poblado y poblado, distrito y distrito.

Si examinamos las relaciones y transacciones previamente descritas, nos será fácil ver que el mismo principio de mutualismo proporciona la sanción para cada regla. En cada acto hay un dualismo sociológico: dos partes que intercambian servicios y funciones, cada una de las cuales cuidando de que la otra cumpla su parte del compromiso y se conduzca con honradez. El patrón de la canoa, cuyos intereses y ambiciones van ligados a su embarcación, cuida de que reine el orden

en las transacciones internas entre los miembros de la tripulación a la cual representa en sus relaciones exteriores. Para él, cada miembro de la tripulación está bajo obligación en el momento de la construcción e incluso después cuando su cooperación se estima necesaria. Recíprocamente, el dueño tiene que dar a cada hombre el pago ceremonial en la fiesta de construcción; el dueño no puede negar a nadie su lugar en el bote y tiene que cuidarse de que cada hombre reciba su parte correspondiente de la pesca recogida. En esto como en todas las múltiples actividades de orden económico, la conducta social de los nativos está basada en un bien evaluado sistema de toma y daca con cuentas que se llevan mentalmente, pero que siempre se saldarán equitativamente. No hay descuentos en las liquidaciones ni se aceptan tratos de favor; ni hay tal omisión "comunista" de la liquidación de cuentas ni de atribución estricta de participaciones. Todas las transacciones se llevan a cabo de un modo fácil y libre, y las buenas maneras que predominan cubre cualquier inconveniente o disconformidad que pueda presentarse, haciendo que al observador superficial le sea difícil ver el vivo interés propio y el cuidadoso ajuste de cuentas que se efectúa en todo tiempo. Pero para el que conoce a los nativos íntimamente, nada es más claro y patente. El mismo mando que el patrón asume con su canoa es ejercido dentro de la colectividad por el jefe, quien además, por regla general, es el mago hereditario.

V

LEY, INTERES PROPIO Y AMBICION SOCIAL

Casi no es necesario añadir que hay también otras fuerzas poderosas, además de la compulsión de las obligaciones recíprocas, que ligan a los pescadores a sus tareas. La utilidad de esta ocupación, el anhelo que sienten por este alimento fresco y excelente y, por encima de todo, quizá la atracción de lo que para los nativos es un deporte intensamente fascinador, les mueven a seguir pescando más conscientemente y más efectivamente de lo que hemos descrito como una obligación legal. Pero la compulsión social, la consideración por los derechos efectivos y por las pretensiones de los otros ocupan siempre un lugar preeminente en la mente del nativo, así como en sus formas de conducta, una vez esto ha sido bien comprendido. También es indispensable para asegurar el funcionamiento uniforme de sus instituciones, porque a pesar de todo el gusto y atracción que sienten por esto, en cada ocasión hay unos pocos individuos que no se muestran bien dispuestos a colaborar, irritables, malhumorados, obsesionados por algún otro interés — muy a menudo por la intriga — que desearían escabullirse de cumplir con su obligación si ello fuese posible. Cualquiera que sepa lo extremadamente difícil, si no imposible, que es organizar un cuerpo de melanesios, incluso para llevar a cabo una actividad corta y divertida que requiera una acción concertada, y en cambio lo bien y rápidamente que se ponen a la obra para realizar sus empresas habituales, com-

prenderá el papel y la necesidad de la compulsión debida al convencimiento nativo de que otro hombre tiene derecho sobre su trabajo.

Hay todavía otra fuerza que hace los deberes más obligatorios. Ya he mencionado el aspecto ceremonial de las transacciones. Los regalos de alimentos en el sistema de intercambio descrito más arriba deben ser ofrecidos de acuerdo con formalidades estrictas, en medidas de madera especialmente construídas, traídas y presentadas en la forma prescrita, en una procesión ceremonial y con trompeteo de cuernos marinos. Ahora bien, nada tiene mayor influencia sobre la mente de un melanesio que la ambición y la vanidad que van asociadas a la exhibición de alimentos y de riqueza. En la entrega de sus regalos, en la distribución de sus excedentes, experimentan una manifestación de poder y un realce de su personalidad. El nativo de las islas Trobriand guarda sus alimentos en casas mejor hechas y más ornamentadas que las chozas que le sirven de vivienda. La generosidad es para él la virtud más alta, y la riqueza el elemento esencial de la influencia y el rango. La asociación de una transacción semicomercial con ceremonias públicas pautadas suministra otra fuerza obligatoria de cumplimiento a través de un mecanismo psicológico especial: el deseo de exhibición, la ambición de aparecer munificente y la extremada estimación por la riqueza y la acumulación de alimentos.

De este modo hemos podido penetrar algo en la naturaleza de las fuerzas mentales y sociales que convierten ciertas reglas de conducta en leyes obligatorias. Y la fuerza obligatoria no es superflua ni mucho menos, ya que cuando el nativo puede evadirse de sus obligaciones sin pérdida de prestigio o sin posible riesgo de sus ganancias, lo hace, exactamente cómo lo haría cualquier hombre de negocios civilizado. Cuando se estudia más de cerca la "regularidad automática" en el cumplimiento de las obligaciones que tan a menudo se atribuye a los melanesios, se hace patente que hay tropiezos constantes en las transacciones, que hay gran descontento, refunfuñamien-

to y recriminaciones, y que raramente hay un hombre que esté completamente satisfecho con su socio. Pero, en conjunto, el nativo continúa en el consorcio y cada cual trata de cumplir con sus obligaciones, ya que se ve impelido a ello, en parte por inteligente egoísmo, y en parte por obediencia a sus ambiciones y sentimientos sociales. Comparemos al verdadero salvaje, por ejemplo, siempre tan dispuesto a evadirse de sus deberes, fanfarrón y jactancioso cuando los ha cumplido, con el muñeco salvaje del antropólogo que seguiría ciegamente las costumbres y obedecería automáticamente toda regulación. No hay el más remoto parecido entre lo que nos enseña la antropología sobre este tema y la realidad de la vida nativa. Empezamos a ver que el dogma de la obediencia mecánica a la ley impediría al investigador en el terreno constatar los hechos verdaderamente significativos de la organización legal primitiva. Ahora nos damos cuenta de que las reglas de la ley, las reglas que tienen una definida obligación, sobresalen de las meras reglas de la costumbre. También podemos ver que la ley civil que consiste en disposiciones positivas, está mucho más desarrollada que el conjunto de meras prohibiciones, y que el estudio de la ley puramente criminal entre los salvajes pasa por alto los fenómenos más importantes de su vida legal.

Es también obvio que la clase de reglas que hemos considerado, aunque son incuestionables reglas jurídicas obligatorias, no tienen en modo alguno el carácter de preceptos religiosos que siempre son formulados de un modo absoluto y que deben ser obedecidos rígida e integralmente. Las reglas aquí descritas son esencialmente elásticas y adaptables, dejando una laxitud considerable dentro de la que su cumplimiento se considera satisfactorio. Las sartas de pescado, las medidas de ñame, los manojos de taro, sólo pueden ser evaluados de una manera aproximada y naturalmente las cantidades intercambiadas varían según la abundancia de la pesca o la de la cosecha de hortalizas. Todo esto se tiene siempre en cuenta y sólo la tacañería intencionada, la negligencia o la holgazanería son consideradas como incumplimiento de contrato. Ya que, como hemos dicho, la generosidad es cuestión de honor y de elogio, el nativo corriente hará acopio de todos sus recursos con objeto de mostrarse pródigo en su medida. Sabe además que cualquier exceso de celo y de generosidad será tarde o temprano debidamente recompensado.

Ahora vemos que un concepto estrecho y rígido del problema — una definición de "ley" como la maquinaria de aplicar justicia en casos de transgresión, dejaría fuera todos los fenómenos a que hemos aludido. En todos los hechos descritos, el elemento o aspecto de la ley que es de efectiva compulsión social, consiste en complicados arreglos que hacen que la gente cumpla con sus obligaciones. La más importante de entre ellas es la forma en que muchas transacciones están integradas en cadenas de servicios mutuos, cada uno de los cuales será recompensado en fecha ulterior. La forma pública y ceremonial cómo se llevan a cabo usualmente estas transacciones, combinada con la extremada ambición y vanidad de los melanesios, se suma a las fuerzas que salvaguardan la ley.

VI

LAS REGLAS LEGALES EN LOS ACTOS RELIGIOSOS

Hasta ahora me he referido principalmente a las relaciones económicas, ya que la ley civil trata principalmente de propiedad y riqueza entre los salvajes lo mismo que entre nosotros, pero podremos hallar el aspecto legal en cualquier otro terreno de la vida tribal. Tomemos por ejemplo uno de los actos más característicos de la vida ceremonial — los ritos de duelo por los difuntos —. Al principio, claro está, vemos en ellos su carácter religioso: son actos de piedad hacia el finado causados por el miedo, el amor o la solicitud por el espíritu del muerto. Como manifestación ritual y pública de emoción, forman también parte de la vida ceremonial de la colectividad.

¿Quién, sin embargo, sospecharía un lado legal a tales actividades religiosas? Y, no obstante, en las Islas Trobriand no hay un solo acto funerario, ni una sola ceremonia, que no esté considerado como una obligación del ejecutante hacia algunos de los otros sobrevivientes. La viuda llora y se lamenta en dolor ceremonial, en piedad religiosa y miedo, pero también porque la fuerza de su dolor proporciona una satisfacción directa a los hermanos y parientes maternos del difunto. Según la teoría nativa del parentesco, son los parientes por línea materna los que están realmente afectos. La esposa, aunque vivía con su marido, aunque debe llorar su muerte y aunque a menudo lo hace real y sinceramente, sigue siendo sólo una

extraña de acuerdo con las reglas del parentesco matrilineal. Por lo tanto, su deber hacia los miembros sobrevivientes del clan de su esposo es manifestar, exhibir su dolor de modo aparatoso, guardar un largo período de luto y llevar la quijada o mandíbula de su esposo durante varios años después de su muerte. Esta obligación, sin embargo, no carece de reciprocidad. Cuando tenga efecto la primera distribución ceremonial, unos tres días después de la muerte de su esposo, recibirá el pago de sus lágrimas de manos de los parientes de su marido y será un pago importante; y en las fiestas ceremoniales que se celebran más tarde, también recibirá más pagos por sus subsiguientes servicios de duelo. También debiera tenerse presente que para los nativos el luto es sólo un eslabón en la cadena de reciprocidades de toda la vida entre marido y mujer y entre sus respectivas familias.

VII

LA LEY DE MATRIMONIO

Esto nos lleva al tema del matrimonio, que es extraordinariamente importante para llegar a una verdadera comprensión de la ley nativa. El matrimonio no sólo establece un vínculo entre marido y mujer, sino que también impone una permanente relación de mutualidad entre la familia del esposo y la de la esposa, especialmente el hermano de ella. Una mujer y su hermano están ligados entre sí por lazos de parentesco característicos y muy importantes. En una familia de las Islas Trobriand, una mujer debe estar siempre bajo la tutela especial de un hombre — uno de sus hermanos o, si no tiene ninguno, su pariente materno más próximo —. Ella tiene que obedecerle y cumplir una serie de deberes, mientras él se ocupa de su bienestar y se hace cargo de ella económicamente incluso después de casada.

El hermano pasa a ser el guardián custodio de los hijos de ella que deben considerarle a él y no a su padre como al verdadero cabeza de familia. A su vez, él tiene que ocuparse de ellos y suministrar a la familia de su hermana una considerable proporción de alimentos. Esto resulta tanto más pesado cuanto que el matrimonio, por ser patrilocal, obliga a la muchacha a trasladarse a la comunidad de su esposo, de modo que cada vez que se recoge la cosecha hay un *chassé-croisé* económico general a través de todo el distrito.

Una vez las cosechas recogidas, se procede a la clasifica-

Nativos del interior tomando suttas de pescado de manos de los pescadores.

ción de los ñames y lo mejor de la cosecha de cada huerto se coloca en una pila de forma cónica. La pila principal de cada huerto es siempre para la familia de la hermana. El único propósito de toda la habilidad y trabajo dedicados a esta exhibición de alimentos es la satisfacción de la ambición del agricultor, ya que toda la colectividad, ¡qué digo!, todo el distrito contemplará los productos cultivados, hará sus comentarios sobre ellos, criticará o elogiará. Según palabras textuales de mi informante, una gran pila quiere decir: "Fijaos en lo que he hecho por mi hermana y su familia. Soy un buen agricultor y mis parientes más próximos, mi hermana y sus hijos, no sufrirán nunca por falta de comida". Transcurridos unos días, se deshace la pila de alimentos, se colocan los ñames dentro de unos cestos y éstos son trasladados al poblado de la hermana, donde se procede a colocarlos exactamente de la misma forma que antes enfrente de la casa-depósito de ñame del marido de la hermana; allí, de nuevo, los miembros de la colectividad verán el montón y lo admirarán. Todo este aspecto ceremonial de la transacción tiene una fuerza obligatoria que ya conocemos. La exhibición, las comparaciones, la evaluación pública, todo esto impone una definida compulsión psicológica sobre el dador, le satisfacen y recompensan cuando el éxito de su labor le permite ofrecer un regalo generoso, pero le castigan y humillan cuando se muestra ineficiente, tacaño o ha tenido mala suerte.

Además de la ambición, la reciprocidad predomina en esta transacción como en todas partes hasta el extremo de que a veces se diría que dar es prácticamente casi tanto como recibir. En primer lugar el marido tiene que recompensar con definidos regalos periódicos cada contribución anual de la cosecha. Más tarde, cuando los niños crezcan, éstos estarán directamente bajo la autoridad de su tío materno; los muchachos tendrán que ayudarle, asistirle en todo, y contribuir con una cuota determinada a todos los pagos que éste tenga que hacer. Las hijas de su hermana hacen poco por él, es decir, directamente, pero indirectamente, en una sociedad matrili-

neal, le proporcionan herederos y descendientes en las dos generaciones siguientes.

Así, pues, si colocamos las ofrendas de la cosecha dentro de su contexto sociológico y con una visión amplia de su relación, vemos que cada transacción está justificada como un eslabón en la cadena de mutuas prestaciones. Y, sin embargo, considerándolo aparte, fuera de su marco, cada transacción nos parece disparatada, intolerablemente pesada y sociológicamente sin sentido y también, sin duda alguna, "comunísticamente". ¿Qué podría ser más económicamente absurdo que esta oblicua distribución de productos agrícolas en que cada hombre trabaja para su hermana y a su vez tiene que depender del hermano de su esposa, y donde se desperdician más tiempo y energía en exhibiciones, alardes y transporte de los graneros que en verdadero trabajo? No obstante, viéndolo de cerca, se comprende que algunas de estas acciones aparentemente innecesarias son poderosos incentivos económicos, que otras suministran la fuerza obligatoria legal, mientras que otras, a su vez, son el resultado directo de las ideas nativas sobre el parentesco. Está claro también que nosotros podemos comprender el aspecto legal de tales cosas sólo si las consideramos integralmente sin exagerar temasiado un eslabón especial de la cadena de deberes recíprocos.

VIII

PREDOMINIO DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

En los capítulos que anteceden hemos visto una serie de ilustraciones de la vida nativa que muestran el aspecto legal de la relación matrimonial, de la cooperación en una partida de pesca, del intercambio de comida entre poblados costeros y de tierra adentro, de ciertos deberes ceremoniales de manifestación de duelo. Estos ejemplos fueron presentados con cierto detalle con el fin de hacer resaltar claramente el funcionamiento concreto de lo que me parece ser el verdadero mecanismo de la ley, de la compulsión social y psicológica, de las verdaderas fuerzas, motivos y razones que hacen que los hombres cumplan con sus obligaciones. Si el espacio lo permitiese, sería fácil presentar estos ejemplos aislados dentro de un cuadro coherente con el objeto de mostrar que en todas las relaciones sociales y en todos los varios dominios de la vida de la tribu se puede descubrir exactamente el mismo mecanismo legal, el cual colóca las *obligaciones forzosas* en una categoría especial que las separa de los otros tipos de reglas consuetudinarias. Sin embargo, en este caso, un rápido y comprensivo examen tendrá que bastarnos.

Tomemos, por ejemplo, en primer lugar, las transacciones económicas: el intercambio de artículos y de servicios se lleva a cabo principalmente dentro de un consorcio establecido o va asociado a lazos sociales definidos o aun acoplado como un mutualismo en asuntos no económicos. Se ve que la mayoría de

los actos económicos, si no todos, pertenecen a alguna cadena de presentes recíprocos y contra-presentes que a la larga equilibran la cuenta y benefician a ambos lados por igual.

Ya he dado cuenta detallada de las condiciones económicas del noroeste de Melanesia en *La Economía Primitiva de los Nativos de las Islas Trobriand* ("Economic Journal", 1921) y en *Argonautas del Pacífico Occidental*, 1923. El capítulo VI de aquel volumen trata de los asuntos que discutimos aquí; por ejemplo, las formas de intercambio económico. Por aquel entonces, mis ideas sobre la ley primitiva no habían madurado suficientemente y presentaba los hechos sin hacer referencia al tema presente, por lo que su testimonio resulta aún más valioso. Sin embargo, cuando describo una categoría de ofrendas como "regalos puros" y bajo este nombre coloco los regalos de marido a mujer y de padre a hijos, está bien claro que cometía una equivocación. De hecho, caigo en el error supuesto más arriba de arrancar el acto de su contexto propio, de no considerar suficientemente la cadena de transacciones. No obstante, en el mismo párrafo suministro una rectificación implícita de mi equivocación al manifestar que "los nativos dicen que un regalo de padre a hijo significa el pago de la relación que el primero sostiene con la madre" (p. 179). Señalo también que los "regalos gratis" a la esposa están basados en la misma idea. Pero la relación verdaderamente correcta de las condiciones — correcta desde el punto de vista tanto legal como económico — sería el abarcar todo el sistema de regalos, deberes y beneficios mutuos intercambiados entre el marido por una parte, y la esposa, hijos y hermano de la esposa por otra. Entonces se vería que de acuerdo con las ideas de los nativos este sistema está basado en un dar y tomar muy complicado y que a la larga los servicios mutuos restablecen el equilibrio (1).

(1) Compárese el justo juicio crítico de mi expresión «regalo puro» con todo lo que implica que hizo M. Marcel Mauss en *L'Année Sociologique*, «Nouvelle Serie», vol. I, págs. 171 y sig. Yo había escrito este párrafo antes de ver las críticas de M. Mauss que concordaban substancialmente con las mías propias. Es satisfactorio para un investigador el ver que ha presentado

La verdadera razón por la que todas estas obligaciones económicas se observan normalmente y se observan además muy escrupulosamente, es que el no cumplirlas coloca a un hombre en una posición intolerable, así como el cumplirlas con retraso o deficientemente le cubren de oprobio. El hombre que persistentemente desobedeciera las reglas de la ley en sus tratos económicos se encontraría bien pronto fuera del orden social y económico — cosa de la que se da perfecta cuenta —. Hoy día se presentan casos en los que algunos nativos, ya sea por holgazanería, excentricidad o espíritu no conformista, habían decidido ignorar estas obligaciones de su estado legal y se ve cómo automáticamente se han convertido en parias y en parásitos de algún blanco.

El ciudadano honorable está bajo la obligación de cumplir con sus deberes, aunque su sumisión no se debe a ningún instinto o impulso intuitivo ni a un misterioso "sentimiento de grupo", sino al detallado y elaborado funcionamiento de un sistema en el cual cada acto tiene su propio lugar y se debe ejecutar sin falta. Aunque ningún nativo, por inteligente que sea, formulara este estado de cosas de una manera general y abstracta ni lo presentara como una teoría sociológica, cada uno de ellos conoce perfectamente su existencia y puede prever las consecuencias en cada caso concreto.

En las ceremonias mágicas y religiosas, casi cada acto — además de su propósito primario — es considerado como una obligación entre grupos e individuos y tarde o temprano tiene que hacerse su pago equivalente o contra-servicio estipulado por la costumbre. La magia en sus formas más importantes es una institución pública en la cual el mago de la colectividad, que por regla general desempeña su cargo por herencia, tiene que prestar sus servicios en favor de todo el grupo. Tal es el caso, por ejemplo, en la magia de cultivo,

tan bien sus observaciones que éstas permiten a otros la refutación de sus conclusiones sacándolas de su mismo material. Y a mí especialmente me ha resultado aun más agradable el constatar que después, al madurar mis ideas, éstas me han conducido independientemente a los mismos resultados que mi distinguido amigo M. Mauss.

pesca, guerra, predicción del tiempo y construcción de canoas. El mago está obligado a ejercer su magia tan pronto como surja la necesidad, en la estación adecuada o en ciertas circunstancias a fin de mantener los *tabús* y a veces incluso dirigir toda la empresa. Por todo esto se le paga con pequeñas ofrendas dadas inmediatamente y a menudo incorporadas en los procedimientos de ritual. Pero la verdadera recompensa está en el prestigio que su posición le confiere (1). En casos de magia menor u ocasional, tales como amuletos para propiciar el amor, ritos curativos, brujería, magia contra el dolor de muelas y de protección de los cerdos, etc., cuando ésta se aplica en favor de otro tiene que estar muy bien pagada y la relación entre cliente y profesional se basa en un contrato dictado por la costumbre. Desde el punto de vista de nuestro argumento actual, debemos registrar el hecho de que todos los actos de magia comunal son obligatorios para el mago y la obligación de ejecutarlos va unida al cargo de mago de la colectividad, que es hereditario en la mayoría de los casos y que siempre es una posición de poder y de privilegio. Un hombre puede declinar su posición y cederla a su sucesor más próximo, pero una vez la ha aceptado tiene que llevar a cabo todo el trabajo inherente a ella, y la colectividad, por su parte, le tiene que dar lo que le es debido.

En cuanto a los actos que usualmente se considerarían como religiosos más bien que mágicos —tales como ceremonias de nacimiento o de matrimonio, ritos de muerte y de duelo, la adoración de los fantasmas, espíritus o personajes míticos—, se ve que también tienen un lado legal claramente ejemplarizado en el caso de los actos mortuorios descritos más arriba. Cada acto importante de naturaleza religiosa es concebido como una obligación moral hacia el objeto que se ve-

(1) Para mayor información referente al estado legal y social del mago hereditario, véase el Capítulo XVII sobre la «Magia» en «Argonautas del Pacífico Occidental», así como las descripciones y referencias diversas sobre la magia de la construcción de canoas, magia de navegar, magia do *kaloma*. Véase también la breve relación de magia de huertos en *Economic Primitive* (*Economic Journal*, 1921); de magia de guerra en «Man», 1920 (artículo n. 5); y de magia de pesca en «Man», 1918 (artículo n. 53).

nera: fantasma, espíritu o poder, al propio tiempo que satisface una aspiración emocional del ejecutante; pero, tiene su lugar indiscutible en alguna estructura social y es considerado por una tercera persona o personas como algo que les es debido, vigilado y luego pagado o devuelto por medio de otro servicio parecido. Por ejemplo, cuando con ocasión del retorno anual de los espíritus a su antiguo poblado se hace una ofrenda al espíritu de un pariente muerto, no sólo se satisfacen sus sentimientos y sin lugar a dudas su apetito espiritual que se alimenta de la substancia espiritual de la comida, sino que probablemente se expresa también el propio sentimiento hacia el muerto querido. Además, en ello va envuelta una obligación social: cuando los platos de comida llevan ya algún tiempo expuestos y el espíritu ha terminado con su participación espiritual, el resto —que a pesar de todo no aparece menos adecuado para el consumo ordinario— es ofrecido a un amigo o pariente político viviente quien a su vez devuelve la ofrenda con un regalo parecido algún tiempo más tarde (2). No recuerdo ni un solo acto de carácter religioso que no vaya acompañado de alguna implicación sociológica parecida más o menos directamente asociada a la principal función religiosa del acto. Su importancia estriba en el hecho de que convierte el acto en una obligación social además de constituir un deber religioso.

Podría continuar con el examen de algunas otras fases de la vida tribal y discutir más a fondo el aspecto legal de las relaciones domésticas expuestas más arriba o entrar de lleno en las reciprocidades de las grandes actividades, actos importantes, etc. Pero ahora debe haber quedado ya bien claro que los casos detallados previamente no son casos aislados y excepcionales, sino ejemplos representativos de lo que sucede en cada aspecto de la vida nativa.

(2) Véase la relación que hace el autor de *Mitamala*, la fiesta del retorno anual de los espíritus a su antiguo poblado en *Baloma; los espíritus de los muertos en las Islas Trobriand (Journal of the R. Anthrop. Institute*, 1916) —Revista del Instituto Real de Antropología—. Los ofrecimientos de comida que ya he mencionado aparecen en la página 378 de la susodicha revista.

IX

LA RECIPROCIDAD COMO BASE DE LA ESTRUCTURA SOCIAL

Ahora bien, modificando toda nuestra perspectiva y mirando las cosas desde el punto de vista sociológico, es decir, tomando aspectos sucesivos de la constitución de la tribu en vez de examinar las varias clases de sus actividades tribales, sería posible demostrar que toda la estructura de la sociedad de las Trobriand está fundada en el principio de *estado legal.* Con esto quiero decir que los derechos del jefe sobre los individuos particulares, del marido sobre la mujer, del padre sobre el hijo, y viceversa, no se ejercen arbitrariamente ni de un modo unilateral, sino de acuerdo con reglas bien definidas y dispuestas en cadenas de servicios recíprocos bien compensadas.

Incluso el jefe, cuyo cargo es hereditario, basado en tradiciones mitológicas altamente venerables, rodeado como está de un temor semireligioso acentuado por un principesco ceremonial de distancia, humillación y prohibiciones estrictas, que tiene mucho poder, riqueza y medios ejecutivos, tiene que someterse a normas fijas y está ligado por rigurosos vínculos legales. Cuando quiere declarar la guerra, organizar una expedición o celebrar una festividad, debe emitir convocatorias formales, anunciar públicamente su voluntad, deliberar con los notables, recibir el tributo, servicios y asistencia de sus súbditos en forma ceremonial y finalmente retribuirles de

acuerdo con una escala bien definida (1). Bastará mencionar aquí lo que ya se ha dicho del estado sociológico de matrimonio, de las relaciones entre marido y mujer y de la posición entre parientes políticos (2). Toda la división en clanes totémicos, en sub-clanes de carácter local y en comunidades de poblado está caracterizada por un sistema de servicios y deberes recíprocos en el cual los grupos desarrollan un juego de dar y tomar.

Lo que quizás es más notable en el carácter legal de las relaciones sociales es que la reciprocidad, el principio de dar y tomar, también reina supremo dentro del clan, ¡qué digo!, dentro del grupo de parientes más próximos. Tal y como hemos visto, la relación entre el tío materno y sus sobrinos, las relaciones entre hermanos, incluso la relación menos egoísta de todas o sea la de un hombre y su hermana, están todas y cada una de ellas fundadas en la mutualidad y la retribución de los servicios. Es precisamente este grupo el que ha sido acusado de "comunismo primitivo". El clan es a menudo descrito en la jurisprudencia primitiva como la única persona legal, el único cuerpo y entidad. "La unidad no es el individuo, sino el grupo; el individuo no es más que una parte del grupo", según palabras de Mr. Sidney Hartland. Esto es realmente cierto si tomamos en consideración esta parte de la vida social en la que el grupo de parientes — clan totémico, phratria, mitad o clase — participa en el juego de la reciprocidad frente a sus grupos coordinados. ¿Qué hay, pues, de la perfecta unidad dentro del clan? Aquí se nos ofrece la solución universal del

(1) Compárense para mayor detalle los varios aspectos de la jefatura que he señalado en el artículo citado *Economía Primitiva*, op. cit. *(Argonautas)* y los artículos sobre «Guerra» y «Espíritus» también previamente mencionados.

(2) Otra vez debo referirme a mis otras publicaciones en las que he tratado todos estos asuntos con detalle aunque no desde el punto de vista actual. Véanse los tres artículos publicados en *Psyche* de octubre 1923 *(La Psicología del Sexo en las Sociedades Primitivas)*; abril 1924 *(Psico-Análisis y Antropología)*; y enero de 1925 *(Complejo y Mito en el Derecho Materno)*, en los cuales se describen muchos de los aspectos de la psicología sexual y de las ideas y costumbres fundamentales de parentesco y relación. Los dos últimos artículos aparecen uniformados con este trabajo en mi *Sexo y Represión en la Sociedad Salvaje*, 1926.

predominante sentimiento de grupo cuando no del "instinto de grupo" el cual se considera especialmente ufano en esta parte del mundo que ahora nos ocupa habitada por "una gente dominada por un sentimiento de grupo como el que impulsa al melanesio" (Rivers). Como sabemos, éste es un concepto completamente equivocado. Precisamente dentro del grupo de parentesco más próximo es donde florecen las rivalidades, disensiones y el egoísmo más agudo que domina toda la tendencia de las relaciones de parentesco. Pronto volveré a este punto en busca de más hechos, pero de hechos mucho más demostrativos, con objeto de deshacer de una vez este mito de comunismo de parentesco, de la perfecta solidaridad dentro del grupo por descendencia directa, mito que ha sido reavivado recientemente por el doctor Rivers que, por consiguiente, implica cierto peligro de ganar aceptación general.

Una vez mostrado el alcance de los hechos a los que se aplica nuestro argumento y habiendo demostrado bien claramente qué *ley* cubre toda la cultura y constitución de la tribu de estos nativos, formulemos nuestras conclusiones de una manera coherente.

X

DEFINICION Y CLASIFICACION DE LAS REGLAS CONSUETUDINARIAS

Al principio de la Parte Primera se dieron ejemplos de las opiniones corrientes que atribuyen al hombre primitivo una obediencia automática a la ley. A esta suposición van asociadas algunas proposiciones más especiales que son universalmente corrientes en antropología y que, sin embargo, resultan fatales para el estudio del derecho primitivo.

En primer lugar, si el salvaje obedece las leyes de la costumbre debido a su incapacidad de romperlas, entonces no se puede dar una definición de ley, ni se puede señalar ninguna distinción entre reglas legales, morales, maneras y otros usos, ya que la única forma de clasificar las reglas de conducta es en relación con los motivos con que son respaldadas. De modo que basándose en la suposición de que el hombre primitivo presta una obediencia automática a todas las costumbres, la antropología tiene que renunciar a cualquier tentativa de introducir orden y clasificación en los hechos y esto precisamente es la primera tarea de la ciencia.

Ya hemos visto antes que Sidney Hartland considera que las reglas del arte, de la medicina, organización social, industria, etc., están irremisiblemente mezcladas y amontonadas en todas las sociedades salvajes tanto en la propia comprensión del nativo como en la realidad de la vida social. Este punto de vista lo destaca deliberadamente en varias ocasiones: "...La percepción de las semejanzas por parte del salvaje difiere mu-

cho de la nuestra. Él ve un parecido entre objetos que a nuestros ojos no tienen un solo punto en común" (l. c. p. 139). "Para el salvaje... el modo de actuar de una tribu es uno e indivisible... Ellos [los salvajes] no ven nada grotesco ni incongruente en publicar en nombre de Dios un código que combina prescripciones de ritual, moral, agricultura y medicina las cuales nosotros consideramos como prescripciones estrictamente jurídicas... Nosotros, por ejemplo, podemos separar la religión de la magia y la magia de la medicina, pero los miembros de la colectividad no hacen tales distinciones" (pp. 213, 214).

Sidney Hartland, cuando habla de todo esto, da lúcida y moderada expresión a las opiniones corrientes sobre la "mentalidad primitiva prelógica", "las confusas categorías del salvaje", y la general carencia de forma de la cultura primitiva. No obstante, estos puntos de vista sólo cubren una parte del caso, sólo expresan una verdad a medias — en lo que se refiere a la ley, tales conceptos mencionados aquí no son correctos —. Los salvajes tienen una clase de reglas obligatorias no dotadas de ningún carácter místico, que no son anunciadas en el nombre de Dios y que no son respaldadas por ninguna sanción sobrenatural, sino que sólo tienen una fuerza obligatoria puramente social.

Si consideramos la suma total de reglas, convenios y maneras de conductas como el cuerpo de costumbres, no hay duda alguna de que el nativo siente un gran respeto por todas ellas, una fuerte tendencia a hacer lo que los otros hacen, lo que todo el mundo aprueba y, si sus apetitos o intereses no le llaman o impulsan en otra dirección, seguirá la fuerza de la costumbre antes que cualquier otro camino. La fuerza del hábito, el temor de los mandatos tradicionales y su apego sentimental a todo ello, así como el deseo que siente de satisfacer la opinión pública, todo se combina para que la costumbre se obedezca por el solo hecho de serlo. Como puede verse, en esto los "salvajes" no difieren de los miembros de cualquier colectividad completa con un horizonte limitado, tanto si se trata de un *ghetto* (barrio de los judíos) de la Europa Oriental

como de un Colegio de Oxford o de una comunidad fundamentalista del Medio Oeste. Con todo, el amor a la tradición, el conformismo y la fuerza de la costumbre sólo explican hasta un punto muy limitado la obediencia a las reglas entre maestros, salvajes, campesinos o pescadores.

Limitémonos una vez más a los salvajes y veremos que entre los de las Islas Trobriand hay una cantidad de reglas tradicionales para instruir al artesano sobre la forma de ejercer su oficio. La forma inerte como estas reglas son obedecidas sin discusión se debe, por así decirlo, al "conformismo general de los salvajes", pero principalmente son obedecidas porque su utilidad práctica ha sido reconocida por la razón y atestiguada por la experiencia. Además, otras instrucciones sobre la manera de conducirse con los amigos, parientes, superiores, iguales, etc., son obedecidas porque el hombre que se aparta de ellas se siente y aparece ridículo, torpe y socialmente extraño a los ojos de los demás. Éstos son los preceptos de las buenas maneras que están muy desarrollados en Melanesia y a los que todos se adhieren muy estrictamente. Hay asimismo otras reglas para dictaminar las condiciones que deben imperar en los juegos, deportes, diversiones y festividades, reglas que son el alma y substancia de la diversión o actividad y que son observadas porque se siente y se reconoce que cualquier fallo en "seguir el juego" lo echa a perder, lo arruina — es decir, cuando el juego es verdaderamente un juego —. Como se habrá observado, en todo esto no hay fuerzas mentales de inclinación o de interés propio ni incluso de inercia que pudieran contrarrestar algunas de las reglas y hacer que su cumplimiento fuese una pesada carga. Es tan fácil seguir las reglas como no seguirlas y cuando se va a tomar parte en alguna actividad deportiva o de placer, sólo se la puede disfrutar si se obedecen todas sus reglas tanto de arte como de maneras y procedimientos del juego.

También hay normas que pertenecen a cosas sagradas e importantes, las reglas de los ritos mágicos, las pompas funerarias y cosas por el estilo. Estas normas están respaldadas

principalmente por sancionees sobrenaturales y por la fuerte convicción de que con las cosas sagradas nadie debe entremezclarse. Por una fuerza moral igualmente poderosa se mantienen ciertas reglas de conducta personal hacia los parientes, familiares de la casa y otros hacia los que se experimentan fuertes sentimientos de amistad, lealtad o devoción que refuerzan los dictados del código social.

Este breve catálogo no es ninguna tentativa de clasificación. Su propósito principal es indicar claramente que, además de las reglas de la ley, hay varios otros tipos de normas y mandatos tradicionales que están respaldados por motivos o fuerzas, principalmente psicológicas, o en todo caso completamente diferentes de aquellas que son características de la ley en aquella colectividad. Así, aunque en mi examen he enfocado la atención principalmente sobre la maquinaria legal, no he tenido ningún interés en demostrar que todas las reglas sociales son legales, sino todo lo contrario, he querido mostrar que las reglas de la ley no son sino una categoría bien definida dentro del cuerpo de costumbres.

XI

UNA DEFINICION ANTROPOLOGICA DE LA LEY

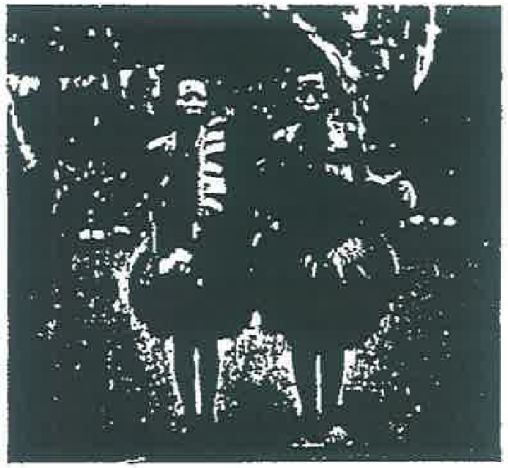
Las reglas de la ley sobresalen del resto por el hecho de que están consideradas como las obligaciones de una persona y los derechos legales de otra. No están sancionadas por una mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social de poderosa fuerza obligatoria que, como sabemos, está basada en la dependencia mutua y se expresa en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple. La manera ceremonial como se llevan a efecto la mayoría de las transacciones, que comprende apreciación y crítica públicas, ayuda todavía a su fuerza obligatoria.

Por lo tanto podemos ya descartar la opinión, el parecer de que el "sentimiento de grupo" o la "responsabilidad colectiva" sean la única e incluso la principal fuerza que asegura la adhesión a las costumbres de la tribu y las hace obligatorias o legales. Sin duda alguna, el *esprit de corps, la solidaridad*, el orgullo en la propia comunidad y clan existen entre los melanesios — en realidad sin ellos no hay orden social que se pueda mantener en ninguna cultura alta o baja — sólo quiero prevenir contra conceptos tan exagerados como los de Rivers, Sidney Hartland, Durkheim y otros, que harían de esta desinteresada, impersonal e ilimitada lealtad de grupo la piedra angular de todo el orden social en las culturas primitivas. El salvaje no es ni un "colectivista" extremo ni un "individua-

lista" intransigente sino que es, como todo hombre en general, una mezcla de ambos.

Así, pues, de lo expuesto hasta ahora se deduce que la ley primitiva no consiste exclusivamente, ni tan solo principalmente, en imposiciones, ni toda la ley de los salvajes es ley criminal. Y sin embargo se pretende que con la mera descripción de crimen y castigo el tema del derecho ya está agotado en lo que concierne a la comunidad salvaje. De hecho, el dogma de la obediencia automática, por ejemplo, de la absoluta rigidez de las reglas de la costumbre implica una exageración de la ley criminal en las comunidades primitivas y su correspondiente negativa de la posibilidad de una ley civil. Las reglas absolutamente rígidas no pueden ser aplicadas o adaptadas a la vida ni necesitan ser impuestas, pero pueden quebrantarse. Incluso los que creen en una super-legalidad primitiva deben admitir este punto. De aquí que el crimen sería el único problema legal que se puede estudiar en las comunidades primitivas; no habría ley civil entre los salvajes ni jurisprudencia civil alguna que la antropología pudiese investigar. Este concepto ha predominado en los estudios comparativos de la ley desde Sir Henry Maine hasta las más recientes autoridades en la cuestión, tales como el Prof. Hobhouse, el doctor Lowie y también en Sidney Hartland. De este modo, leemos en el libro de Hartland que en las sociedades primitivas "el núcleo de la legislación es una serie de *tabús*" y que "casi todos los códigos primarios consisten en prohibiciones" (*Ley Primitiva*, p. 214). Y también que "la creencia general en la certeza de un castigo sobrenatural y la alienación de la simpatía del prójimo generan una *atmósfera de terror* que es más que suficiente para prevenir cualquier infracción de las costumbres tribales..." (pág. 8, la bastardilla es mía). No hay tal "atmósfera de terror" excepto quizás en el caso de algunas muy pocas reglas excepcionales y sagradas de ritual y de religión, y por otra parte la infracción de las costumbres de la tribu se previene por medio de un mecanismo especial

Grabado III



Exhibición de dolor obligatoria en los ritos de duelo.

cuyo estudio es el verdadero terreno de la jurisprudencia primitiva.

Hartland no es el único autor que opina así. Steinmetz, en su interesante y competente análisis del castigo primitivo, insiste en la índole criminal de la primitiva jurisprudencia y en la naturaleza mecánica, rígida, no dirigida y no intencional de los castigos impuestos así como de su base religiosa. Sus opiniones son plenamente compartidas por los grandes sociólogos franceses Durkheim y Mauss, quienes añaden una cláusula más: la de que la responsabilidad, la venganza, en realidad todas las reacciones legales están basadas en la psicología del grupo y no del individuo (1). Incluso sociólogos tan agudos y bien informados como el profesor Hobhouse y el doctor Lowie, este último que conoce a los salvajes por experiencia propia, parecen seguir la tendencia general del momento en sus capítulos sobre la justicia en las sociedades primitivas que, por otra parte, son excelentes.

En nuestro propio terreno sólo hemos encontrado hasta ahora mandamientos positivos cuya violación es sancionada, pero no propiamente castigada, y cuya maquinaria ni por los métodos de Procrustes * puede ser retirada más allá de la línea que separa *la ley civil* de *la ley criminal*. Si hemos de etiquetar las reglas descritas en estos artículos de una forma moderna y por lo tanto necesariamente inapropiada, entonces llamémoslas el cuerpo de la "ley civil" de los nativos de las Islas Trobriand.

La ley civil, la ley positiva que gobierna todas las fases

---

(1) Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe*, 1894; Durkheim en *L'Année Sociologique*, I, págs. 353 y sig.; Mauss en *Revue de l'Histoire des Religions*, 1897.

* *N. del T.*: Procrustes, personaje de la leyenda griega, era un bandido del Ática que colocaba a sus víctimas sobre una cama de hierro; si la excedían, cortaba la parte que sobresalía y, si eran más pequeños o cortos, los estiraba hasta hacerles ocupar exactamente la cama. Esta experiencia indica la aplicación no inteligente, a rajatabla, de principios generales sin tener en cuenta las naturales variaciones de casos e individuos.

de la vida de la tribu, consiste por lo tanto en un cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes en la estructura de la sociedad. Estas reglas de la ley civil son elásticas y poseen una cierta amplitud. No sólo castigan el fracaso sino que premian a los que cumplen con esplendidez. La rigurosidad en su cumplimiento se asegura por la apreciación racional de causa y efecto por parte del nativo combinada con cierto número de sentimientos sociales y personales tales como ambición, vanidad, orgullo, deseo de destacarse por la exhibición y también por el cariño, amistad, devoción y lealtad al allegado.

Casi es innecesario añadir que la "ley" y los "fenómenos legales" tal como los hemos descubierto, descrito y definido en una parte de Melanesia, no constituyen instituciones independientes. La ley es mejor un aspecto de su vida tribal, una fase de su estructura, que sistemas independientes, socialmente completos en sí mismos. La ley no estriba en un sistema especial de decretos que prevén y definen cualquier forma posible de su incumplimiento y que proporcionan las barreras y remedios necesarios al caso, sino que la ley es el resultado específico de la configuración de obligaciones que hacen imposible al nativo el eludir sus responsabilidades sin sufrir por ello en el futuro.

XII

SOLUCIONES LEGALES ESPECIFICAS

Las raras disputas que a veces tienen lugar toman la forma de un intercambio público de reconvenciones *(yakala)* donde las dos partes contendientes, asistidas por amigos y parientes, se encuentran, se arengan una a otra y se lanzan recriminaciones mutuas. Estos litigios permiten dar rienda suelta a los sentimientos de la gente a la par que muestran la tendencia de la opinión pública, todo lo cual ayuda a resolver las disputas. Sin embargo, a veces parece como si sólo sirviesen para endurecer más a los litigantes. En ningún caso hay un tercero que pronuncia una sentencia definida y raramente se llega a un acuerdo en aquel mismo momento. El *yakala* es por lo tanto un arreglo legal especial de pequeña importancia que en realidad no llega al corazón de la compulsión legal.

Se pueden mencionar aquí algunos otros mecanismos legales. Uno de ellos es el *kaytapaku*, la protección mágica de la propiedad por medio de maldiciones condicionales. Cuando un hombre posee cocoteros o palmeras de areca en puntos distantes donde es imposible vigilarlos, pega una hoja de palmera al tronco del árbol como indicación de que ha proferido una fórmula que automáticamente traerá desgracias, males, dolencias, etc., al ladrón. Otra institución que tiene un lado legal es la *kaytubutabu*, una especie de magia practicada sobre todos los cocoteros de una colectividad para inducir su fertilidad, por lo general cuando se aproxima una fiesta. Esta magia

lleva consigo la prohibición estricta de recoger los cocos o de participar de ellos incluso cuando son importados. Una institución similar es la *gwara* (1). Se planta un palo largo en el arrecife, que representa la prohibición de exportar ciertos objetos valiosos, intercambiados ceremonialmente en el *kula*, mientras que por el contrario, su importación es fomentada. Esto es una especie de moratoria que suspende todos los pagos sin interferencia alguna con los recibos mientras que también aspira a una acumulación de objetos valiosos ante una gran distribución ceremonial. Otro aspecto legal importante es una especie de contrato ceremonial llamado *kayasa* (2). Aquí, el jefe de una expedición, el director de una fiesta o el promotor de una aventura industrial ofrece una gran distribución ceremonial. Los que participan en ella y se benefician de su generosidad y munificencia están en la obligación de ayudar al jefe durante todo el tiempo que dura la empresa.

Todas estas instituciones, *kayasa*, *kaytapaku* y *kaytubutabu* comportan vínculos especiales. Pero ni aun éstos son exclusivamente legales. Sería un grave error tratar del tema de la ley limitándonos a una sencilla enumeración de estos pocos arreglos, cada uno de los cuales sirve un fin esepcial y cumple una función muy parcial. La incumbencia principal de la ley estriba en el mecanismo social que se encuentra en la base de todas las obligaciones verdaderas y cubre una porción muy vasta de sus costumbres, aunque ni mucho menos todas ellas, como ya sabemos.

(1) Véase la relación de esta institución en *Argonautas del Pacífico Occidental* (referencias en Indice s. v. *Gwara*). También algunas descripciones en *Melanesios* del Prof. Seligman, y en la obra del presente autor *Los Nativos de Mailu* (Trans. S. Sociedad del Sur de Australia, vol. 39) sobre la *gala o gora* entre los papue-melanesios occidentales.

(2) *Argonautas*. Véase en el Indice s. v. *Kayasa*.

XIII

CONCLUSION Y PRONOSTICO

Hasta ahora he tratado sólo de un sector de Melanesia y naturalmente las conclusiones a que he llegado tienen un alcance limitado. Estas conclusiones, sin embargo, están basadas en hechos observados por un método nuevo y han sido consideradas desde un nuevo punto de vista con objeto de estimular a otros observadores a seguir una línea de estudio similar en otras partes del mundo.

Resumamos el contraste que hay entre los puntos de vista corrientes sobre este tema y los hechos aquí presentados. En la moderna jurisprudencia antropológica se afirma universalmente que todas las costumbres son ley para el salvaje y que éste no tiene más ley que sus costumbres, al mismo tiempo que obedece automática y rígidamente todas las costumbres por pura inercia. Por lo tanto no hay ley civil ni su equivalente en las sociedades salvajes. Los únicos hechos relevantes son las ocasionales infracciones en desafío de las costumbres — los delitos —. No hay mecanismo de imposición de las reglas primitivas de conducta excepto el castigo del delito flagrante. La antropología moderna ignora y aún a veces explícitamente niega la existencia de normas sociales de ninguna clase o de motivos psicológicos que hagan obedecer al hombre primitivo y cumplir con cierta clase de costumbres por razones puramente sociales. Según Hartland y todas las demás autoridades, las sanciones religiosas, los castigos sobrenaturales, la

responsabilidad del grupo y solidaridad, el *tabú* y la magia son los principales elementos de la jurisprudencia en las sociedades salvajes.

Como he indicado más arriba, todos estos argumentos son, o bien directamente equivocados, o sólo parcialmente ciertos, o por lo menos puede decirse que colocan la realidad de la vida nativa en una falsa perspectiva. Quizás no sea ya necesario seguir arguyendo que no hay hombre, por "salvaje" y "primitivo" que sea, que actúe contra sus propios instintos, u obedezca *sin saberlo* una ley que astutamente se siente inclinado a evadir o voluntariamente a desafiar; o que actúe *espontáneamente* en forma contraria a todos sus apetitos e inclinaciones. La función fundamental de la ley es contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria no espontánea; en otras palabras, asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin común. Una fuerza nueva, diferente de las inclinaciones innatas y espontáneas, debe estar presente para que esta tarea se lleve a cabo.

A fin de hacer que esta crítica negativa sea concluyente, hemos presentado un caso concreto para mostrar los hechos de la ley primitiva tal como son y hemos mostrado en qué consiste la naturaleza obligatoria de las reglas legales primitivas.

El melanesio de la región que aquí tratamos siente incuestionablemente el mayor respeto por las costumbres de su tribu y la tradición como tal. De este modo se puede conceder mucho a las viejas teorías del principio. Todas las reglas de su tribu, triviales o importantes, agradables o pesadas, morales o utilitarias, son consideradas por él con reverencia y sentidas como obligatorias. Pero la fuerza de la costumbre, el atractivo de la tradición por sí solos no serían bastante para contrarrestar las tentaciones del apetito, la codicia o los dictados del interés personal. La mera sanción de la tradición — el conformismo y el conservatismo del "salvaje" — opera a menudo y opera

sola en la imposición de usos y costumbres, así como en la conducta pública y privada en todos los casos donde son necesarias algunas reglas para establecer el mecanismo de la vida común y la cooperación junto con procederes ordenados — es decir, opera donde no hay necesidad de inmiscuirse con el interés personal y la inercia, o de hostigar a acciones desagradables o detener propensiones innatas.

Hay otras reglas, dictados e imperativos que requieren y tienen su tipo especial de sanciones además del mero atractivo de la tradición. Los nativos de la parte de Melanesia que hemos descrito tienen que ajustarse, por ejemplo, a un tipo de ritual religioso muy estricto, especialmente en entierros y en lutos. Hay también imperativos de conducta entre parientes. Y finalmente hay la sanción del castigo tribal ocasionado por una reacción de cólera e indignación de toda la colectividad. La vida humana, la propiedad y por último, aunque no menor en importancia, el honor personal, están salvaguardados, en una comunidad melanesia, por esta sanción del castigo tribal, lo mismo que tales instituciones como jefatura, exogamia, rango y matrimonio que desempeñan un papel principalísimo en la constitución de sus tribus.

Cada clase de reglas mencionadas se distingue de las restantes por sus sanciones y por su relación con la organización social de la tribu y de su cultura. Estas reglas no forman esa masa amorfa de usos de la tribu o "conglomerado de costumbres" del que tanto hemos oído hablar. Esta última categoría, las reglas fundamentales que salvaguardan la vida, la propiedad y la personalidad forman la clase que se puede descubrir como "ley criminal", muy a menudo exagerada por los antropólogos y falsamente asociada con el problema de "gobierno" y "autoridad central" e invariablemente arrancada de su contexto propio de otras reglas legales, ya que — y aquí llegamos al punto más importante de todos — existe una clase de reglas obligatorias que regulan la mayoría de los aspectos de la vida de la tribu y las relaciones personales entre parientes, miembros del mismo clan y de la misma tribu, que fijan

las relaciones económicas, el ejercicio del poder y de la magia, el estado legal de marido y mujer y de sus respectivas familias. Estas son las reglas de una comunidad melanesia que corresponde a nuestra ley civil.

No hay sanción religiosa a estas reglas, ni miedo, supersticioso o racional, que las haga cumplir, ni castigo tribal en caso de que alguien las infrinja, ni siquiera el estigma de la opinión pública o de la censura moral. Ahora pondremos al descubierto las fuerzas que hacen cumplir estas reglas y veremos que no son simples, pero sí claramente definibles, que no pueden describirse con una sola palabra o concepto, pero muy reales de todos modos. Las poderosas fuerzas compulsivas de la ley civil de Melanesia hay que buscarlas en la concatenación de las obligaciones, en el hecho de que están ordenadas en cadenas de servicios mutuos, un dar y tomar que se extiende sobre largos períodos de tiempo y cubre amplios aspectos de interés y actividad, añadiéndose a todo esto la forma conspicua y ceremoniosa como tienen que cumplirse la mayor parte de las obligaciones legales. Esto es efectivo porque afecta la vanidad y el amor propio, y el deseo de autoafirmación y ostentación de la gente. Resulta, pues, que el poder compulsivo de estas reglas procede de la tendencia psicológica natural por el interés personal, de la ambición y de la vanidad puestos en juego por un mecanismo social especial dentro del que se enmarcan estas acciones obligatorias.

Con una "definición mínima" de la ley, más amplia y más elástica, no hay duda alguna de que se descubrirán nuevos fenómenos legales del mismo tipo que los encontrados en el noroeste de Melanesia. No hay duda de que las costumbres no se basan sólo en una fuerza universal indiferenciada, ubicua, esta inercia mental, aunque esto existe indudablemente y añade su parte a las otras compulsiones. En todas las sociedades debe haber una clase de reglas que son demasiado prácticas para ser apoyadas por las sanciones religiosas, demasiado pesadas para ser dejadas meramente a la buena voluntad y demasiado personalmente vitales para los individuos para que

cualquier agencia abstracta pueda hacerlas cumplir. Este es el terreno de las reglas legales y me aventuro a predecir que se encontrará que la reciprocidad, la incidencia sistemática, la publicidad y la ambición serán los factores principales en la poderosa maquinaria de la ley primitiva.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1984

ESTUDIOS EN MEMORIA DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO

ENRIQUE BARROS *

I

La doctrina jurídica ha vacilado permanentemente entre dos formas de entender el derecho: (1) la comprensión a partir de principios, de los cuales se derivan por argumentación los otros componentes del orden jurídico, y (2) su descripción como un conjunto de reglas concretas y relativamente particularizadas.

La distinción entre reglas y principios discrimina entre diversos tipos de directivas o pautas de conducta. No se refiere al problema clásico de si el derecho debe ser entendido desde el punto de vista de su fundamentación o legitimidad, como afirman las doctrinas del derecho natural, o de su realidad como instrumento de ordenación, como afirman las teorías del derecho positivo.

Pero si bien las distinciones entre derecho natural y derecho positivo, por un lado, y entre reglas y principios, por el otro, corresponden a diferentes preguntas, es posible establecer ciertas correlaciones entre ellas. Las doctrinas del derecho natural plantean la pregunta por la fundamentación del derecho y su forma usual de razonar es partir de principios. Las teorías del derecho positivo ignoran los problemas de fundamentación, limitándose a describir los caracteres comunes de los derechos positivos vigentes, y tienden a adoptar como unidad de análisis las normas o las reglas.

Este trabajo atiende sólo implícitamente a tales correlaciones. Su objetivo es mostrar las diferencias entre el comportamiento conforme a una regla y el que sigue a un principio. Luego se plantean algunas

* Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Munich.

tesis acerca de la forma como las reglas y principios coactúan en un sistema jurídico.

II

Uno de los temas más recurrentes del derecho, la filosofía moral y las ciencias sociales es el dilema entre elasticidad y precisión de las pautas de conducta.

Si se recorren esas disciplinas se comprueba que los principios y valores, por un lado, y las reglas o normas, por el otro, son los conceptos que mejor expresan, respectivamente, esas características de elasticidad y precisión.

Las reglas o normas son entendidas como directivas precisas, cuya aplicación es más bien "formal", "lógica", "mecánica", "literal" y "restrictiva". A los principios se asocia, por el contrario, una aplicación "argumentativa", "teleológica", "creadora" y "evolutiva".

En verdad, la distinción es típica y no clasificatoria. Las reglas pueden ser imprecisas por la vaguedad de su formulación o por lo sorpresivo e impredecible de las situaciones en que se aplican. A su vez, la argumentación a partir de un principio puede ser bastante conclusiva, especialmente en situaciones límites, como lo muestra el desarrollo comparado del derecho constitucional.

De hecho, entonces, las reglas y los principios pueden ser mejor concebidos como extremos de un continuo, que como alternativas radicales de ordenación. Con todo, la distinción es ilustrativa de formas diferentes de actuación del derecho y, en general, del orden social.

La actuación de un principio es usualmente más imprecisa que la de una regla. Una regla puede definir con bastante exactitud las condiciones de su aplicación. Las normas del tránsito que fijan velocidades máximas, las que establecen los plazos procesales o señalan la forma de ejecutar ciertos actos son típicas en tal sentido. Por el contrario, un principio, con el de buena fe o el del debido proceso, contiene sólo orientaciones generales, sin precisar los casos o situaciones particulares a los que se aplica.

Expresado en términos lógicos, a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos "mejor" y "peor", mientras que a las reglas subyace una lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa "si/no".

Esta diferencia hace de los principios factores activos, dinamizantes, que son usados para fundamentar decisiones o reglas particulares. Un principio es el punto de partida de una argumentación. Es el sustento de un razonamiento que orienta el entendimiento hacia una conclusión más particular.

La regla, por el contrario, puede ser concebida como una pauta de conducta cuya aplicación es más neutral, pues no exige deliberación. Ello se expresa en la formulación lingüística de las reglas como juicios hipotéticos: dada cierta circunstancia, se debe actuar de cierta manera. Por eso, la aplicación de la regla es, típicamente, un problema de constatación de los hechos y no uno de razonamiento.

Atendida su función, los principios no se expresan en juicios hipotéticos, como las reglas, sino en juicios categóricos. Mientras la regla se expresa en la fórmula "si a, entonces b", el principio contiene una prescripción implícita que, dicho metafóricamente, aspira a ser aplicada en todas las situaciones posibles.

La expresión categórica de un principio, sin embargo, no impide que otro principio, enunciado también en forma categórica, actúe en un sentido contrario. Caso típico son los conflictos entre libertad e igualdad, entre seguridad jurídica y buena fe, entre soberanía popular y constitucionalismo. En suma, posee pleno sentido afirmar que dos principios son contradictorios entre sí y, sin embargo, son simultáneamente válidos. La idea de justicia, aplicada al orden social, busca precisamente encontrar una ordenación y equilibrio entre diversos principios.

Algo distinto ocurre con las reglas. Si una regla prescribe que se debe pagar un 20% de impuesto a las ventas y servicios y otra posterior señala que se debe pagar un 10%, se estima que la segunda regla deroga tácitamente a la primera, pues el solo hecho de que sean contradictorias provoca la invalidez de alguna de ellas. Las técnicas para resolver conflictos entre reglas (derogación tácita, jerarquía, especialidad) se basan precisamente en la idea de que dos reglas incompatibles no pueden coexistir.

Las reglas, al expresarse típicamente en la alternativa "si/no", establecen una especie de esquematización binaria, que es la más simple de las formas de pensar. Por eso, el modelo de las reglas no soporta contradicciones. Así, un sistema de reglas formuladas en un lenguaje suficientemente preciso es idealmente algo muy similar a un modelo cibernético.

Sin embargo, el modelo de las reglas debe hacerse cargo de las dificultades que pueden surgir al aplicar un precepto. La vaguedad de la formulación o la imprevisibilidad de las situaciones impiden frecuentemente que la aplicación sea un acto puramente "lógico". De ahí que se afirme que todo acto de aplicación pueda implicar simultáneamente un acto de creación. La aplicación propiamente tal se mueve en el campo de lo unívoco y de lo previsible. Más allá de eso, ocurre un acto de creación que no sigue criterios jurídicos preestablecidos. Técnicamente, lo que no es aplicación de una regla aparece como decisión discrecional.

El modelo de los principios, por el contrario, tiende a entender la aplicación del derecho como un acto de razonamiento, que se expresa en una argumentación. Desde esta perspectiva, toda decisión debe ser justificada. La idea de decisión correcta excluye necesariamente el decisionismo y la discrecionalidad. Aun los casos más atípicos deben ser resueltos de conformidad a algún criterio aceptable, que justifique la decisión.

III

Un buen camino para analizar el valor relativo de las reglas y de los principios en el derecho consiste en imaginar un orden jurídico compuesto solamente por unas u otros.

La doctrina positivista ha afirmado desde hace casi 200 años que el derecho es un sistema de reglas, predominante o exclusivamente creadas por el poder público. La fuerza de convicción de esta teoría radica en el hecho, bastante evidente, de que toda sociedad relativamente estable posee reglas jurídicas precisas acerca de la mayoría de los aspectos claves de la vida social: la atribución y organización del poder público; las conductas penadas; la forma de la propiedad y la extensión de los derechos que a ella se vinculan; los otros derechos básicos de las personas; los efectos de los contratos; el manejo de la economía nacional y muchas otras materias.

La mayoría de estas reglas son seguidas por las personas, los funcionarios y los jueces, sin preguntarse por su justificación. Ellas son consideradas como partes integrantes del sistema jurídico con la mayor espontaneidad. El criterio predominante es haber sido formalmente promulgadas, lo que evita la discusión de fondo acerca de su razonabilidad. Siguiendo a Luhmann, puede afirmarse que el derecho crea

una legitimidad mediante procedimientos. La teoría jurídica de la validez expresa esta característica distintiva del derecho en una sociedad moderna.

Es obvio que hay situaciones en que se plantean preguntas inquietantes acerca de la regla aplicable. Pero cuando tales preguntas adquieren dimensiones generalizadas, se trata más bien de un síntoma de debilidad que de fortaleza de las instituciones afectadas por la duda. Cuando la duda alcanza a las reglas que constituyen el poder público, puede llegar a hablarse, con Hart, de estados patológicos del sistema jurídico.

En otras palabras, el derecho es un poderoso instrumento para crear certeza. Así lo entendió Millas, al afirmar que el valor jurídico por excelencia era la seguridad.

La teoría social contemporánea adopta, en buena parte, la misma perspectiva. El mundo moderno ha devenido en extremo complejo y diversificado. De ahí que sea cada vez más difícil reconstruir la multiplicidad de relaciones e intercambios posibles en un sistema unívoco de principios. Un orden basado exclusivamente en principios es demasiado inestable e imprevisible. En una sociedad moderna, ello es cada vez menos viable. La sociedad moderna no puede ser simbolizada por un orden de principios o valores unívocos y jerarquizados. Los principios que rigen la familia, la economía pública, los contratos privados, la política, la pasión o la ciencia no son intercambiables. Al interior de cada grupo o sistema de relaciones, tampoco existen relaciones fijas entre principios y reglas, de modo que éstas puedan inferirse inequívocamente de aquéllos.

Aquí radican también las dificultades de concebir el derecho desde la perspectiva de una ideología. Las ideologías pretenden reducir la complejidad del orden social mediante la formulación de un conjunto de principios simples. Todas las instituciones y reglas vigentes son juzgadas a partir de la crítica radical impuesta por dichos principios. El resultado de los intentos históricos de crear un orden jurídico por completo renovado, que responda a estos principios intransables e inconmensurables, es generalmente un creciente decisionismo. Bajo la apariencia de una vinculación a verdades más profundas, el abandono de la idea de regla provoca que incluso las acciones más atroces, puedan ser argumentativamente justificadas. De ahí que la vigencia inmediata e incondicionada de principios, especialmente en los períodos más ideologizados de las revoluciones, derive con facilidad en situaciones que

pueden ser calificadas, sin mucha polémica, de desaparición o decadencia del derecho.

La comprensión del derecho como un conjunto de principios fracasa, en consecuencia, en sus dos extremos: si se adoptan principios simples y unívocos, porque ello significa sacrificar, a veces brutalmente, otros principios o valores; si se adopta una actitud más diferenciada, porque la incertidumbre alcanza rápidamente el grado de lo insoportable.

De ahí que la definición de derecho no pueda prescindir de la idea de regla. La circunstancia de que las reglas sean seguidas sin necesidad de preguntarse por su legitimidad, no significa un defecto, sino más bien una ventaja, atendido el horizonte limitado de la experiencia y la razón.

Al igual que otras instituciones, la vigencia del derecho se muestra en la naturalidad con que seguimos y usamos las reglas más diversas, sin plantearnos el problema de su legitimidad o justificación. La circunstancia de que la ciencia del derecho por excelencia sea también denominada "dogmática", expresa la naturaleza de dicha vinculación.

IV

Una actitud moderada respecto del valor regulativo de los principios lleva a respetar la tradición analítica, que, desde Austin, concibe el derecho como un conjunto de reglas.

Esta tradición logra dar cuenta de algunas características básicas del derecho como orden normativo: (1) la existencia de procedimientos para crear certeza acerca de las pautas de conducta; (2) el predominio contemporáneo de la legislación, como instrumento para crear esas certezas y para la innovación jurídica y (3) el carácter estrictamente técnico de muchas reglas del derecho, lo que hace que la fundamentación de dichas normas sea política y no jurídica.

Sin embargo, el modelo de las reglas, al ser presentado como una descripción que da cuenta del "concepto" de derecho, incurre en la simplificación al reducir la descripción a una única unidad de análisis.

Considerado como un sistema de reglas, el derecho sólo presenta una estructura externa, compuesta por una cadena de validaciones entre normas de superior e inferior jerarquía. Desde el punto de vista

de los contenidos, las reglas sólo presentan exigencias de coherencia, en tanto, como se ha visto, dos reglas contradictorias entre sí no pueden ser simultáneamente válidas. Pero tales relaciones son excepcionales y meramente negativas: una regla no puede contradecir a otra. En definitiva, las reglas son concebidas como prescripciones yuxtapuestas. Luhmann las ha definido como programas condicionales. En el esquema cibernético de un sistema de reglas no existen relaciones de significado o de sentido entre ellas. El sentido de cada regla es independiente del de las otras. El intento de descubrir principios ordenadores es descalificado como una ilusión o como una ideología.

De acuerdo con este concepto, las reglas carecen de la plasticidad necesaria para que su ámbito de aplicación se vaya modificando con motivo de su aplicación. El cambio o desarrollo del derecho sólo se produce por la vía de una decisión que introduce una nueva regla al sistema.

Es obvio que en muchos ámbitos del derecho existen reglas que son rígidas, formales y estrictamente subsumtivas. Las normas de un arancel aduanero o las reglas que se señalan las formalidades para citar a una junta de accionistas responden a criterios técnicos para la obtención de fines que son, por así decirlo, ajenos a la regla misma. Para aplicar la regla no es necesario, ni siquiera posible, recurrir a las razones que llevaron a su dictación. El moderno estado tecnocrático opera en gran medida mediante reglas de este tipo. Al aplicar la regla no es posible discurrir acerca de los objetivos de quien la dictó. La maraña de información y de opciones políticas es impenetrable por el derecho. La regla es, en estos casos, un programa de conducta que se agota en su formulación.

La dificultad de las doctrinas jurídicas analíticas radica en que las reglas de este tipo no son las únicas, tampoco las más importantes del orden jurídico. Ellas ocupan, sin duda, un lugar preferente en los ámbitos donde el derecho cumple una función prescriptiva y planificadora. Allí, el cambio, la adaptación o el desarrollo del derecho se produce, casi exclusivamente, por medio de decisiones legislativas o administrativas que agregan o derogan prescripciones.

Por el contrario, la parte central del derecho —el derecho constitucional, el civil y el penal— se compone más bien de reglas conectadas significativamente entre sí. Las reglas del derecho de los contratos, por ejemplo, responden a ciertas orientaciones comunes: respeto a la palabra empeñada, libertad contractual, buena fe, responsabilidad

por culpa, distribución de riesgos y muchas otras. Es cierto que estas orientaciones pueden estar en conflicto, pero, así y todo, las reglas más importantes pueden ser entendidas, si uno se pone a indagar, como opciones por algún principio regulador.

Es cierto que para conocer la regla no es necesario, en general, recurrir al principio o criterio de justicia que la inspira. De ahí que en áreas muy desarrolladas del derecho, como es el caso del derecho civil, el puro conceptualismo sea siempre una alternativa insuficiente, pero posible. La pureza conceptual de una ley rigurosamente concebida evita recurrir, en casos normales, al principio (o al criterio práctico) que permite explicar la regla respectiva. Así, frecuentemente las reglas pueden ser aplicadas con toda evidencia y facilidad, por sutil que sea su fundamento de justicia.

Los límites del conceptualismo se visualizan, por eso, en los casos dudosos, sea (1) porque la formulación de la regla es vaga, (2) porque el caso es de tal modo novedoso o imprevisible que se estima que no hay regla que le sea aplicable, o (3) porque simplemente la aplicación subsuntiva de la regla competente aparece como inicua.

Es precisamente con ocasión de los casos que generan estas controversias que se muestra el valor regulativo de los principios. Las reglas, consideradas como meros programas de conducta, no se desarrollan; son estáticas. Los principios, decía Pound, son la parte vital, activa e innovadora del derecho. Y son también su núcleo más permanente. Los regímenes políticos —por consiguiente, también las reglas superiores de organización del Estado— cambian con más frecuencia que los principios del derecho político. Las reglas con que se instrumentalizan las políticas macroeconómicas son completamente fungibles, a diferencia de los principios del derecho de los contratos o de la teoría del delito, que van cambiando su lugar relativo y son sustituidas con mayor lentitud, al modo de los fenómenos culturales espontáneos.

Eso mismo permite recurrir a los principios con alguna seguridad en casos controvertidos. Su existencia se muestra en la posibilidad de introducirlos sin mayor polémica en una argumentación, sea para apoyar una interpretación posible de una regla, sea para formular una regla aún no existente.

La tendencia de las doctrinas analíticas a concebir el derecho simplemente como un conjunto de reglas yuxtapuestas tropieza, en ámbitos centrales del orden jurídico, con la dificultad de tener que ignorar la forma como se resuelven los casos más interesantes que ocupan

a los tribunales, esto es, aquéllos cuya solución no aparece de antemano como enteramente unívoca.

V

Sin ánimo de exhaustividad, me parece que las relaciones entre reglas y principios, en un orden jurídico relativamente complejo, pueden expresarse en las proposiciones que siguen:

1. Todo sistema jurídico, en funcionamiento normal, consiste básicamente en un conjunto de reglas.

Estas reglas definen, con diversos grados de precisión, los derechos y deberes de las personas y las competencias para crear nuevas reglas.

La indefinición o incertidumbre de las reglas que establecen tanto las competencias, como los derechos y deberes básicos puede ser calificada, sin mucha discusión, como decadencia del derecho. Esta decadencia se expresa en anarquía, si se refiere a las reglas de competencia, o en arbitrariedad, si se refiere a las reglas sustantivas.

2. Las reglas del derecho adquieren su dignidad jurídica, esto es, su calidad de elementos del orden jurídico, en virtud de procedimientos formales que acreditan su existencia.

Las principales formas de introducir nuevas reglas son el acto legislativo, cualquiera sea su jerarquía, y el precedente judicial.

Mientras no medie este reconocimiento formal, los usos, costumbres e ideas normativas no son lo suficientemente ciertos como para ser calificados como reglas del derecho.

3. Las reglas de derecho pueden ser aplicadas usualmente sin necesidad de recurrir a sus fundamentos prácticos o de principio.

La aplicación de la regla ocurre, por lo general, según el significado más obvio de su expresión lingüística.

Así, la idea de subsumción expresa, con bastante aproximación, la práctica poco discursiva como calificamos habitualmente un caso de conformidad a una regla.

4. Con todo, existen por lo menos tres grupos de situaciones en que, para resolver un caso, puede ser necesario recurrir a criterios que trascienden la mera aplicación de la regla: la vaguedad en la formulación de la regla, la imprevisibilidad del caso y la iniquidad manifiesta de la interpretación más obvia.

En las tres situaciones el resultado final perseguido es la introducción de una nueva regla por vía judicial.

5. Los principios, como las razones estrictamente prácticas, tienden a modificar el statu-quo, introduciendo por vía de argumentación una nueva regla al sistema jurídico. También pueden ser usados, desde luego, para apoyar la interpretación más obvia de una regla.

La función de los principios es dar una estructura material consistente a los diversos ámbitos normativos. De ahí que sólo excepcionalmente un principio recorra todo el orden jurídico. Ocurre más bien que cada ámbito regulativo tiene sus propios principios. Sólo dentro del campo del derecho civil, por ejemplo, los principios del derecho de los contratos, de la responsabilidad civil, de la propiedad o del régimen de bienes del matrimonio no son intercambiables entre sí.

6. Incluso dentro de estos ámbitos restringidos, los principios pueden estar en conflicto entre sí. De ahí que difícilmente una argumentación de acuerdo a principios sea conclusiva, como suele serlo la que se realiza de acuerdo a una regla.

Los conflictos entre principios obligan a argumentar en términos de intensidad y relevancia de los mismos respecto del caso. Para medir la intensidad y relevancia es necesario recurrir complementariamente a argumentos prácticos, esto es, considerar las consecuencias que se siguen de preferir uno u otro principio.

La argumentación práctica y la conforme a principios son complementarias y no alternativas. Ambas tienden a dar razones para la fundamentación de una regla.

7. La pertenencia de un principio al sistema jurídico no se determina en la misma forma que en el caso de las reglas.

Las reglas siguen criterios formales de validez. Para establecer la existencia de una regla basta comprobar si el acto de su creación ha seguido los procedimientos previstos por el orden jurídico.

Ello no vale necesariamente para los principios. Su formulación en declaraciones o constituciones no es ninguna garantía de vigencia. La pertenencia de un principio al orden jurídico se muestra en la naturalidad con que pueda ser introducido eficazmente en una argumentación, sin necesidad de tener que justificar su empleo. Los principios suponen cierto consenso, el que necesariamente es espontáneo.

Así, un principio existe en la medida en que sea generalmente aceptable o no discutible su uso para fundamentar argumentativamente una regla.

El disenso acerca de los principios impide su uso no controvertido, lo que es equivalente a su carencia de valor jurídico. Un fuerte disenso acerca de los principios tiende a reducir el derecho sólo a decisiones autoritarias, tal como lo concibe la tradición jurídica analítica.

8. La solución de un conflicto de acuerdo a un principio está sujeta a una exigencia de justicia formal: la argumentación judicial tiene el imperativo implícito de universalidad, esto es, de que el criterio (la regla) de solución de un caso debe aplicarse también a los casos semejantes.

Por eso, el precedente tiende a ser regla de derecho, cualquiera sea el reconocimiento formal que se le otorgue como fuente del derecho.

De los principios devienen reglas precisamente a través de los precedentes judiciales.

El menor valor que se le puede reconocer al precedente es que si se desea desconocerlo, se debe soportar el peso de la argumentación. Y esa especie de presunción de validez es típica de las reglas.

En definitiva, si los precedentes carecen de valor normativo, puede afirmarse que rige el principio de la arbitrariedad judicial.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Este trabajo se refiere a un conjunto de temas ya muy debatidos por la filosofía del derecho. Aunque su enfoque es analítico, su actitud es más bien crítica a la tradición jurídica analítica desde J. Austin (Lectures on Jurisprudence, 4ª Ed. 1873), hasta H. Kelsen (Teoría Pura del Derecho, 2ª Ed. 1960) y H. L. A. Hart (El Concepto de Derecho, 1961). Pienso que muchos de los principales aportes doctrinarios para la comprensión del derecho provienen precisamente de estos autores, como lo intento resaltar en el párrafo III de este trabajo. Sin embargo, el enfoque estrictamente lógico tiene sus serias limitaciones, no siempre comprendidas por los teóricos analíticos, demasiado marcados por los objetivos de formular una teoría general o de agotar el concepto de derecho.

El análisis de las nociones de regla e institución debe mucho a la obra tardía de L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (Investigaciones Filosóficas), 1952. Este autor estudia las instituciones adoptando como modelo el lenguaje corriente. De Wittgenstein, en cuanto me ha sido accesible, he tomado dos tesis: (1) que la observancia de las reglas es más una práctica espontánea que una acción lógica y reflexiva, y (2) que las prácticas poseen usualmente una

conexión interna de sentido, idea que se expresa en el modelo de los juegos.

La noción de regla como práctica aparece muy transparente en la monografía de John Rawls, Dos Conceptos de Regla, 1955, que marcó una etapa muy importante en su evolución desde el utilitarismo (en castellano, en: Ph. Foot ed., Teorías sobre la ética, 1974). Los orígenes de esta asociación se remontan ya a la teoría de la virtud de Aristóteles, Etica a Nicomano.

La función primordialmente estabilizadora de las instituciones y su carácter fundante de la civilización ha sido desarrollada por A. Gehlen, Der Mensch (El Hombre), 1940; Moral und Hypermoral (Moral e Hipermoral), 1969; en castellano, además de la primera obra, la traducción de algunas monografías breves bajo el título, Ensayos de Antropología Filosófica, Santiago, 1973. El pensamiento de Gehlen es la base, asimismo, de la teoría de las instituciones de N. Luhmann, quien ha logrado explicar en una teoría sociológica de orientación funcionalista las principales tesis de la tradición jurídica analítica, Grundrechte al Institution (Derechos Fundamentales como Institución), 1965; Rechtssoziologie (Sociología del Derecho), 1972; Ausdifferenzierung des Rechts (Diferenciación del Derecho, colección de ensayos), 1981. Luhmann ha formulado, en mi opinión, la más estructurada teoría del derecho como instrumento tecnocrático para la programación de las conductas. Así, su concepción supera los esfuerzos del positivismo jurídico clásico de presentar el asunto como uno de rango estrictamente lógico. Una perspectiva crítica de la teoría jurídica de Luhmann en A. Ollero, "Systemtheorie": filosofía del derecho o sociología jurídica?, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 1973, pág. 147 ss.

La distinción entre "reglas subsumtivas", que técnicamente corresponden a esta función programadora, y "reglas creativas", conectadas significativamente entre sí, proviene de Wittgenstein, op. cit. Sobre el tema me parecen de especial interés los trabajos de S. Körner, Ueber Sprachspiele und rechtliche Institutionen (Sobre Juegos Lingüísticos e Instituciones Jurídicas), en: Ethik. Grundlagen, Probleme, Anwendungen. Actas del Simposio internacional sobre Wittgenstein, Viena, 1981; J. Habermas, Sprachspiel, Intention und Bedeutung (Juego lingüístico, Intención y Significado), 1975, y Andreas Kemmerling, Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins (Regla y Validez a la Luz del Análisis de Wittgenstein), en: Rechtstheorie, 1975, pág. 104 ss.

La dificultad de estructurar un orden de conducta sólo o predominantemente a partir de principios es una de las tesis de mi trabajo de doctorado en la Universidad de Munich, Rechtsordnung und Rechtsgeltung. Eine Kritik der analytischen Rechtstheorien (Orden Jurídico y Validez. Una Crítica a las Teorías Jurídicas Analíticas), que se publicará próximamente. La tesis previene frente a dos tendencias recurrentes en el pensamiento jurídico y que subvaloran, en mi opinión, la función de las reglas o normas: (1) la que lo define en el marco general de una teoría de la argumentación moral, como R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Teoría de la Argumentación Jurídica), 1978, y Ch. Perelman, Le raisonnement juridique, 1972, y (2) la que lo entiende como justicia del caso, en que los fundamentos de una decisión aparecen como construcciones relativamente arbitrarias para justificar un pre-juicio del intérprete, como en las últimas obras de J. Esser. La tesis se acerca, por el contrario, a doctrinas más moderadas acerca de la argumentación jurídica, como las de L. Recaséns Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, 1959; M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (Teoría de la Obtención del Derecho), 2ª Ed. 1976; Art. Kaufmann, Analogía y Naturaleza de la Cosa, 1976 (1964); N. Mc Cornick, Legal Reasoning and Legal Theory (Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho), 1978, y H. T. Klami, Legal Heuristics. A. Theoretical Sheleton (Heurística Jurídica. Un Esqueleto Teórico), 1982.

La distinción entre reglas y principios no excluye la existencia de otros criterios, especialmente de orden práctico, para fundamentar una decisión. Sobre este punto, los persuasivos trabajos de R. Dworkin, recopilados en el volumen Taking Rights Seriously (Tomando los Derechos en Serio), 1977. Aunque no comparto su criterio básico de que los "derechos" sean algo distinto de las "reglas", pienso que las obras de Dworkin constituyen, en conjunto, una reflexión muy perspicaz acerca de la tradición jurídica analítica.

La relevancia de la distinción entre reglas y principios se muestra en la ya clásica obra de J. Esser, Norma y Principio en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Privado, 1961 (1956). Ese trabajo, en el campo del derecho privado comparado, y los de M. Kriele, en el del derecho público, op. cit., y Recht und praktische Vernunft (Derecho y Razón Práctica), 1979, son las principales fuentes de las tesis finales acerca del valor del precedente. El valor creador de los principios fue uno de los temas preferidos de R. Pound; véase, por ejemplo, Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico, 1950 (el original, A Interpretation of the Legal History, 1946).

La vinculación entre el derecho y la seguridad fue uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho de G. Radbruch. Pero fue J. Millas quien afirmó que la seguridad era el valor jurídico por excelencia, Filosofía del Derecho, 1958.

La cuestión de los criterios de pertenencia de los principios al sistema legal ha provocado fuertes controversias a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Contemporáneamente, la idea de que los principios no siguen los mismos criterios de pertenencia que las normas positivadas se encuentra incisivamente planteada por J. Esser y R. Dworkin, op. cits. En contra de esta opinión, J. Raz, The Concept of a Legal System, 1970, y N. Mc Cornick, op. cit.,

JOSEF ESSER

PRINCIPIO Y NORMA EN LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PRIVADO

BIBLIOTECA DEL CURSO
CHILE

BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

Título de la edición original:

GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956

Traducción del alemán por

EDUARDO VALENTÍ FIOL

© BOSCH, Casa Editorial - Barcelona, 1961

DERECHO PRIVADO, n. 18 - 1961

N.º R.º 98 - 1961

Imprenta Olarnedi, Villarroel, 17. — Barcelona

A

MAX RHEINSTEIN

Capítulo IV

NOCIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. La ojeada que acabamos de dar a la situación de los problemas en el derecho de gentes y en el derecho internacional privado nos ha suministrado algunas enseñanzas: No nos será posible separar de antemano los principios de un ordenamiento positivo, tanto si constituyen partes del ordenamiento jurídico material como principios teóticos o prácticos de la construcción jurisprudencial, de los principios de la "mera" ética jurídica. Aún más difícil resultará fijar la línea divisoria entre un principio "teorético" de la doctrina y uno que venga determinado por los problemas y, por tanto, sea por necesidad "inmanente" a una institución. Sin embargo, deberemos siquiera ver de hallar la linde que separa los meros postulados o *guides* de las partes positivas, obligatorias y sancionadas (¡revisión!) de un ordenamiento jurídico vigente. Justamente aquí la práctica (y no sólo ella) se contenta con la incontrolable atribución de un principio a la *ratio legis*. Pero si esta *ratio* misma es *lex* o sólo *ethos*, constituye una cuestión que recibe distintas respuestas según la posición ideológica y política que se adopte. Así se hace comprensible que, por ejemplo, la tendencia moralizante de la concepción cristiana sea capaz, incluso en sus representantes más constructivos, de disolver en lo "metajurídico" una dogmática conceptualmente petrificada,[118] mientras que los sistemas no dogmáticos no ven dificultad alguna en la introducción de postulados morales en calidad de principios de derecho, una vez iniciada la descomposición de la fuerza vinculatoria de las formas históricas, como ocurre hoy en la práctica del *common*

118 Cf. Ripert (n. 40).

law en Norteamérica y, con mayor resistencia [127] pero ahora con arrolladora velocidad, en Inglaterra. En tales sistemas, a la pregunta: "Los ideales de esta suerte (o sea, los morales), que se aceptan, ¿forman parte del derecho?", se contesta sin el menor reparo: "Hay ideales autorizadamente reconocidos que forman parte del derecho en la misma medida que los preceptos". Y también: "Es un error destacar el elemento ideal como algo que posea una validez independiente por encima del derecho — como en el antiguo sistema de la ley natural".[128] El alcance de este aserto y la profundidad del problema metodológico no se advierten hasta que un caso concreto pone a la vista, de un modo igualmente inexplicado y elemental, las antinomias de lo ético y de la "certeza legal".[128 a] No se trata de desvalorizar los principios como meros *guides*, sino de hacer salir a la luz el propio proceso de positivación que es decisivo para la eficacia configuradora real de los principios. Por otro lado, una consideración discriminadora deberá deshacerse de la simplista idea de que todos los principios posean, como "elementos del derecho natural", una validez independiente de la configuración estatal positiva [129] — pues aquí debemos referirnos a la pretensión de validez jurídica, no lógica y epistemológica. Es perfectamente posible que una ontología del derecho, o una filosofía material de los valores consiga establecer una jerarquía de "supremos valores jurídicos",[130] de los que el filósofo pueda decir que "son verdaderos en todos los tiempos y lugares";[131] pero nadie negará por ello la mutabilidad histórica, en su vigencia como derecho, de los principios positivamente reconocidos, siempre que no se confundan todas las categorías de "principios" y se los proclame indiscri-

127 Cf., por ejemplo, la actitud de Lord Sumner contra la atenuación "equitativa" de Mansfield en la *action of money had and received* en *Sinclair v. Brougham* (1914) A. C. 398.

128 Pound: 47 Harv. L. Rev. 3/4.

128 *a* Sobre esta delimitación metodológica cf. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, 49 Harv. L. R. (1946) 376.

129 Así Verdross (n. 36) 205 ss. Cf. infra en el texto a nota 137.

130 Cf. últimamente Coing, Die oberste Grundsätze des Rechts, Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts (1947), el cual empero en último término postula una investigación empírica del derecho natural (p. 155) y, lo mismo que nosotros, considera el análisis jurisprudencial como el punto de partida.

131 Así Roubier en la ponencia citada supra (n. 34).

minadamente "fuentes de derecho" — falta en la que por desgracia incurren incluso tratadistas bien informados.[132] No es beneficioso ni para la estabilidad ni para la evolución del derecho el ocultar de este modo el punto crítico en el que, con palabras de FEUERBACH, "hay que salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo". Debemos distinguir entre los principios que son derecho vigente, y aquellos que sólo adquieren tal condición para un determinado círculo de casos gracias a una jurisprudencia concordante — dentro del marco de las normas formuladas judicialmente. Muchas cosas pueden ser válidas lógicamente, sin ser por ello derecho positivo. Tampoco la prioridad ontológica de un principio implica su validez; la positividad depende más bien de la incorporación histórica en el *corpus iuris*. Aunque podamos decir, en el sentido del realismo escolástico: ***principium est primum, a quo aliud oritur***, debemos también reconocer la distinción aristotélica según la cual un principio según naturaleza (πρότερον φύσει) no significa principio para nosotros (πρότερον πρὸς ἡμᾶς), y que la calificación jurídica de principio sólo se da a lo que durante siglos se ha venido usando como solución concreta, aisladamente y sin valor fundamental.

Esto no es óbice para que sólo la formulación teórica de un principio haga posible el establecimiento de un derecho común más amplio. Ahí radica la fuerza creadora de derecho de glosadores y comentaristas, sobre todo después de mediados del s. XV. Cf. a este propósito el ejemplo del desarrollo del principio de enriquecimiento en DAWSON (n. 7). Favoreció este proceso la circunstancia de que, en lugar de heterogéneos grupos de casos pudieran introducirse categorías de "causa", en cuanto el concepto aristotélico de causa, en sus diversas matizaciones escolásticas, hubo abarcado todas las formas del saber, inaugurando un método científico universal. Sobre las nuevas categorías de causa se procedió primero a sistematizar las fuentes, y la introducción de un sistema racional significó, para el principio y los primeros trabajos de la doctrina, liberarse de las angosturas de la exégesis casuística. Empieza entonces la época productiva de las "escuelas" continentales. El siglo XIX es tan rico en éxitos doctrinales, que no sólo viven de ellas las codificaciones civilistas nacidas en sus últimos años, sino que también en el derecho internacional las opiniones doctrinales y la ley son concluyentes *pari passu* para el establecimiento de "principios generalmente reconocidos.[133] Ya en 1795 encontramos exactamente delimitado como supuesto de hecho y usado el concepto de fuerza mayor en el famoso *affaire* NEPTUN: es derecho común, no en virtud de la costumbre, sino ya en virtud de la doctrina. Finalmente, en lo que afecta a los principios específicamente de derecho de gentes, sólo existe un origen clásico: el de la doctrina, que asumió el papel conductor con GROTIUS.

132 Como también ROUBIER loc. cit. 51 ss., donde por ejemplo el principio de la no retroactividad de la ley (art. 2 C. c.) es citado junto con el del *pacta sunt servanda*. Con plena consecuencia, R. pide la codificación de *todos* los principios del derecho (!).

Hasta aquí la afirmación de que el "*droit commun des gens*" sólo es una positivación de principios,[134] queda comprobada filosóficamente, pero no en sentido jurídico; lo cual nos obliga a estudiar de qué hecho depende el que un principio reconocido forme parte del derecho positivo de un sistema. Pues es igualmente apropiado preguntar cuando empieza la positivación de un principio, y qué conclusiones sacadas de normas positivas concretas deben ser consideradas necesariamente como derecho positivo a la par que éstas, y cuáles se limitan a ser máximas, postulados o ideas directrices que "deben aguardar" una positivación ulterior. Es la fundamental cuestión sistemática que en el derecho codificado aparece como un problema de interpretación, y en el Derecho del caso se plantea en el problema de la formación analógica.[135] Lo que se esconde detrás de ella no es una antinomia epistemológica y una alternativa práctica, sino la reducción funcional de ambos elementos a un mismo y único proceso de ordenación; y esto es justamente lo que hemos querido indicar con nuestro título "Principios y Normas en la elaboración de los ordenamientos de derecho civil". Verdad es que en esta observación de las coincidencias existe un factor que siembra la confusión: el hecho de que la "heterogeneidad de los fines" (WUNDT) induzca a menudo a aplicar un principio reconocido a los casos más diversos. Por consiguiente, no sólo las normas singulares más divergentes aparecen como hijas legítimas de un mismo principio; sino que incluso las doctrinas fijadas históricamente y sus residuos obtienen inespera-

133 Cf. por ejemplo la sentencia en la cuestión arbitral francoveneciana FABIANI de 30.12.1896 (LA FONTAINE, Pasicrisie Internationale [1902] 356), en la que se usa la característica expresión: *Les principes généraux du droit des gens, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine...*

134 Así VERDROSS (n. 36) 207

135 Cf. ROUSSEAU (n. 34) 892.

damente una nueva significación: ¿Son, pues, "idénticos" ambos "principios", en funciones y sistematizaciones tan distintas? [136]

Para pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de los principios, deberemos, pues, examinar dos distintas cuestiones de referencia: 1) las categorías de los principios en su origen y función. Para los principios que afectan al derecho internacional, la tarea ha sido iniciada por VERDROSS.[137] Éste propone la clasificación siguiente: Principios idealmente necesarios (*principes tirés directement de l'idée du droit*, entre los cuales cuenta, junto con otros, el principio de la buena fe y, de un modo también discutible, ciertas reglas de interpretación, como *ut magis valeat quam pereat*); principios incorporados en instituciones (*principes donés implicitement avec une institution*), y en tercer lugar los principios aludidos en el art. 38, 3 del Estatuto del Tribunal Permanente de La Haya (*les principes affirmés par le droit positif des nations civilisées*). Los principios de las dos primeras clases son válidos con independencia de la norma de transformación del Estatuto, pero no cabe decir en general con VERDROSS que sean "supra-positivos" y que en su aplicación la jurisprudencia sea la instancia de positivación creadora de derecho. Esta concepción iusnaturalista, que tiene mucho en su favor, no es satisfactoria en el caso de los principios institucionales "inmanentes", que son derecho positivo *junto con* la institución. Tampoco es verdad que haya aquí "lagunas", como dice VERDROSS; distinta es la situación en el caso de que ni la institución como a tal, ni los derechos positivos de las naciones civilizadas coincidentes en el sentido del art. 38, 3, permiten sentar un principio, y en evitación de un *non liquet* hay que decidir libremente según los "principios generales de la justicia y la equidad".[138] Esto tampoco justifica la afirmación general de que todos estos principios no pueden ser derogados por el derecho positivo, puesto que constituyen su base.[139] En cambio, no se ha empezado aún a investigar la influencia que los tipos constructivos de los sistemas jurídicos ejercen sobre el cambio de sentido y función de un principio aparentemente idéntico. 2) El estudio comparativo debe, pues, en segundo lugar, separar las categorías de sistematización jurídica, para entender los efectos de principios que aparecen como siendo del mismo tenor o discrepantes. A este propósito, y de acuerdo con lo apuntado más arriba, distinguiré *grosso modo* entre dos formas de construcción: el "sistema cerrado", tal como viene representado por la idea de la codificación, y el "sistema abierto", cuyo prototipo moderno será el método del Derecho del caso inglés y angloamericano.[140] En efecto, de la estructura axiomáticamente cerrada o problemáticamente abierta de un sistema jurídico depende que los pensamientos básicos sean *principia* en sentido aristotélico, a partir de los cuales se "concluye" deductivamente, o criterios pragmáticos (*topoi*) de la justicia material o, en su caso, de los fines fijados por la política jurídica, que renuncian a una conexión deductiva coherente y atacan el problema, en su entidad aparentemente aislada, partiendo libremente de los dictados generalmente reconocidos de la razón, del *common sense*, como puntos de ataque "retóricos" (en el sentido antiguo) de la argumentación.

---

136 Esto se aplica a la mayoría de paremias y brocardos, que apoyados en una supuesta autoridad clásica (cf. el famoso catálogo del Digesto L. 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*), han obtenido en la práctica, y no sólo del continente, una central importancia como soluciones a problemas, con aplicación distinta según el derecho de cada lugar.

137 (N. 36) 204 ss. Análogamente para el derecho constitucional H. J. WOLFF (n. 136 *a*) 39 ss.

138 Cf. Lord PHILLIMORE y el Presidente DESCAMPS en la comisión de edacción, citados por VERDROSS 222, 224.

139 VERDROSS (n. 36) 205/206 remitiendo a VON DER HEYDTE (n. 35) 289. Es en cambio meritorio el intento de distinción, ya que la práctica del derecho internacional desde siempre ha confundido los "principios generales" con las *règles de droit universellement reconnues* admitidas por el art. 38. Cf. Lord PHILLIMORE op. cit. 316, además, por ejemplo, la sentencia citada arriba *in re Fabiani*, así como la sentencia arbitral de 29.3.1900 en el asunto de la concesión ferroviaria de Lourenço Marques, Pasicrisie Internationale (1902) 402, y la jurisprudencia de la Cour Permanente d'Arbitrage, citada por VERDROSS 212-219.

140 Los términos "sistema abierto" y "cerrado" proceden, que yo sepa, de FRITZ SCHULZ, Prinzipien des Römischen Rechts (1934) e History of Roman Legal Science (1946), obteniendo acceso en la doctrina comparatista. La adopto a causa de su expresividad. El "sistema abierto" no es necesariamente evolucionista. Su carácter progresivo o su conservadurismo casuístico dependen de los factores políticos bajo los cuales trabajan los juristas. En Roma los pretores, dada la libertad de que gozaban, podían crear un derecho casuístico evolucionista; los juristas clásicos tenían que aplicar su arte de modo que sus *responsa* fueran fructuosos para los *edicta* — inaccesibles a un estudio más profundo de los principios — y desarrollar éstos, si no se concedía una *actio in factum*.

El pensamiento jurídico clásico no "concluye", y el sistema escolástico de GAYO le es extraño. Los *responsa* son soluciones del pensamiento discursivo vinculadas a los problemas: *Solvitur ambulando*, a la manera del *sic et non* escolástico. La controversia no es negada o "superada" dogmáticamente, antes expuesta abiertamente a debate y acompañada de una "opinión" que empieza con giros tales como *magis puto...* o *varius est, ut...* A menudo encontramos sólo partes de la alternativa. Pues la comisión recopiladora de TRIBONIANO eliminó muchas de semejantes discusiones, por haberse ya creado soluciones auténticas por medio de una *lex*, para dejar sólo el "resultado" que le parecía plausible. Para el pensamiento planificador y codificador de los juristas imperiales, el *sic et non* de las discusiones retóricas no era sino una fase previa y ya superada de la solución unitaria legal, que a lo sumo se mencionaba con una fórmula en la que se traslucía el orgullo por el progreso realizado: *Post magnas varietates obtinuit*... Pero estas soluciones clásicas, como más de una vez ocurre con nuestras "teorías", aparecen yuxtapuestas como *inventiones* aisladas, en lo cual radica justamente la oposición entre investigación de fuentes y afán sistemático, fundamentando las típicas preocupaciones interpretativas de la romanística. Podríamos hablar aquí de pensamiento aporético y argumentación retórica, puesto que la actitud mental corresponde al tipo aristotélico-escolástico. De todos modos, hasta la época postclásica la retórica y la tópica no recibieron en el pensamiento jurídico aquella estructura aristotélica que, gracias al *trivium* escolástico, pasó al pensamiento occidental en calidad de "clásica".[141] Por consiguiente, clasificaciones como *essentialia - naturalia - accidentalia* son *topoi* específicos de la idea aristotélica de la "naturaleza" de las cosas, que ya los juristas bizantinos incorporaron a su mundo conceptual. Los principios "generales", ni siquiera en su sentido problemático son obra de los juristas clásicos. A lo mejor se citan como *obiter dicta* y luego constituyen autoridades póstumas en las *regulae antiqui iuris*. Cf. el famoso pasaje de POMPONIO, D. 50, 17, 206, que contiene el principio del enriquecimiento, el cual no existía en absoluto como tal en el derecho clásico, aparte de que la *condictio* clásica en modo alguno afectaba al "enriquecimiento injustificado" en sí mismo, sino que se dirigía *ad certam rem* o *ad certam pecuniam*, y aún sólo en la *datio*.[142] El derecho clásico no conocía ninguna *condictio* general *sine causa*, e incluso los casos particulares citados por SCHWARZ para refutar la tesis también favorable a los principios de ERTIARDT, según la cual la *iusta causa* había sido un principio

141 Cf. sobre este punto STEINWENTER, Rhetorik und römischer Zivilprozess, ZSS (1947) rom. A. 2, 65, 101 ss., 111 ss. Sobre la influencia de la filosofía aristotélica en la evolución de la jurisprudencia romana, cf. COING (n. 130) 2, 24 ss., 69.

142 Cf. D. 12, 1, 32 y 12, 6, 49, también 12, 6, 33, más citas en SANFILIPPO, Condictio indebiti I (1943) 56 ss. Cf. FRITZ SCHWARZ, Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht, 1952. Visión de conjunto sobre el estudio moderno de la *condictio* en KADEN, ZSS 71 (1954) 555.

moral (cf. D. 25, 2, 25 y 12, 7, 1), no demuestran la existencia de ningún principio constructivo de una causa técnica en el sentido de base de derecho, que hubiera representado una corrección general de "desplazamientos patrimoniales" injustificados. Los pasajes despiertan sospechas de reelaboraciones y aportan argumentos procedentes de distintos estratos.[143] La idea directriz clásica carece de fuerza instrumental, es un puro *topos*. La alegación de un "principio básico" es moderna, así como la utilización inconscientemente instrumental de una *inventio* ligada a un problema a los fines de la *public policy*. Tales avances son justificados sin rebozos por los juristas clásicos acudiendo a la *utilitas*.[144] La *causa* clásica no es una expresión técnica, sino un libre concepto general de la retórica forense. La prohibición del enriquecimiento injustificado en calidad de principio y sus efectos sobre el concepto de causa es debida, según ha demostrado PRINGSHEIM,[145] a influencias cristianas. Pero cf. también BECK, Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung,[146] quien a este propósito remite a la ética estoica y, dentro de ella, a CICERÓN.

Ya el concepto de *inventio*, que CICERÓN introduce en la dialéctica, deja, si hemos de seguir a VIEHWEG (n. 13), la retórica de su estilo antiguo: la remisión apodíctica a verdades del *common sense*, que al modo de la ἔνδοξα aristotélica, "aparecen como verdaderas a los ojos de todos, o de la mayoría, o de los sabios, y entre los sabios o a todos, o a la mayoría o a los más conocidos y prestigiosos".[147] Es éste un rasgo que aparece siempre en el pensamiento jurídico clásico (y ello nos interesa para señalar idénticos puntos de partida en las concepciones anglonorteamericanas, como *reasonableness* y *natural justice*), y la remisión a lo "evidente" no se omite ni siquiera cuando figuras del *ius strictum*, como la *condictio*, excluyen las consideraciones de equidad: *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* (D. 12, 6, 14). La insistencia en que algo es "natural" o "justo" o "generalmente admitido" — aunque esté disimulada en una oración incidental (como: *quod vulgo*

143 Cf. D. 23, 3, 50 y 19, 1, 11, véase también H. J. WOLFF, IURA 3 (1952) 382, contra DAWSON (n. 7) 5 ss., quien considera al pensamiento del enriquecimiento como un "instrumento" *(working tool)* de los clásicos y entiende en sentido moderno el valor del principio como siendo "a la vez una aspiración y un criterio para el juicio".

144 Así WOLFF op. cit., quien califica sin ambages las "alusiones matizadas de retórica" citadas por DAWSON de "palabrería escolástica sin trascendencia", dudando incluso de que procedan de los compiladores. De todos modos, es de influencia aristotélica (cf. COING [n. 130] 40 ss.), la cual en la época bizantina pone en evidencia lo específicamente "injustificado" del *cum alterius detrimento locupletior fieri* y enseña su tratamiento técnico.

145 Die römische aequitas der christlichen Kaiser, Acta Congressus Juridici Internationalis I (Roma, 1934) 121 ss. (147).

146 Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano II, 91 ss.

147 ARISTÓTELES, Tópica, I, cap. I, ap. 5, prop. 3.

respondetur, cf. JULIANO, D. 41, 3, 33) — no significa aún una "irrupción" del ámbito de la equidad en el *ius civile*,[148] sino la obligada apelación al *communis consensus* y a lo evidente o indiscutido, que en los sistemas abiertos substituye la obligatoriedad de las deducciones axiomáticas. De ahí también la sugestiva fuerza de las ficciones y otras técnicas (por ejemplo, la designación como un "quasi", como una simple variedad de lo conocido y resuelto), y la importancia del ejemplo escolástico, en modo alguno limitada al campo didáctico, a base del cual se introduce el *responsum* del nuevo caso con un *quaero, an... (o si)*.[149] El *ius civile* sigue siendo "una decepción para el sistemático",[150] ya que sus principios, a pesar del arte escolástico de los bizantinos, no recibieron significación axiomática alguna.[151] De la misma raíz procede la profunda desconfianza contra el valor derivativo de los propios términos técnicos, cuya fijación hubiera deparado un peligroso quebranto al pensamiento problemático. De ahí la advertencia de JAVOLENO en D. 50, 17, 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum (rarum?) est enim, ut non subverti posset.* Con mayor razón es recomendable esta reserva frente a los preceptos generales de las *regulae*, que incluso cuando están investidas de la autoridad de las *regulae veterum* y al servicio de la jurisprudencia regular,[152] frente al *ius* sólo tienen consideración de *topoi*, no de principios, es decir, carecen de valor de derivación en el sentido axiomático: *Non ex regula ius sumatur*, dice PAULO (D. 50, 17, 1), *sed ex iure quod est regula fiat.* Pues las reglas sólo suministran preceptos directivos *(brevis rerum narratio traditur)*. Pero los tres famosos *precepta iuris* de ULPIANO ni siquiera son preceptos directivos en el sentido del repertorio en D. 50, 17, sino propiamente máximas en sentido kantiano.[153] Tales máximas estaban de acuerdo con la filosofía popular estoica, pero no obtuvieron prestigio jurídico hasta la época postclásica, con cuyo "espíritu religioso-moral" [154] se avenían, del mismo modo que hoy la doctrina retórica de la *aequitas* ha recibido importancia substancial como base de la decisión.[155] Como demuestra VIEHWEG en su obra citada, estaba reservado a VICO redescubrir, en la época de un pensamiento sistemático axiomáticamente afianzado, la significación clásica de los tópicos en su relación con el *sensus communis* haciendo tanteos en el campo de los *verisimilia* (De nostri temporis studiorum ratione, 1708). Un precursor de la moderna "teoría científica" demuestra aquí en el punto de partida del *primum verum*, cómo el pensamiento deductivo a partir de principios echa mano de la riqueza y fertilidad del pensamiento tópico. Esto ilumina también la peculiaridad y la doble posición del pensamiento "según principios" en el derecho, tanto en el régimen sistematizado y cerrado como en el abierto. Tenemos un paralelo obvio en la opinión de N. HARTMANN,[156] de que la solución casuística se equivoca al considerar aislado "su" problema, ya que éste sólo se hace visible partiendo de un sistema, aunque no se confiese (= conexión de derivación), y sólo es soluble por medio de una "acertada" clasificación dentro de éste. Aquí se verifica, pues, de la mano de los planteamientos de problemas, una selección entre los sistemas, del mismo modo que, viceversa, la elección del sistema trae consigo una selección de problemas, y lo que cabe preguntar es sólo dónde está el factor fijo y dónde el móvil. En la jurisprudencia, como señala VIEHWEG, la constancia del problema aparece como el punto de partida fijo, que descansa en una conexión presistemática y en una comprensión precientífica, y éste es el plano en el que los principios jurídicos preestructurales actúan como índices del derecho comparativo. Un "sistema" de cuño nacional, con su "perfección", parece hacer superflua la remisión al pensamiento tópico basado en el *sensus communis* y a *inventiones* procedentes de otras estructuras; pero esto es cierto sólo en apariencia. Pues no hay problema que sea privativo y exclusivo de este sistema particular. Pero incluso con respecto al sistema, el pensamiento axiomático que opera sobre nexos deductivos sólo puede ser fructífero, si la base de los axiomas es lo bastante amplia y verificable inductivamente sobre el *common sense* del presente. De ahí la superioridad de los sistemas menos rígidos. "La inducción debe preceder la deducción, ya que para poder deducir necesitamos una generalización inductiva de la que podamos sacar nuestras deducciones"; así formula STOLJAR lo que parece una perogrullada,[157] pero que en modo alguno es obvia en la jurisprudencia continental. A pesar de VICO nuestro pensamiento rígidamente metódico ha marcado, aun en los últimos tiempos, verdaderos récords de la más supersticiosa especulación axiomática de la "pura teoría jurídica", que incluso imponen respeto a la teoría anglosajona cuando ésta se olvida de sus tradiciones empíricas, haciendo necesario redescubrir la tesis de VICO: "Una vez más, deducción e inducción, lejos de ser antitéticas, constituyen en efecto procedimientos complementarios."[158]

148 Cf. PRINGSHEIM ZSS 52 (1922) rom. A. 643 ss.

149 Sobre esta cuestión: MEYER, Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre, ZSS 68 (1951) rom. A. 30 ss. Cf. también STEINWENTER (n. 141) 67 ss.

150 VIEHWEG loc. cit.

151 Cf. FRITZ SCHULZ (n. 140) 36 ss.

152 JÖRS, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I, 283 ss.

153 Cf. BRUGI (n. 34) 160 ss.

154 COING (n. 130) 44.

155 Cf. PRINGSHEIM op. cit., especialmente 647.

156 Kantstudien 29 (1923) 160 ss.

157 N. 84, 186.

158 STOLJAR op. cit.

En nuestro pensamiento codificador moderno se han introducido una multitud de principios producto de la invención "abierta", arraigando hasta tal punto en la dogmática, que con el aparato conceptual de ésta se han convertido en parte de un pensamiento en apariencia puramente axiomático, en el que las consideraciones de "política jurídica" y la

casuística vinculada a problemas se han establecido, como islotes aparentemente extraños al sistema, dentro del marco de las cláusulas generales, normas en blanco e instituciones de reciente creación. Así observamos, una al lado de otra, tres clases de principios: Principios axiomáticos en el sentido constructivo moderno, principios problemáticos o ideas básicas en el sentido retórico, y principios dogmáticos. Es verdad que éstos surgieron en un momento dado en virtud de una situación histórica, pero hoy están de tal modo fundidos con la estructura jurídica o la "lógica" de un sistema positivo, que parecen poseer un valor de deducción utilizable independientemente. Sólo la jurisprudencia de intereses, ques la gran irrupción del pensamiento problemático en nuestro pensamiento codificador a la que hoy asistimos ("interés" es pura y simplemente un *topos*),[159] ha hecho luz sobre su valor de construcción puramente pragmático, restringiendo su "lógica" a la interpretación objetiva de los problemas. Un principio axiomático de nuestro derecho civil sería, por ejemplo, la libertad de contratación o también la relatividad de una vinculación obligatoria; un principio retórico sería la "idea de enriquecimiento" o también el llamado "principio de la confianza" en el tráfico jurídico;[160] pensamientos dogmáticos (más propiamente, dogmatizados) serían, por ejemplo, el de la naturaleza abstracta del negocio de cumplimiento o el principio de accesoriedad de las fianzas.

159 De ahí el gran éxito de IHERING (en su segunda fase) en la filosofía legal angloamericana.

160 Sobre ambas clases, como típicos núcleos de cristalización de una evolución del derecho judicial observable en todas partes, infra cap. XVIII. De los principios ligados a problemas y con un ámbito precisamente delimitado, podrían distinguirse los principios "heurísticos" de la *lex artis* jurídica, los cuales (generalmente en forma de paremias y adagios, como *error iuris haud excusat*) encierran a menudo un sentido y un campo de aplicación heterogéneos, a pesar de lo cual son expresión de una acreditada ciencia jurídica. La primera razón de ser histórica de semejantes principios suele ser de índole heurística y retórica (En el conocido ejemplo de PAULO D. 22, 6, 9, 5 in fine: *quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus.*) Tuvo que venir una época de espíritu moralizante y sistematizador para que, al encontrarse con este material, sacara de él un principio racional.

El tránsito a los principios problemáticos es fluctuante. Cf. la famosa fórmula: *In pari turpitudine melior est causa defendentis (possidentis)*, cuyos campos de aplicación son más estrechos o más anchos según sea el pensamiento básico que aquí se descubre (cf. la *clean hands-doctrine* de la *equity*), y que entre nosotros vacila todavía entre las dos significaciones.

Puede citarse una gran cantidad de otros *topoi* modernos que se han convertido en elementos conceptuales de un complejo derivativo que funciona lógicamente. Cf. las parejas de conceptos: parte esencial y pertenencias, mora e imposibilidad, etc. Pero en cada caso el sistema sólo es cerrado en apariencia. Con el "riesgo de empresa" se introduce en la concepción de nuestro BGB la *inventio* de una unidad problemática prejurídica, que ya no puede disimular su carácter de extraña al sistema como la "violación positiva del contrato", en apariencia sólo interpolada, Es igualmente extraña a los complejos deductivos de nuestro pensamiento la invención de la "base del negocio" con referencia al "error" o a la "causa jurídica". Es sabido de qué modo tan artificioso estableció OERTMANN el complejo deductivo del § 779 BGB. Pero así ocurre con todos los principios originariamente vinculados a un problema y que descansan en una *Inventio*. Muchas veces se renuncia a dar carácter de principio a un *topos* que en la práctica es decisivo. En tal caso, como ocurre con nuestro concepto de "bien jurídico", sigue en circulación junto al sistema oficial hasta que poco a poco, partiendo de la doctrina y de su esquema constructivo, va llenando los conceptos legales con un nuevo contenido (cf. infra cap. XVIII, acerca del paralelo proceso de sistematización en los *torts*, que en los EE. UU. aparece ya claramente). En el derecho anglosajón los conceptos históricos tales como *torts* y *negligence*, *mistake* y *misrepresentation*, quedan exentos de toda carga axiomática — con gran escándalo de nuestros juristas — y por consiguiente sólo son susceptibles de fijación en su contexto histórico, nunca en su contexto teórico. De ahí la heterogeneidad — a menudo excesiva para nuestra necesidad de sistematización — de sus figuras singulares. *Common-mutual-unilateral mistake* están tan lejos de situarse "sistemáticamente" en un mismo plano, como entre nosotros base del negocio — disenso — error en la declaración; lo único que puede constatarse es el enlace pragmático con conceptos introducidos históricamente. Cf. también la posición del concepto de *frustration* "entre" la doctrina de la imposibilidad y la de la base del contrato, la de la *consideration* "entre" la teoría del sinalagma y la de causa, y la de *nuisance* "entre" el derecho delictual y el de vecindad (véase infra, cap. XVIII).

Esta anticipación de la ulterior clasificación de los principios era inexcusable porque la discrepancia de estas tres formas básicas impide toda definición unitaria del concepto, lo que explica la disparidad de las definiciones propuestas, según sea el tipo en que piense el autor.[161] Así,

161 Así ya CICERÓN usa ese término referido a uno de sus temas favoritos, en distinto sentido: como concepto filosófico de la lógica y como principio

por ejemplo, desde la forma axiomática se llega a la banal constatación, ante la cual sobran todos los esfuerzos delimitadores, de que "toda regla más general posee, frente a otra más concreta, el carácter de principio".[162] Entonces se considera sólo como esencial la posibilidad de deducir del principio reglas más concretas,[163] sin que nunca se abra el acceso a los simples principios vinculados a problemas. Tales principios son tratados sólo como puntos de partida no vinculantes de la argumentación, que por su falta de precisión sólo podrían adquirir el carácter de derecho si cristalizaran en normas concretas.[164] Esta característica

substancial de la justicia, con lo que una vez más los *praecepta iuris* hacen de intermediarios entre los principios tópicos de la jurisprudencia y las máximas de la ética estoica, cf. De Legibus I, X, 28 y De Oratore I, 42, 190; sobre este punto Bruci (n. 34) 161. No ocurre hoy de otro modo: cf. Boulanger (n. 39) 51 ss. y Simonius (N. 24) 239.

162 Así Simonius op. cit.

163 Así la concepción axiomática — erróneamente llamada "escolástica" — aunque también puede presentar matices, no sólo racionalistas, sino organicistas. He aquí, por ejemplo, cómo empieza Bellini su estudio "Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale" (Anuario di dir. comp. e di studi legisl. 27 [1951] 225): *Un ordinamento non è una pura somma di valutazioni giustaposte. Esse si combinano in un complesso organico gerarchicamente ordinato.* La primera frase es ya equívoca, por cuanto *un ordinamento* presupone una unidad sistemática, que dado el pluralismo de nuestras fuentes de derecho y el encabalgamiento histórico y las necesarias antinomias de nuestros "supremos valores jurídicos" nunca estamos en situación de verificar. Con este *petitio principii* enlaza el mito de una "construcción" orgánicamente homogénea, cuyos sótanos son la casuística, las normas de supuestos la planta baja, las reglas generales el piso superior, y los principios la techumbre (p. 228). Huelga decir que también los principios están a su vez clara y limpiamente estructurados según jerarquía. Se establece una conciliación entre las fuentes epistemológicas y las jurídicas en sentido histórico, y de la realidad técnica de un utilitario y graduado complejo de normas se deduce una metafísica definición de esencia. Se levanta con razón contra la idea de una jerarquía de los principios Simonius op. cit. 240. No existe un "principio supremo", ya que todas las funciones del derecho se pueden expresar en principios que cada vez actúan antinómicamente.

164 Generalmente los autores se expresan con vaguedad. Cf. Stati, Le standard juridique (París, 1927) 56: *Le principe juridique diffère de la règle juridique par le défaut de précision.* Con igual vaguedad se insinúa luego el concepto de principio axiomático: en derecho el principio es algo *qui est à la base de plusieurs règles juridiques* (loc. cit.). De todos modos se contraponen principio y regla de un modo que en modo alguno es de aceptación general.

es perfectamente acertada desde el punto de vista del pensamiento axiomático. En éste los principios "auténticos" poseen valor de deducción. Pero tales limitaciones a una determinada técnica jurídica son prematuras. De momento sólo puede procederse al establecimiento de una terminología unitaria. A este fin me parece importante la formulación negativa, aplicable a todos los tipos, de que un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma, aunque el uso de estas categorías aristotélicas no debe inducirnos a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial. Puede haber épocas de la cultura que, argumentando sobre la base del contenido eticojurídico, "expliquen" o también dejen de lado, las formas del derecho.[165] Histórica y efectivamente, la forma, entendida procesalmente como medio de protección del derecho o materialmente como norma, es siempre lo esencial, lo único que puede conferir realidad y significación jurídica a aquel contenido fundamental, aunque no sea reconocido aún como *ratio*.[166] Por ello tampoco en nues-

Cf. Ripert (n. 119) 575: *C'est une règle, mais une règle générale et importante qui en commande d'autres.* No hay que pensar que tales ingenuas formulaciones sean inocuas, pues fomentan la confusión de los límites del derecho positivo, y están destinadas a fomentarla, como demuestran los propios trabajos de Ripert. El consuelo de Simonius, de que la delimitación de los conceptos no es decisiva, con tal que sea conocido el alcance de cada precepto (n. 24, 241), resulta tardío, si se manejan principios no positivados pura y simplemente como normas del derecho positivo, sin reconocer que se procede a crear derecho, y por tanto sin posibilidad de control.

165 Cf. las indicaciones de Rheinstein, 18 Univ. Chicago L. Rev. 407. Encontramos esto confirmado en el ejemplo de la formación de principios en la época de los glosadores y postglosadores (véase infra, p. 74/75, que bajo la influencia de las concepciones jurídicas eclesiásticas y moralizantes fundió sin el menor reparo en principios totalmente ahistóricos (por ejemplo, la prohibición de enriquecimiento *Neminem cum damno alterius locupletiorem fieri*) disposiciones clásicas de índole formal (como las de las *condictiones*).

166 En este sentido los sistemas de derecho natural son intentos ahistóricos de construir también los elementos formales partiendo de principios racionales.

tro moderno derecho legislativo renunciamos a los supuestos "formales" y a las soluciones igualmente formalizadas — o sea, fijadas en forma de instituciones. La pregunta acerca de la *actio* adecuada sigue siendo criterio del pensamiento jurídico (a diferencia del pensamiento ético), si sabemos que todas las formas de protección del derecho no son más que "una metáfora", y que todas las normas singulares materiales (sobre asunción del riesgo, deber de protección, de fidelidad, de notificación, de asistencia, etc.), con el "pensamiento" que las informa, rebasan la institución en la que se han desarrollado históricamente y se han especializado metódicamente. Ya en el concepto de "instrucción" entra un atenerse a supuestos de hecho, sean éstos fijados de antemano o — en las normas formularias — se deduzcan claramente de los modelos reconocidos de los usos del tráfico, etc. El precepto moderno del sistema continental ha de ser "aplicable", es decir, precisado en su alcance y modo de operación por medio de criterios que un cuerpo de funcionarios ha de establecer, en forma comprobable, como dados o no dados. Ya aquí aparece la distancia que separa el concepto continental de "norma" del anglonorteamericano de *rule:* en ésta el juez no es un funcionario a los efectos de una acción burocráticamente organizada. En la terminología de MAX WEBER, tendría las notas de una forma de soberanía tradicional, no las de una forma burocrática. Esto basta para explicar la razón de que para el pensamiento jurídico continental la diferencia entre principio y norma posea un alcance mucho mayor que, para la concepción del *common law,* la distancia entre *principle* y *rule.*

En éste el problema de la aplicabilidad burocrática y técnica de la regla no se plantea en los mismos términos que entre nosotros. Lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la "abstracción" o el "carácter general", sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al "precepto". Tanto si esta posibilidad viene dada por un supuesto legal, tanto si el ámbito de aplicación está fijado casuística o institucionalmente, tanto si los criterios para la aplicación son precisados por "hechos jurídicos", por convención, dogmática o juicios de valor colectivos (como "buena fe") — en todos los casos, incluso en la llamada "cláusula general", el precepto jurídico da una instrucción para grupos detallables de casos, dejando un espacio mayor o menor a la discreción del juez. Según la concepción continental, el

principio no es en sí mismo una "instrucción",[167] sino causa, criterio y justificación de ésta. Lo cual significa, de todos modos, que, en tanto que *ratio legis,* está ya incluído en la instrucción, determinando la posición de ésta dentro del conjunto del ordenamiento. El que, además de esto, y en virtud del caso singular pueda convertirse en una instrucción positiva concreta,[168] depende de que exista un sistema susceptible de deducción o bien un método que establezca la constitución de la norma singular partiendo de la casuística y en virtud del cual se fije el valor "normativo" o "constructivo" del principio. La primera vía es la del hallazgo del derecho en el sistema cerrado, la segunda es la del Derecho del caso y de todo derecho judicial que se desarrolle al margen de las codificaciones. Sin el nexo deductivo o problemático de un principio, o sea, sin ordenación jurídica, en un enlace sistemático o problemático positivo y sin fijación del procedimiento de la creación de derecho, consista ésta en formación de precedentes o en la simple autoridad fáctica de la tradición judicial o doctrinaria, el desarrollo de las normas por obra de la acción judicial carece de garantía en cuanto a su constancia y consecuencia. La disposición de que el juez, lo mismo que un legislador, debe crear la norma bajo la *representación* de su alcance general, o sea, vinculada al sistema (art. 1, II ZGB), dada la irrealidad de este supuesto y el conflicto en que las contemporáneas incitaciones a hacer uso de su facultad creadora entran con la concepción histórica, hoy tan necesitada de complemento, tampoco substituye la instrucción concreta, cualquiera que sea la manera como el juez deba entender esta solución legisladora. Pues la solución que el juez tiene que encontrar, no debe pretender sólo a ser aplicable a un tiempo dado, sino a todos los tiempos en general. De ahí la concluyente remisión del ap. III a la *communis opinio* científica y cultural ("la doctrina y la tradición acreditadas"), que

167 Esto lo niega RIPERT: *Le principe est règle puisqu'il est direction de conduite.* Demostración: *Un homme qui a des principes est un homme qui dirige sa vie suivant les grandes règles de morale...* (l). De ahí se pasa a la devaluación de la norma positiva en norma "técnica": *Les principes du droit sont les règles essentielles sur lesquelles sont greffées des règles secondaires d'application et de technique* (n. 119) 575.

168 Sobre la aclaración de este predicado, tantas veces mal comprendido, cf. últimamente ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953).

supone, por tanto, la existencia de una convicción general de la época susceptible de ser precisada. Volveremos sobre ello en el cap. V.

2. Bajo el influjo de semejante sujeción al sistema o al procedimiento, la sentencia judicial, tanto la particular como la masa de una jurisprudencia constante,[169] puede convertirse en agente transformador de principios pre-positivos en preceptos e institutos positivos.[170] Mas para la construcción de nuevas normas particulares, que amplíen el círculo cerrado del ordenamiento positivo, el juez tiene que recurrir a principios extrasistemáticos (tópicos). En casos en que sólo el círculo más amplio del ordenamiento positivo, la constitución, facilite principios de ordenamiento más o menos formales, el juez debe tomar sus criterios materiales de valor del ámbito pre-positivo de los principios de la ética jurídica y de la convicción general, la εὐδοξα, o, en la terminología del *common law*: de la *public policy* y el *common sense*.[171] Pero semejantes

169 Aquí se deja el más amplio margen a la solución nacional, desde el prejuicio decisorio de todo *leading case*, pasando por la restricción de la vinculación a las sentencias del Tribunal Supremo (o sólo a determinadas de ellas) hasta la excepcionalidad de la obligatoricidad dados determinados presupuestos, cf. por ejemplo la peculiaridad de la doctrina legal española p. 149 n. 32. Sólo es insatisfactoria una situación en que no haya ningún principio legal de desarrollo del derecho, lo cual obliga a desleales intentos de deducción y deja sin control la eficacia factual de los precedentes.

170 Esto lo demuestra RIPERT (n. 40) para la positivación de principios éticos en el derecho de obligaciones (cf. también BOEHMER [n. 48] I, 12 ss.), aunque con la tendencia ya advertida de postergar la labor de creación judicial en favor de la supuesta operación automática de los principios éticos. En suma, yo resumiría así la vía de transformación que se deduce de los casos por él descritos: El principio ético se convierte en parte del derecho positivo: *a*) por incorporación en la estructura de una institución, *b*) por formación de un nuevo principio constructivo o sistemático, *c*) por fusión interpretativa en normas legales o en la *ratio* de éstas, *d*) por interpolación de un llamado pensamiento jurídico, que se supone común a varias figuras de derecho, *e*) por la "brecha" que las normas en blanco y las cláusulas generales abren, en el sistema cerrado, a los *topoi* extrasistemáticos de la jurisprudencia, *f*) por la libre conversión judicial de deberes éticos en deberes jurídicos (cf. infra sobre el concepto de "deber de auxilio", y también bajo los términos "deber de asistencia", "deber de lealtad" y "deber de atender a la seguridad del tráfico"), y *g*) mediatamente por formación de una opinión doctrinal o un concepto dogmático de valor deductivo. (Esta suele ser la última fase.)

171 "Todo principio importante que se desarrolla por vía de litigio es,

principios derivados de la εὐδοξα moderna, en el tratamiento regular de los casos están ya en la base de la elección de normas y en la selección de supuestos de hecho: tanto en el proceso silogístico como en el razonamiento legal de un caso a otro caso *(legal reasoning from case to case)*. Ellos controlan la aplicación de la ley y la labor conceptual, que aparentan obedecer a la mecánica lógica. Si la labor conceptual se desvía del "sano" sentimiento jurídico, entran en acción los principios y proceden por su cuenta a formar nuevas normas y preparar su reconocimiento técnico. Pasan por un tiempo de incubación y, al producirse un caso ejemplar, franquean el umbral de la conciencia e irrumpen en el pensamiento jurídico.[172] El proceso sigue un curso análogo en los dos tipos de derecho, el casuístico y el codificado: el momento crítico de la revocación de un precedente *(overruling)* — que entre nosotros sale a la luz cuando se acude al argumento: "No puede ser ésta la intención del legislador" — sigue a un más largo proceso desarrollado en la inconsciencia, durante el cual el principio en cuestión, informulado todavía, va cobrando fuerzas gracias a la inadecuación de las sentencias legales que se van dictando, anunciándose en contraargumentos también legales y en opiniones divergentes *(dissenting opinions)*.[173] Hasta que

de hecho y en el fondo, el resultado de concepciones sobre el interés público más o menos precisamente comprendidas; sin duda lo más corriente, en nuestra práctica y tradición, es que sea el resultado inconsciente de preferencias instintivas y convicciones inexpresadas, pero no menos reducibles, en último análisis, a las concepciones sobre el interés público" (HOLMES [n. 69] 36). Cf. también SALMOND, On Jurisprudence[7] (1942) 202: "¿De dónde, pues, derivan los tribunales nuevos principios o *rationes decidendi*, con los que complementan la ley existente? En realidad no son otra cosa que los principios de la justicia natural, el interés práctico o el sentir común." Cf. todavía ALLEN, Precedent and Logic: 41 L. Q. Rev. 335.

172 Cf. CARDOZO, Paradoxes of the Legal Science (1928) 59 (Select Writings p. 286) e ibíd. 60: "El derecho tiene sus intuiciones agudas, sus momentos de tensión apocalípticos." La fertilidad de tales momentos depende de que el caso, que da lugar al paso decisivo, sea realmente típico y fundamental, es decir, fructífero para el desarrollo del derecho, y no sólo emocionalmente provocativo o abstruso en su situación. A tales casos se refiere el adagio: *Hard cases make bad law.*

173 Con respecto al proceso de positivación de los principios, no debe desconocerse la importancia de los votos particulares oficiales de los jueces. Sin embargo, incluso un principio "reconocido" llevará en el momento de nacer la

finalmente la evidencia, la *inventio* de un pensamiento hasta entonces no formulado encuentra de súbito una formulación convincente, que prescinde de la simple interpretación y construcción de los preceptos positivos dados.[174]

Un bello ejemplo de la multiplicidad de influencias judiciales y doctrinales que colaboran en la formulación definitiva — o sea la óptima para un tiempo determinado — de un principio positivado, es el deber de atender a la seguridad del tráfico. Partiendo de una situación totalmente especial (ausencia de una norma de responsabilidad de derecho público) y con una falaz apelación a principios del derecho común y a decisiones previas, que para este caso sólo suministraban *obiter dicta*, la VI Sala de lo civil del Tribunal del Reich procedió en el 23.3.1903 a la entronización como instituto jurídico positivo de un principio que rebasa el sistema delictual del BGB. Cf. la muy precisa historia del nacimiento de este principio en HOPACKER, Die Verkehrsicherungspflicht (1929) 7 ss.; además, mis observaciones en JZ, 1953, p. 129 e infra, cap. XVIII. Sobre el descubrimiento del principio en Francia, en virtud de un proceso exactamente análogo, véase SAVATIER, Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile: Recueil Lambert I (1933) 453 ss. En Francia un texto que venía "dormitando" desde hacía 100 años (art. 1.348 I C. c.), cobró nueva vida gracias al descubrimiento de este problema. En ambos países la doctrina ha suministrado ulteriormente nuevas "teorías" para satisfacer la necesidad sistemática (*théorie du risque*, acción a propio riesgo, doctrina del riesgo de empresa, etc., cf. además, mi obra "Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung", especialmente p. 65), las cuales empero por su parte no presentan más que simples *topoi*, sin intervenir decididamente en la pugna entre el deseo de ampliar el deber de responsabilidad y la reflexión sobre los límites de la necesaria responsabilidad propia. Cf. la crítica en la nota de CAPITANT en D.H. (1931) 18 ss. acerca del tema "Le passage clouté", luego las decisiones, influidas por el seguro de responsabilidad civil, de la Cour de Cassation D. 1934, I. 41 y 1936 I. 81, y finalmente la exposición en SAVATIER op. cit. quien habla de una *règle de paresse* (464). En el derecho inglés y norteamericano se advierte la actuación de las mismas fuerzas antagónicas en la pugna sobre un principio, en el entretanto ya convertido en positivo, de responsabilidad por negligencia en mantener el edificio en una condición razonablemente segura. De un gran número de reglas singulares bien establecidas (*well settled rules*) acerca de los deberes que incumben a los propietarios, poseedores de tiendas, etc., dirigidos a "poner un cuidado razonable en prevenir los daños derivados de los peligros inherentes a sus tierras y afectos, y de la conducta de otras personas en sus locales", ha surgido un principio unitario, en el que se han incorporado las tradicionales gradaciones de responsabilidad frente a *invitees* y *licensees* de diversos grados,[175] pero que en conjunto fundamenta una responsabilidad estricta (*strict liability*), sólo por excepción evitable,[176] y que, tratándose de obras peligrosas, no puede ser excluida en el caso singular para los contratistas independientes gracias a una prueba de exculpación. Cómo esta responsabilidad se

---

deformación impuesta por el "caso": *Beaucoup des idées juridiques — et peut-être toutes — sont apparues à leurs débuts à l'état informe* (KOCOUREK, Le développement du droit...: Recueil Lambert I [1933] 78 sub n.° 4). Luego se va delimitando por todos lados en una larga serie de sentencias.

174 "... *arriva a formulare nuovi principi generali*", ASCARELLI (n. 70) 7, donde se examinan ambas alternativas: una antigua regla o norma recibe un nuevo sentido, o también una nueva ley es interpretada y aplicada por el *gouvernement des juges* (LAMBERT) *secondo i vecchi principi*. En el *case law* el principio no es parte de la autoridad del precedente, no forma parte de la regla obligatoria, pues sólo dirige la *ratio decidendi*, cf. infra cap. X. Aunque hasta los simples *dicta* de jueces prestigiosos gozan de autoridad factual, no se admite la formulación del principio más allá de la regla, exactamente como en la jurisprudencia problemática clásica (más detalles infra p. 247 ss.). El estilo retórico del franco pensamiento problemático (*solvitur ambulando*) da justamente pie a los jueces de espíritu creador a argumentar exclusivamente a partir del *sic et non* de la comparación de casos y de la base del sentir común. Así, por ejemplo, CARDOZO, al que se deben tan importantes contribuciones a la citada evolución de los deberes de responsabilidad, como *McPherson* v. *Buick*, 217 N. Y. 382 (1916) y *Palsgraf* v. *New Jersey Railroad Co.*, 248 N. Y. 339 (1928), renuncia gustoso a todo aserto doctrinal y de principio en favor de una lengua judicial de arcaica sencillez. No siempre está libre de lugares comunes, ni de efectismo; es justamente retórica en todos los sentidos Léase, por ejemplo, el comienzo de los considerandos de su sentencia en *Wâgner* v. *International Railway*, 232 N. Y. 176 (1922), en la que se contiene una franca exposición de la base psicológica de la responsabilidad por riesgos y su fundamentación con elementos del *common sense*. Empieza así: "El peligro llama al socorro. El grito de angustia es la llamada al auxilio. El derecho no hace caso omiso de estas reacciones de la mente al seguir la conducta hasta sus consecuencias", etc. "El riesgo del auxilio, con tal que no sea temerario, nace de la ocasión. La necesidad produce al hombre. Acaso el malhechor no haya previsto la llegada de un salvador. Es imputable como si lo hubiera previsto." En lo que sigue no se cita un solo precedente, o en todo caso no se cita uno solo con referencia a la regla que aquí interesa, y sin embargo, a la manera antigua, la regla es expuesta a base de ejemplos sencillos. Sólo al final observa CARDOZO autoritariamente: "La regla es la misma en otras jurisdicciones."

175 Cf. HONIG, RabelsZ 16 (1951) 408/409 y PROSSER, On torts (1941) 601 ss., 38 Am. Jur. 754 ss.; infra cap. XVIII.

176 No hay cesión privada de la responsabilidad: *Ramirez* v. *Cheyenne*, 34 Wyo. 67, 42 A. L. R. 245; *Steppe* v. *Alter*, 48 La. Ann. 363, 55 Am. St. Rep. 281.

convierta en accionable, es *cura posterior*. La negligencia puede constituir una acción (y entonces tenemos la paradoja de una "negligencia sin falta", como titula EHRENZWEIG su estudio sobre el tema publicado en 1952), pero también una molestia (*nuisance*). Tampoco esta evolución es reversible ni llegada ya a su término (cf. mi estudio JZ 1953, 221), lo mismo que la paralela evolución relativa a la afectación de garantía para la seguridad de bienes producidos e introducidos en el tráfico.[177] Sin embargo, en los manuales se sigue leyendo la consoladora frase, repetida en muchas sentencias, de que el propietario no es un asegurador de accidentes.[178] Pero tales desarrollos obedecen a una propia ley de la gravedad sociológica. Cf. cap. XVI, 3 sobre la "senda humanitaria del derecho".

Si consideramos hoy aquel acervo de principios éticos y de sentido común, lo encontramos en gran parte preordenado por influencias de la historia religiosa y filosófica, que han dejado aquí su sedimento. La influencia que las concepciones estoica, aristotélica, escolástica, racionalista y utilitaria han ejercido sobre la facilidad y manera de crear principios, ha sido ya expuesta en otras obras, cada una de ellas escrita desde un especial punto de vista ideológico.[179] Aquí nos interesan las formas mentales constantes, en las que se realiza de un modo típico la transformación de juicios prejurídicos de valor en auténticas estimaciones jurídicas. Las representaciones fundamentales que suministran una base específicamente jurídica para la interpretación y argumentación, facilitando así el enlace del pensamiento técnico con los patrones sociales de valor en el sistema cerrado y en el abierto, son cuatro: La *naturalis ratio* y la "naturaleza de la cosa",[180] la *aequitas* y la llamada "lógica jurídica", esta última en tanto no sea una pura técnica de deducción axiomática, sino que designe la lógica objetiva y la estimación conservada en el concepto jurídico.[181] El papel de la lógica jurídica no podría tener la importancia constitutiva que de hecho posee, si no fuera un reflejo de últimas valoraciones y decisiones de justicia.[182] Y esto no sólo en base a conceptos "guarnecidos" de ideas de valor, sino por el continuo paralelismo en que discurren el pensamiento finalista y la fórmula lógica, la cual expone lo jurídicamente adecuado presentándolo simplificadamente como una necesidad mental. Tal necesidad sólo es, pues, derivativa, condicionada por el fin. El valor puramente heurístico de semejantes fórmulas se demuestra, por ejemplo, en su polifacética aplicabilidad. *Plus quam semel res mea esse non potest* no sólo declara "lógicamente" superflua la duplicidad en el acto de transmisión, sino que con ello impide la posibilidad de que se añadan cargas a un derecho que se ha adquirido ya desgravado. *Electa una via non datur recursus ad alteram* es un principio con el que se puede dar formulación lógica a los más distintos tipos de protección, según sea el tipo de proceso, etcétera.[183]

Tampoco el concepto jurídico dogmático o técnico posee el valor substantivo que parece atribuirle su tratamiento escolástico al final de una larga evolución: fórmula de demanda — supuesto de hecho aislado o ideográfico — principio general o "natural" — formación dogmática de categorías y sistematización de los supuestos — concepto jurídico técnico especificado topográfica y funcionalmente. En ningún caso,

177 Cf. los bellos análisis de LEVI, Introduction (n. III 187) 3 ss., cf. también el "caso de la triquina", ESSER, Gefährdungshaftung p. 29 y el caso completamente equivalente *Greco* v. *Kresge Co.* (1938) 277 N. Y. 26, 12 N. E. (2d.) 5571, y sobre él BROWN, The Liability of Detail Dealers for Defective Food Products: 25 Minn. L. Rev. (1939) 595.

178 "El propietario no garantiza la seguridad...", cf. 38 Am. Jur. 752, con 10 sentencias de este tipo.

179 Cf. por ejemplo los trabajos de GRABMANN, WÜNSCH y — no el menos importante — MAX WEBER. Las exposiciones de historia ideológica, que a esto suelen reducirse las "historias de la filosofía del derecho", son poco interesantes para nuestro planteamiento metodológico; también la historia del derecho privado carece en gran parte de interés específicamente científico.

180 Sobre ello el conocido trabajo de GUTZWILLER, Zur Lehre von der Natur der Sache, Festgabe der jur. Fak. d. Univ. Fribourg zur 59. Jahresver. d. Schweiz Jur. Ver. (1924) 282 ss. Aún más importante en sentido metodológico: RADBRUCH, Die Natur der Sache als juristische Denkform: Festschr. f. R. Laun (1948) 157 ss. Sobre el papel clásico en el siglo XIX: NEUHAUS, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache: RabelsZ 15 (1949) 364 ss.

181 Cf. mi trabajo citado supra (n. 11) sobre el "contenido iusnaturalista" del concepto jurídico y de la construcción jurídica. Sobre la complejidad de la lógica material y de estructura ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberger Akad. d. Wiss., Phil.-Hist. Kl. 1941/42 y últimamente SCHEUERLE, Rechtsanwendung (1952).

182 Mis estudios (n. 11) y ya antes CALOGERO, La logica del giudice ed il controllo in cassazione (1943).

183 Sobre esta significación y función de los principios heurísticos, en especial de las paremias de derecho común, cf. cap. VI, 1; véase también capítulo X, 4.

ni siquiera en la jurisprudencia conceptual de fin de siglo, que no comprendió su valor de índice, el concepto jurídico ha sido objeto del capricho sistemático o instrumento de ocurrencias arbitrarias, sino siempre custodio de un complejo de cosas y tareas (aunque doctrinariamente disfrazado) frente al puntillismo de los juristas y la imperiosidad legislativa: Representa justamente un "pensamiento jurídico", aún no acotado conceptualmente, vinculado a los problemas y atento a la objetividad.[184]

Ejemplos escolares de la evolución de un supuesto de hecho singular hasta convertirse en principio, son las demandas por delito y las responsabilidades por enriquecimiento. El *common law* nos ofrece el más vivo cuadro de casos de protección de un derecho originariamente desvinculado (las distintas acciones de *torts* específicos y los *remedies* aun hoy difusos en las materias que sólo doctrinariamente se han fundido en una figura única: enriquecimiento injusto [*unjust enrichment*]), y en nuestro derecho civil los supuestos de delitos y de enriquecimiento muestran una tendencia general a la exclusión de pensamientos fundamentales y elementos generales. Los dos últimos siglos nos han aportado una serie de profundos estudios sobre el carácter clásico y postclásico del concepto de causa, y, sobre la teoría de la *condictio*, que atestiguan también la primacía de la casuística. Remito a las obras de PRINGSHEIM, SCHULZ, SANFILIPPO, etc.[185] Según ellos se mantuvo en pie el uso primitivamente no técnico y "asistemático" del concepto de causa, así como la falta de relación de la *condictio* civil con la "idea de enriquecimiento". Sobre esto es instructivo ver cómo a la acción *a certa pecunia* sólo el derecho pretorio añadió otra *ad id quod pervenit*, cómo la ciencia de las escuelas bizantinas confiere eficacia no sólo a ideas cristianas y aristotélicas, sino también a las de la antigua filosofía popular (estoica), al fundir en una *condictio generalis* en el sentido de D. 12, 6, 14 y D. 50, 17, 206 los *obiter dicta* de la tópica retórica de los clásicos, y cómo sólo entonces *iusta causa* recibió una significación específica. No menos instructivo es el descubrimiento en la Edad Media de las categorías, escolásticamente concebidas, de la causa (*finalis*, etc.) en su significación para la moderna creación de sistemas jurídicos y la elaboración especulativa de un *universal principle* de la prohibición de enriquecimiento en los glosadores (sobre todo MARTINUS), sobre la cual, según DAWSON (p. 64 ss.), los postglosadores *more italico* (sobre

184 Es característico que en italiano se use el mismo término, *concetto*, según sea la dirección de la escuela, para designar conceptos jurídicos o también pensamientos en nuestro sentido. Cf. sobre el debate italiano del problema: CALOGERO, La polemica sui concetti giuridici: Riv. Dir. Comm. (1945) 112 ss.

185 Confrontación en COING (n. 130) 40 ss. y H. J. WOLFF en la reseña supra (n. 143) citada de DAWSON.

todo en BARTOLUS) pudieron levantar sus constructores de la sistemática del enriquecimiento, que a pesar, o justamente a causa, de su demostración carente de toda crítica histórica, partiendo de textos erróneamente entendidos como expresión de esta idea, suministraron el más fértil suelo para el desarrollo del *usus modernus*, como por ejemplo la escuela crítica de París. Sobre la análoga situación actual en el *common law*, especialmente en los EE. UU., donde el "Restatement of the Law of Restitution" (Am. Law Institute 1937) introduce incluso doctrinalmente un sistema totalmente "histórico" de reglas de enriquecimiento con arreglo a supuestos de hecho en lugar de las formas de acciones desde antiguo desgastadas y fundidas, cf. infra, p. 243. El desprestigio del sistema de acciones constituye aquí, como en la Roma de Justiniano, el presupuesto para la formación de principios de derecho material y, en general, de un propio sistema material de derecho. Para el *common law* inglés resulta aún inaudita la organización del capítulo 1 del citado "Restatement": *Topic 1, "Underlying principles"*, *Topic 2, "Procedure" (remedies and forms of action)*. De todos modos, en la elaboración técnica del concepto, en este caso el de causa, nunca se sigue el camino señalado por el derecho civil, por mucho que avance la formación de criterios vinculados a supuestos de hecho (infra, p. 243 ss.).

En las distintas materias jurídicas, el grado de este revestimiento técnico y dogmático, y por tanto de posibilidad de "solución" formularia y lógica, de problemas constantes típicos, es muy distinta según sea la tradición, la necesidad de seguridad y la labilidad política de una disciplina. Pero incluso en las partes doctrinariamente solidificadas, como en la doctrina general del derecho penal o en la del derecho de obligaciones, el pensamiento jurídico, sólo heurísticamente traducido en fórmulas teóricas y conceptuales, vela con su valor ético substancial sobre la finalidad de la institución. Esto es cierto incluso allí donde ello no se hace visible gracias a la permanente antítesis de dos "teorías", que representan abiertamente la multiplicidad de valores y postulados en colisión. Por doquier se hace visible que se trata siempre de juicios de valor, basados en criterios prejurídicos, o sea éticos y de política social, los cuales sin embargo necesitan ser transformados en verdades jurídicas, para que puedan encajar en un complejo deductivo ya existente con vigencia positiva. En el 99 por ciento de los casos esta tarea es llevada a cabo por los métodos tradicionales de interpretación, y el problema conjunto de la relación entre la fijación prejurídica de valores y la acuñación de normas, puede designarse, en un profundo sentido, como un problema de interpretación. Pero incluso en sistemas cerrados aparentemente bien meditados quedan, como residuos aquellos no re-

sueltos problemas de estimación, en los que el juez debe acudir a verdades prejurídicas sin enlace axiomático con los principios del derecho.

Por esta razón, el aserto de que lo que en Economía es función y en Ética postulado, en el campo jurídico son la cualidad y la institución, no sólo se aplica a los conceptos que, como el de causa en el derecho civil o el de acto en el derecho penal, transforman intereses y juicios de valor prejurídicos, sino también a los principios, *regulae*, brocardos y otros aforismos jurídicos orientados hacia los problemas. Vale tanto para la regla hecha por el juez como para los preceptos del derecho consuetudinario y legal, y en sus supuestos "notativos" o abiertamente necesitados de cumplimiento posterior, es aún más fácil de verificar que en los "normativos", o sea, petrificados en criterios fijados técnicamente. La "estimación abierta", incluso en características notativas, como las de la usura, del error, de la *fraudulent misrepresentation* o de la frustración del fin del contrato, es una estimación de cualidad jurídica. Por lo demás, no introduce aquí diferencia alguna el uso de supuestos de hechos generales o especiales. Ambos pueden cristalizar normativamente, y los primeros lo han hecho en la elaborada técnica conceptual de nuestro derecho (cf. §§ 823 I, 812 BGB) a menudo de un modo más categórico que las regulaciones singulares que reflejan el antiguo y gráfico supuesto de hecho de las acciones históricas (cf. §§ 824, 825 BGB). En realidad, el supuesto de hecho general representa la completa superación del esquema de acciones, y sin embargo el "principio", que aquél pone en evidencia por primera vez, sigue siendo puramente jurídico: refleja lo ético-político en un plano del pensamiento en el que se ha reducido ya a una fórmula la pugna de los valores y su relación a los postulados específicamente jurídicos del ordenamiento. Es sabido que esta incorporación no siempre se hace con éxito. En tal caso, el valor ético, revestido de una fórmula francamente jurídica, como la *exceptio doli generalis*, subsiste en una antinomia frente a su valor jurídico, que por su parte es intocable, por ejemplo, la "seguridad jurídica". La solución del conflicto, o sea aquí el hacer innocua la eficacia de una sentencia que *de iure* debe aceptarse, pero moralmente debe rechazarse por haber sido obtenida subrepticiamente, pasa entonces al primer plano. La solución es posible dogmáticamente situándose en el plano de "derecho y ejercicio del derecho", pero la inconciliabilidad substancial de los principios jurídicos formales y los principios morales sigue siendo evidente.

Esta labor de traducción de lo ético o político al plano de lo jurídico con ayuda de los medios tradicionales de la εὐδοξα, da un mentís a los representantes de un monismo del derecho y la ética, entendido en el sentido del derecho natural. Contradice también la idea histórica o política del supuesto carácter autónomo de las reglas y figuras positivas

frente a todo lo "metajurídico".[186] La labor judicial significa el restablecimiento continuamente renovado de la comunicación entre valores éticos substanciales (elementos de derecho natural, *irreductible droit naturel* como dice GÉNY) y los valores formales e institucionales del derecho.[187] Para el sentido de este proceso de integración es indiferente que se verifique inadvertidamente en el curso de la interpretación, o que se haga abiertamente por traducción de un postulado ético al plano jurídico de las "buenas costumbres", o de un principio político a los criterios de la *public policy*, o sea, del *ordre public*,[188] y en general

186 Sobre la primera concepción supra p. 43 ss. e infra p. 178 ss. acerca de la naturaleza de los *principes généraux de droit* reconocidos en derecho de gentes. Acerca de los primeros cf. la justificada polémica de RIPERT en su estudio citado (n. 40) 23 ss. y mis dos artículos italianos (n. 11).

187 El término "valor substancial" quiere designar la efectividad de una estimación prejurídica determinada en oposición a formulaciones abstractas y programáticas de ideales éticos, tan carentes de fuerza de convicción normativa, como las definiciones teoréticas de "la" justicia. Cf. RIPERT (n. 40) V/VI y 12 ss., y en especial su certera observación de que el renacimiento de un idealismo éticosocial, advertible después de 1918, no se ha repetido después de la última guerra mundial. De ahí que el periódico "retorno del derecho natural" ostente esta vez claros rasgos de valoración ética material, cf. los trabajos citados de COING (n. 67, 130). Es además característico: WELZEL, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit (1951); pero también trabajos como los de BÉCKER en AcP 150 (1948) 97 ss., mis dos estudios publicados en la Nuova Riv. Dir. Comm. y mi ponencia "Die Wertbezogenheit der Rechtsordnung" en Jb. Bd. 2 de la Int. Hochschulwochen Alpbach (Salzburg 1947) p. 169. En análogo sentido: WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952) 348 ss. Sobre la pluralidad de sentidos del concepto iusnaturalista de sistema, últimamente ERIK WOLFF, Das Problem der Naturrechtslehre (1955) 87 ss.; también ya mi trabajo "Rechtstheorie und Praxis", ponencia y reseña de RYFFEL, Das Naturrecht (1944) Z. öff. R. 334 (1948).

188 Sobre el proceso de transformación de principios políticos en jurídicos y acerca de la necesidad de establecer un compromiso, ya en el plano de la discusión prejurídica, que permita la estabilización y el reconocimiento en derecho, véase el cap. siguiente (V). Un ejemplo de dicha transformación: la igualdad de derechos civiles. También aquí la delimitación jurídica del problema es la característica del principio actualmente vigente frente al postulado, y nada caracteriza tan certeramente el proceso de reducción y relativización en la conversión en derecho de principios político-morales, como el concepto de "*ordre public*". Cf. los ejemplos en PHILONENKO, La notion de l'ordre public international: J. Droit Int. (1953) 781 ss., en especial los casos de derecho ma-

por la intercalación de los *topoi* específicamente jurídicos, como *naturalis ratio, aequitas* y lógica de la cosa.[189]

Con todo eso, no debemos subestimar la importancia de este proceso de fusión del "derecho" y la "moral" en el plano de lo que en apariencia es pura técnica: ni para la superación de una positivista fe ciega en la ley, ni para la superación de un desesperado e irreal dualismo de ley y ética. Sería nefasto que los conceptos y argumentos jurídicos fueran erigidos en categorías independientes: el método jurídico quedaría estéril sin la incorporación de aquellas verdades morales reducidas a evidencias de fuerza lógica o social. El hecho de que hoy se prefiera designarlas como "verdades sociológicas"; es todavía un resultado de la actitud defensiva contra la tutela que pretende ejercer el pensamiento iusnaturalista. Pero esto no lo explica todo: hoy reconocemos el valor propio del pensamiento jurídico-institucional incluso en la cualidad *formal* de aquel precepto. Haciendo caso omiso de su alcance político y de su eficacia jurídica inmediata (por ejemplo, en virtud de postulados de la constitución) el rango mayor o menor que le pertenezca sigue siendo una cuestión del sistema de derecho positivo, no una calificación ético-política. La creación "formal" de sistemas y principios ha quedado desacreditada por el arbitrario manejo de postulados éticos en un plano jurídico que no es sólo accesible a ellos, y que no lo es sin reservas; pero en este desprestigio quedan aspectos obscuros que sólo admitimos con vacilaciones, bajo la impresión de las pretensiones "idealísticas" del derecho natural.[190] Creemos que los "daños a distancia" resultantes de una confusión entre los planos del derecho y la moral han sido esti-

---

trimonial en p. 785 ss. Es también instructiva la tesis de la Cour de Cass. sobre la relación de los tres motivos para la *illicité* de una causa a los efectos del artículo 1.133 C. c.: *Contrariété à la loi, aux bonnes moeurs y à l'ordre public*, así como la gradación *ordre public interne* y *ordre public externe*. Más sobre este principio en cap. VI.

189 Más detalles sobre la importancia de estos *topoi* de transformación en cap. VI.

190 Pero véase últimamente RIEZLER, quien en un artículo programático "Der totgesagte Positivismus" en el Festschrift Fritz Schulz II (1951) 330 ss. (espec. 340 ss.) pone a la vista la ambivalencia práctica del monismo iusnaturalista y declara que los daños causados por un mal entendido "movimiento antipositivista" superan a sus beneficios.

mados aún por debajo de su valor efectivo, si no se atiende a la pérdida de autoridad de la jurisprudencia científica y se devalúa o transvalora artificialmente lo institucional por medio de lo ético. Los principios morales suministran el conveniente enlace entre la norma y el patrón ético *(ethical standard)* del sistema jurídico, pero no su construcción institucional.[191] Aquí la estabilidad de lo positivo y, en la misma medida, la observancia de la forma, es un valor propio que, lo mismo que la eliminación de cuestiones de intención interna, asegura a la verdad jurídica y a los principios del enjuiciamiento en derecho una dimensión propia frente a todo intervencionismo moralizante. Pero el dualismo aparece también en los *topoi* determinantes, cuya antítesis más conocida es la de la intención frente al acto, o la del motivo frente al fin del negocio.[192]

El mantenimiento de esta conformación jurídica de criterios, máximas y postulados éticos, el respeto a los compromisos programáticos obtenidos y formulados *lege artis*, es un mérito del pensamiento positivista, que la teoría moralizante pero también armonizante del derecho natural desconoce profundamente.[193] Pero es igualmente desacertada

---

191 Cf. RHEINSTEIN, What should be the relation of Morals to Law: 1 J. of Public L. (1952) 287.

192 Si se cree que esto se dice de un modo demasiado "filosófico", léase por ejemplo en 1 Am. Jur. 421, Actions § 25, la nota 20: "Los motivos maliciosos hacen peor una causa ya mala, pero no alcanzan a hacer ilícito lo que en su esencia (es decir, esencia legal) es legítimo. Cuando un acreedor que lo es de una deuda justa, deduce demanda o insta la ejecución, aunque lo haga por pura enemistad a su deudor, está seguro. En la difamación, si el demandado demuestra que lo dicho es cierto, su intención de difamar al demandante divulgando su infamia no frustra su justificación. Quien demande a otro por un delito no es necesario que demuestre que ha actuado movido por sentimientos honorables, si puede probar que tenía buenas razones para creer que la acusación era fundada." Sigue una gran cantidad de sentencias completamente conformes con nuestra delimitación. Siempre que nosotros admitimos la *exceptio doli*, incluso en el caso límite de abuso u obtención subrepticia de una sentencia firme, se han formado ya puntos de vista específicamente jurídicos. Detalles sobre la universalidad del principio de la separación de la ética y el derecho infra en capítulo XVIII.

193 Sólo en los últimos tiempos se reconoce esta importancia de la sobriedad jurídica y la necesidad de delimitar metódicamente un campo de argumentación positivo y dogmático. Cf. sobre todo el citado estudio de RIEZLER y

la reacción de la teoría positivista, que cierra los ojos al contenido iusnaturalista de su labor de construcción. Así los iusnaturalistas monísticos y los positivistas dualísticos puros compiten infructuosamente en formulaciones antinómicas, cada una de las cuales recibe de la unilateralidad del partido contrario ("sistematismo metodológico") argumentos suficientes para enmascarar sus propias deficiencias. La central importancia de la labor judicial de transformación por intermedio de los *topoi*, sea del mundo dogmático o conceptual, sea de los principios que fijan la εὐδοξα jurídica, pasa inadvertida por ambos bandos. De este modo no se obtiene ninguna representación adecuada de lo que significan realmente para el proceso de formación del derecho etapas específicas de transformación tales como *bona fides* o *Treu und Glaube*. Se evita aquí reconocer las "irrupciones" de criterios éticos de validez jurídica en el ordenamiento del derecho, dándose así una imagen de lo más insatisfactoria del proceso de transformación. Luego se intenta mantener la unidad del enjuiciamiento jurídico con representaciones místicas tales como la de que derecho y moral constituyen un "tapiz de normas", en el que se deben "distinguir los distintos hilos normativos", pero sin "cortar" el tapiz.[194]

Por lo demás, debemos guardarnos de atribuir una significación intemporal a alguna de estas fases de transformación en el proceso de la positivación del derecho. También ellas nacen, se extienden hasta cubrir el horizonte jurídico universal, se restringen luego a campos especiales, que en una codificación tan enteramente axiomatizada como el BGB (a diferencia del ABGB austríaco), hacen más bien el efecto de cotos tolerados. La idea del "sistema cerrado" de una codificación, que como el BGB pudiera apoyarse sobre el sistematismo doctrinariamente omnicom-

la conferencia de E. SCHMIDT, Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus (1952), que no sólo es una apología de la labor jurídica en este sentido (cf. p. 22: "el positivismo ha muerto, viva el positivismo"), sino que muestra también los requisitos de semejantes elaboración y aplicación positivas del derecho: vuelta a un concepto de ley, que más allá de los "efímeros oportunismos" permita conocer la intención de contestar, objetivamente y de acuerdo con los problemas, las cuestiones de justicia inmanentes a la cosa.

194 VERDROSS, Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral: Forum der Rechtsphilosophie, ed. por SAUER (1950) 9 ss. Sobre la delimitación de principios éticos y jurídicos, cf. infra cap. VIII.

prensivo de la civilística del derecho común, con toda su ilusión de ser completa y carente de lagunas, sólo acudiendo a estos *topoi* específicos permitía llegar a soluciones objetivamente adecuadas, sobre todo en los conceptos axiológicos, fórmulas en blanco y cláusulas generales, o sea en aquellas normas que se convirtieron en los "parágrafos clave" del desarrollo judicial del derecho: §§ 138, 157, 242 BGB, etc. Por lo demás, la formación judicial de normas quedaba reducida a una mera "labor de interpretación" o a una "estimación" heurística de las circunstancias singulares. No así el § 7 del ABGB austríaco,[194a] que reconoce en principio el problema de las lagunas, y también el § 1 ZGB suizo, quien penetra en la labor de estimación "complementaria" del juez y se anticipa en subrayar los *topoi*, como "arbitrio equitativo", "apreciación general de la naturaleza de una institución", "causas importantes", etc., como la parte judicial en la nueva formación del derecho. Sólo que aun bajo el imperio de este positivismo legalista, que en virtud de la herencia de la perfección conceptual pandectística podría mantener en pie la ilusión de una posibilidad deductiva carente de lagunas, sigue inimpugnada la central posición de la lógica objetiva, *aequitas* y *naturalis ratio*, aunque ahora limitada a las "tareas interpretativas". Y aun estos límites se ampliaron, a medida que la turbulenta vida social del siglo XX, con el desarrollo de derechos especiales, por ejemplo en los campos del trabajo y la economía, fué eliminando aquella ilusión de la omnipotencia del sistema. Estas figuras especiales, desarrolladas sin rebozos de la mano de problemas singulares y en virtud de la novedad de éstos, han vuelto a disipar el entredicho en que la técnica codificadora había colocado al pensamiento tópico.

En esta época la idea de equidad rompe del mismo modo los lazos históricos que en el derecho inglés la habían mantenido vinculada a una escuela, de modo que, petrificada formalística y tradicionalmente, hasta el Judicature Act

194a Es sin embargo característico que su remisión a los "principios naturales del derecho" no haya tenido ni una fracción del éxito de nuestro § 242 BGB; los principios doctrinales — contra lo que creía el s. XVIII — no suministran norma alguna; pero la *aequitas* es la indispensable cámara obscura en la que la jurisprudencia, expuesta a la luz del caso, revela la ética en forma de derecho, hasta que la doctrina forma una institución sobre el desarrollo "puntual"; véase infra cap. XV.

(1873/75) pudo llevar su existencia propia como sistema separado al lado del *common law*. Entra en la naturaleza de lo jurídico el que una formación de derecho política y estructuralmente independiente, puesto que actuaba como antagónica a partir de la idea de equidad, debiera petrificarse históricamente por sí misma, lo mismo que el derecho estricto, hasta que por fin sus elementos de justicia penetran uno tras otro en este último, cada vez en las formas que habían recibido en la historia (*actions*). Formalmente, tanto la *equity* como el *ius honorarium* siguen siendo una propia masa de derecho, y los Judicature Acts no significaron una fusión de los sistemas, sino sólo de la organización judicial. Pero de hecho los *remedies at law* y los *equitable remedies* fueron usados promiscuamente.[195] La "subsidiaridad" de los *equity-remedies* se redujo a mera doctrina, puesto que apenas hay un solo campo que no esté tan imbuido de *equitable principles* como entre nosotros de los principios de la buena fe, de la apariencia jurídica, del principio del riesgo, etc. La cuestión escolar de si la "causa de la acción es por naturaleza legal o equitativa", es decir, si la materia demuestra un carácter "equitativo", no impide la aplicación de un *equitable remedy*, si no hay a mano ningún *adequate remedy at law*. También en los EE. UU., donde en algunos estados las facultades de equidad de los tribunales de *common law* están todavía restringidas y donde no existe una jurisprudencia uniforme sobre la cuestión de hasta qué punto, en situaciones *stricti iuris* (por ejemplo, en materia de títulos valor), ha de agotarse hasta el límite los *remedies* legales disponibles,[196] en los tribunales federales se admite siempre la *equitable defense*. Pues la equidad ya no es (solamente) "un sistema de jurisprudencia", sino que al mismo tiempo significa "los principios de criterios en este sistema", tan profundamente introducidos en el sistema legal, que ya se ha dicho: "Equitativo e inequitativo significan justo e injusto."[197] De este modo la equidad recorre las siguientes fases: en el tribunal real, jurisprudencia libre del canciller sobre una base personal (el dicho de que la equidad depende de lo que apriete el zapato al Lord Canciller, está históricamente — no metodológicamente — mejor fundado que el chiste que se oye en nuestras conferencias: es inmoral lo que repugna al sentimiento de decoro de todos los jueces federales de la sala competente, que piensan según los dictados de la justicia y la razón) entendida como paliativo contra la rigidez de un derecho estricto puramente mecánico con sus trabas de índole gremial: desde Eduardo III (1348/49); institucionalización de la Court of Chancery: desde Ricardo II (finales del siglo XIV); estructuración por medio de doctrinas y precedentes: desde el siglo XVII; pasajera atenuación en el sentido de dejar más libre

195 Cf. la ojeada de conjunto en HOLDSWORTH, Equity 1885-1933: 51 L. Q. Rev. 142 ss.

196 Jurisprudencia en 19 A. Jur. 48.

197 *Sloman-Polk Co.* v. *Detroit*, 261 Mich. 689; 247 N. W. 95; 87 A. L. R. 1294, sobre la igualdad de tratamiento en materia fiscal.

campo a la justicia natural de cuño racionalista en el siglo XVIII (LORD MANSFIELD); incorporación por obra de la acción judicial: desde 1873; incorporación de los principios en los campos de la pura materia del *common law*: desde la primera guerra mundial, conforme a la evolución ocurrida entre nosotros y a la substitución de la escuela analítica positiva por la dirección sociológica.[198]

Sin los tópicos del *aequum et bonum* en su múltiple relación con los argumentos de la concepción ética civil, la eficacia de la dogmática de nuestro derecho civil sería de antemano ilusoria. Por esto debemos habituarnos a utilizar las cláusulas generales, con *topoi* tales como "buena fe", en calidad de autorización para la creación judicial de instituciones.[199] También esto contribuyó a confundir cada vez más la distinción histórica entre el derecho estricto y la jurisprudencia según equidad. Con ello, la equidad ha pasado en gran parte su monopolio, en su origen localmente delimitado, a la "idea de equidad", la cual sirve a la atenuación del derecho penal y a su compenetración con consideraciones de justicia y de imputabilidad. En consecuencia, hoy no es reconocido ya como un principio jurídico moralizante de naturaleza propia, sino

198 Sobre la actual situación de los frentes, cf. por ejemplo WILLIAMS The Doctrine of Repugnancy: 59 L. Q. Rev. 358 y 60 L. Q. Rev. 69 y 190, donde se hace ver cómo esta moderna perspectiva de equidad ("la equitad atiende a la esencia de la transacción") en su tendencia sociológica y antihistórica empieza a deformar el *common law* hasta en instituciones de tal arraigo tradicional como el derecho de prenda — atenuando la importancia y la fuerza de la forma —, con gran espanto del *common lawyer*, quien ve en ello una intromisión del moderno revisionismo e intervencionismo judicial en el campo de la autonomía privada. A ello se refieren las palabras finales de WILLIAMS, p. 194: "Si así se les antojara a los tribunales, apenas hay un límite a la extensión con que podría usarse como pretexto para controlar contratos y cesiones." Sobre esta tendencia cf. infra, cap. X, 6. Cf. HANBURY, The Field of Modern Equity: 45 L. Q. Rev. 196, y ya en A Periodical Menace to Equitable Principles: 44 L. Q. Rev. 468; además WINDER, Precedent in Equity, 57 L. Q. Rev. 245 y, naturalmente, las obras clásicas, como MAITLAND-BRUNYATE, Lectures on Equity (1936) (revisión de la obra clásica de MAITLAND [1909]), así como exposiciones históricas como las de PLUCKNETT y HOLDSWORTH.

199 Cf. el polifacético catálogo de los deberes de prestación, que el arbitrio judicial ha desarrollado a partir del "pensamiento básico del § 242 BGB", y otras formaciones constructivas, en un comentario moderno al BGB, como el de SOERGEL(-SIEBERT)[8] (1952). Sobre la significación jurídica universal de semejante constitución judicial de instituciones, véase infra, cap. XVI.

sólo como una necesaria perspectiva de justicia social dentro del mismo sistema de ordenamiento.[200]

Sobre la conexión sociológica de la *aequitas* y el sentimiento civil ya en el derecho romano clásico, cf. PRINGSHEIM,[201] aunque éste separa por completo los procedimientos de la τέχνη retórica y la función procesal de la *aequitas*, pero sin dejar de ver la "subcorriente" de ambos aspectos en el sentimiento vital del *civis Romanus*. La acentuación teórica de la *aequitas* en el derecho no clásico (*In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est*, D. 50, 17, 90) como contrapeso ético al rigor formal de los juristas y como perspectiva social de la "esencia de la transacción", de la incipiente separación categorial del contenido y la forma del derecho, es perfectamente posible que, como proclama continuamente PRINGSHEIM, sea bizantina. En cambio, explicar sin más ni más la equidad como un producto del pensamiento romano oriental, significaría sobrevalorar la fuerza configurativa de la ciencia escolástica y sus doctrinas en un estado totalitario, para poner de acuerdo la causa y la forma de una actitud espiritual. Por esto, aunque el *topos natura aequum est*[202] sea en cuanto a su forma inequívocamente aristotélico (traduc. literal del φύσει δίκαιον), no es por ello un pensamiento de Berito y Bizancio.[203] La historia de las

200 Cf. DEL PASQUIER (n. 19) 44 y mi reseña (n. 69) 169. De ahí se pasa luego a la tajante negación de la equidad como un principio jurídico de naturaleza constructiva, es decir, se la considera como un postulado instructivo de muy diversa significación pragmática (RÜMELIN, Die Billigkeit im Recht [1921] 15, 39 ss.), que sólo puede entenderse como "principio regulador" (GRAMSCH, Die Billigkeit im Recht [1938] 10 ss.), cuando no se le confunde con el cuadro ideal del "derecho justo", en busca del cual se supone que andan todos los sistemas (SEAGLE, Weltgeschichte des Rechts [1941], ed. alemana [1951] 267), o bien se le declara ser un principio ético que, según se adopte una actitud iusnaturalista o positivista, es presentado como ajeno al derecho positivo y actuando en sentido correctivo de éste (ROTONDI, Equità e principi generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano: Recueil Gény II 403 ss.), y por tanto sólo válido en el caso singular en virtud de autorización positiva (BRUGI [n. 34] 164 ss.), o a la inversa, como aquel núcleo ético por naturaleza inmanente que se deja sentir siempre que no sea postergado por la razón política (RIPERT [n. 119] 573 ss., y en sus monografías [n. 40] y Le déclin du droit [1949]; sobre ello infra, cap. XIV).

201 Bonum et Aequum, 52 ZSS rom. A. (1932) 78 ss.

202 D. 12, 6, 14, D. 50, 17, 206, etc.; PRINGSHEIM (p. 145 ss.) reúne no menos que 28 lugares semejantes justamente del campo del enriquecimiento, que así y con giros isotópicos revelan su formulación bizantina.

203 Cf. la correspondiente y puramente doctrinal remisión de la *naturalis ratio*, en el sentido de la escuela romana de los s. III/IV, a la ética estoica vía Cicerón-Panecio en COING (n. 67) 42.

ideas no es historia de las funciones. Para el sentido del *topos naturalis ratio* en la construcción del *ius gentium* más allá del concepto griego y filosófico del derecho natural, las instituciones de Gayo suministran el más abundante material.[204] Pero incluso temporalmente el *topos* de lo *natura aequum* en el sentido de adecuado a la cosa, no se restringe a una época determinada. La representación de "modos naturales de adquisición de la propiedad" en el campo de actos adquisitivos originarios[205] es, en el antiguo derecho romano, una parte del mismo pensar que, por ejemplo en Gayo, fundamenta como *ius gentium* la adquisición por tradición (D. 41, 1, 9, 3). Sólo ahora ha recibido una forma escolástica y puede argumentar partiendo de nuevas pruebas, aquí, por ejemplo, del dogma de la voluntad: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

Sobre la génesis, desarrollo y superación del dualismo *ius* y *aequitas* en la época moderna, debemos también limitarnos a unas pocas sugerencias. Si se quisiera hacer visible la retransformación de este pensamiento escolástico dualista en un pensamiento problemático polifacético dentro del mismo sistema jurídico, habría que exponer los puntos culminantes de esta evolución, por ejemplo, en los *leading cases* del derecho inglés. Como tal punto culminante en la etapa de llenar el petrificado sistema de *equity* con un contenido ético de "justicia natural", que a su vez había de hacer posible y forzosa la transformación de instituciones jurídicas por obra de criterios de las "doctrinas equitativas", debería figurar el caso *Moses* v. *Macferlan*.[206] En el campo del problema de la restitución, este avance, más tarde repudiado, de LORD MANSFIELD significa la primera irrupción en una *exclusive action at law (for money had and received)* de un pensamiento de equidad, que ya no está orientado hacia el sistema histórico-técnico de la equidad del Lord canciller, sino hacia el concepto, originariamente no técnico, del

204 Cf. últimamente SCHWARZ, Zur Einleitung der Gaiusinstitutionen, ponencia en la jornada alemana de historia del derecho (Würzburg, 1952). SCHWARZ hace ver cómo *naturalis ratio*, de ser una idea popular de un orden vital inmanente, que se la supone erróneamente alejada del carácter nacional romano (pues elementos como *bona fides* son justamente romanos), pasó a convertirse en un *terminus technicus* formador de sistema. En ello fue ayudado por su sentido escolar dentro de la ética estoica, importado por la retórica. En la época postclásica, este contenido ético crea un *ius naturale* allende la realidad del *ius gentium*. Sobre la realidad predogmática del *ius gentium* cf. FREZZA, Jus gentium, en 2 RIDA (1949: Mélanges F. de Visscher, tomo I) 295 ss. y GROSSO, Gaius III, 133, Riflessioni sul concetto di ius gentium (1947) y, acentuando la originaria unidad del pensamiento iusnaturalista técnico y profano: Diritto umano e "ius gentium", XVI Studia et Docum. Hist. et Iuris (1950) 254 ss.

205 Cf. KASER en 65 ZSS rom. A. (1947) 219 ss.

206 (1760) 2 Burr. 1005.

aequum et bonum, al que el siglo XVIII ha infundido nueva vida. Sobre la reacción del positivismo cf. luego, por ejemplo, LORD SUMNER en *Sinclair* v. *Brougham*,[207] quien devuelve la *money had and received* al lugar que le correspondía en el *common law* en calidad de cuasicontrato, y cuando no es posible ya fingir ninguna promesa implícita, renuncia a una solución *at law* y exige una aplicación sistemática de los *equitable remedies* (aunque por otra parte los selecciona según sus elementos susceptibles de evolución dentro del derecho moderno, aquí el *tracing* en el *constructive trust*). El ritmo de estas fases, que significan allojamiento y robustecimiento, moralización y formalización de un derecho, dista mucho de ser uniforme, y la moralización de los derechos que puede seguirse en conjunto (en Roma desde hacia los años 60 del último siglo a. C. con la *actio de dolo malo* de Aquilio Galo), en ninguna cultura jurídica constituye un proceso dotado de continuidad, sino que a cada momento pasa por fases de retroceso. Influencias opuestas, como la moralizante de la Iglesia y la formalizadora de la sociedad feudal, pueden conducir, como indica el ejemplo de Inglaterra, a una superposición de los sistemas de ordenamiento. En el abigarramiento de formas de soberanía existentes en el continente y la independiente formación de derecho por parte de príncipe y país, gremio y mercado, corona e iglesia, semejante pluralismo tenía el carácter de lo "orgánico". Pero la concepción de un estado nacional y el centralismo económico no toleran la coexistencia de los sistemas, y por tanto fuerzan a la equidad a volver a asumir el papel de un *topos* ético dentro de un sistema único, como el de un código, para lo cual la doctrina del derecho racional ha realizado una labor de preparación por ambos lados. La plurivalencia de la consideración tópico-problemática en el "proceso interpretativo" substituye entonces el dualismo de derecho estricto y derecho equitativo, del cual no quedan ahora más que algunas ideas borrosas.[208] Pero también el derecho judicial anglosajón con la unificación de la organización de justicia ha experimentado el inicio de semejante fusión de los principios ordenadores en un nuevo concepto del derecho, en el que fueron absorbidos los *equitable doctrines* y *remedies* — cada vez más descompuestos —, y que no deja ni siquiera al árbitro espacio para una decisión asistemática *ex aequo et bono*,[209] fuera de los casos en que así lo estipulara la voluntad de las partes (cf. art. 38 II del Estatuto del Tribunal Permanente de La Haya). Por consiguiente, el término *equitable* es usado en un doble sentido: en sentido técnico-sistemático y en sentido no técnico y ético. Pero tampoco esta significación tópica de "lo que se considera justo y razonable dadas las circunstancias" legaliza arbitrariedad alguna, sino sólo una aplicación, enriquecida por ideas de equidad, de normas jurídicas substanciales (*rules*).[210] Junto a la *aequitas* los demás principios de conversión arriba citados

207 (1914) A. C. 398.

208 Cf. entre otros v. TUHR, Allg. Teil (1926) 209 y ENNECCERUS-NIPPERDEY (n. 27), 190.

209 Véase infra cap. XVII, cf. el Arbitration Act (1950).

210 Así incluso entre los jueces más populares de EE. UU. Cf. por ejemplo CARDOZO en *Evangelical Lutheran Church* v. *Sablem*, 254 N. Y. 161 (1930), o en *Nann* v. *Raimist*, 255 N. Y. 307 con un aserto como: "La equidad no actúa en favor de cualquier perjuicio vago o insubstancial." Así también nuestra jurisprudencia al § 242 con la no admisión de una "libre" sentencia según equidad ad hoc.

gozan de escaso prestigio, pero no es menor su interés metodológico. Así sobre todo el concepto transformador, muy popular, de la "razonabilidad" (*reasonableness*), de la *ratio naturalis*, de la lógica jurídica y objetiva, y sobre todo el de la "naturaleza de la cosa", que desde SAVIGNY[211] es un *topos* preferido de la *ars inveniendi*, más aún, una categoría del pensamiento civilista sistemático, obteniendo su coronación legislativa[212] por obra de EUGEN HUBER.[213] Tampoco aquí hay que confundir la ciencia escolástica y la vida del derecho, y no digamos subordinar las conclusiones de la auténtica teoría al arte mecánico de la dogmática de división conceptual, a cuya sobrevaloración debemos la introducción en nuestras codificaciones de más de un falso problema. Por otra parte, si el llamado positivismo "científico" del siglo XIX, en el que descansan las pretensiones sucesorias, realmente exageradas, del positivismo lógico legal, no hubieran sido otra cosa que especulaciones de escuela, resultaría inexplicable el auténtico éxito de nuestras instituciones bajo el sistematismo del BGB. El juicio desfavorable sobre aquellos logros de la construcción conceptual, que hoy tantas veces se oye, no es compartido por las escuelas civilistas extranjeras de tradición romanística. Cf. también infra acerca de la fijación de la jurisprudencia conceptual en la teoría del *common law*. Lo que perjudicó este método no es la falta de *topoi* pre-positivos, sino su petrificación en un sistema deductivo axiomático, que sólo la jurisprudencia de intereses ha vuelto a hacer más ágil.

211 System des heutigen römischen Rechts I (1840) 206 ss. y V (1841) 511 ss.

212 Sobre su constructiva labor en el derecho común, en gran parte olvidada, cf. COING (n. 67) 118 ss. Sus convincentes ejemplos sacados de la Pandectística hacen aparecer perfectamente fundado su juicio de que la comprensión de la inmanencia del problema previamente dada, oculta bajo el modesto topo "naturaleza de la cosa", ya en el s. XIX se ha ido ampliando más y más hasta convertirse en la idea de una ordenación constante de las cosas (p. 122).

213 Zschr. f. Rechtsphilosophie vol. I y en "Realien der Gesetzgebung": Recht und Rechtsvergleichung (1925) 281-319.