

Agustín Squella Narducci

INTRODUCCION AL DERECHO

Editorial Jurídica de Chile

PROLOGO

No puedo menos que reconocer que he sido afortunado en mi actividad académica, puesto que casi desde el mismo inicio de ella, hace poco más de treinta años, he podido impartir tanto la asignatura de Introducción al Derecho, destinada a los alumnos que se inician en los estudios jurídicos, como la de Filosofía del Derecho, cuyos destinatarios son estudiantes que se encuentran ya próximos a egresar.

Recibir con un curso introductorio a los alumnos que recién ingresan a la universidad, y despedir a esos mismos alumnos, aunque sea con algunas bajas, cinco años después con otro curso que procura llevar a cabo una síntesis de ciertos problemas relevantes, pone al profesor que imparte esos cursos en una posición de privilegio para advertir no sólo los progresos que hacen los estudiantes, sino el propio sentido de su labor docente.

Enseñar es una tarea siempre incierta en cuanto a sus resultados, comparable tal vez a la de los que siembran sin saber demasiado acerca de cuáles serán los frutos de su acción, aunque ver en actividad la inteligencia de jóvenes que se inician en los estudios jurídicos, así como la de quienes los concluyen, permite notar algo de esa luz en el camino que todos necesitamos para continuar en la ruta.

La Introducción al Derecho no es una disciplina, sino tan solo una asignatura. No es una disciplina, o sea, no es un modo de saber acerca del derecho que esté dotado de autonomía y que delimite un objeto propio de conocimiento dentro de los límites más amplios de lo que llamamos el fenómeno jurídico. Pero es una asignatura, lo cual quiere decir que se trata de una

instancia curricular normalmente presente en los planes de estudio de las facultades de derecho.

Por lo común, las distintas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico dan lugar a determinadas asignaturas que se articulan en el plan de estudios que deben cumplir los estudiantes de derecho. Así, por ejemplo, la dogmática jurídica, desmembrada en dogmática constitucional, dogmática civil, dogmática penal, etc, está presente en los planes de estudio de las facultades de derecho bajo las denominaciones de Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal, etc. Lo propio ocurre con disciplinas tales como Historia del Derecho, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho. Pero bien puede ocurrir que una determinada disciplina que versa sobre el derecho –por ejemplo, la Antropología Jurídica, la Psicología Jurídica– no encuentre su equivalente como asignatura, simplemente porque los planes de estudio no la contemplan como curso que los estudiantes de derecho tengan que hacer como parte de su formación jurídica.

Por lo que respecta a la Introducción al Derecho, sin constituir una disciplina es, sin embargo, una asignatura, y, todavía, quizás si la más importante de cuantas se incluyen en el primer año de los estudios jurídicos. La Introducción al Derecho no es un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos acerca del derecho que, cultivados regularmente por cierto tipo de expertos o especialistas, tenga un lugar propio entre las distintas formas o modos de saber que hacen del derecho su objeto de conocimiento. Es únicamente una asignatura o curso indispensable para los estudiantes de derecho –como lo sugiere su misma denominación–, aunque toma los contenidos de su programa de otras disciplinas, en especial de la Filosofía del Derecho, de la Teoría del Derecho, de la Sociología Jurídica e, incluso, de las propias disciplinas de carácter dogmático.

Como asignatura o curso que es, la Introducción al Derecho tiene ciertamente profesores, aunque no expertos que se dediquen a ella con exclusividad y permanencia. Precisamente por esto, suele acontecer que quienes se ocupan de enseñar Introducción al Derecho no limiten a ella su actividad académica, sino que la hagan extensiva al cultivo y la enseñanza de la Filosofía del Derecho o de alguna disciplina dogmática, por ejemplo, Derecho Civil o Derecho Penal.

En cuanto asignatura, la Introducción al Derecho tiene necesidad de expresarse en un programa que contenga y a la vez informe sobre las materias que ella desarrolla. Ese programa no tiene por qué ser único y, de hecho, varía en las distintas facultades de derecho. Con todo, existe un cierto acuerdo entre los profesores de Introducción al Derecho –acuerdo que se ve reflejado en la relativa similitud de los programas que todos ellos enseñan– en que el curso del mismo nombre debe desarrollar, cuando menos, una teoría de las normas y una teoría de las normas jurídicas en particular, una teoría de las fuentes del derecho, una teoría del ordenamiento jurídico, una teoría de la interpretación e integración del derecho, y una teoría de las funciones y fines del derecho, aunque –claro está– sin perder nunca de vista que, tratándose de un curso introductorio, el desarrollo de tales materias debe mantenerse en un nivel de análisis y de complejidad que tenga en cuenta la posición meramente inicial que ocupan los destinatarios del curso en su proceso de formación jurídica, y con conciencia –además– de que algunas de las materias serán retomadas y profundizadas más tarde por otras asignaturas del plan de estudios.

En la presentación y desarrollo de temas como los que fueron señalados, o de otros que se ~~de~~ ^{deben} deban formar parte de su programa, un curso de Introducción al Derecho se propone, ante todo, fijar y compartir con los alumnos un elenco de conceptos jurídicos fundamentales, debidamente interrelacionados entre sí, y compartir, asimismo, un lenguaje jurídico mínimo, o acaso básico, que les permita y a la par les facilite el acceso al estudio de las demás asignaturas, en especial a las que tienen carácter dogmático y se corresponden con las así llamadas ramas del derecho.

De este modo, considero que la Introducción al Derecho, además de ser sólo una asignatura, no una disciplina, es una asignatura en cierto modo instrumental, puesto que prepara, tanto en el terreno de los conceptos como en el del lenguaje jurídico, el camino que el estudiante debe hacer luego en sus restantes años de estudio.

Por tales razones, la Introducción al Derecho no puede ser presentada como una suerte de historia abreviada del pensamiento jurídico –como ocurrió en nuestro medio hasta la década

da de los 60— ni puede tampoco ser desarrollada como si se tratara de una introducción a la Filosofía del Derecho. La Introducción al Derecho, como su nombre lo indica, constituye una aproximación inicial al derecho, entendida esta última palabra como aquella que utilizamos habitualmente para aludir a un fenómeno humano y social presente en cualquier forma de organización de la vida en sociedad, y que tiene, como es patente, una dimensión preferentemente normativa.

A su vez, y por tratarse siempre de una introducción al *derecho*, la asignatura tampoco puede ser reducida, como acontece en ocasiones, a una simple introducción al derecho civil, transformándola de ese modo en una especie de curso de Derecho Civil I que vive entre las asignaturas de primer año simplemente bajo un nombre diferente. La Introducción al Derecho no es una introducción al derecho civil, ni siquiera una introducción al derecho privado, como tampoco tiene por qué ser una introducción al derecho público o a alguna de las ramas de éste. Es una introducción al derecho en general y no a una parte determinada del ordenamiento jurídico.

Dados los temas de que trata la Introducción al Derecho, ésta ha de ser también una asignatura previa a cualquiera de las asignaturas dogmáticas que forman parte del plan de estudios, con lo cual quiero decir que asignaturas como Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal u otras deben ser programadas para un momento posterior a aquel en que los estudiantes hayan cursado y aprobado Introducción al Derecho, concretamente, en el segundo año de los estudios jurídicos. De ahí la inconveniencia, por otra parte, de que asignaturas dogmáticas como esas sean ubicadas en el primer año de los estudios de derecho, puesto que una enseñanza útil de las mismas presupone por parte de los alumnos el manejo de conceptos tales como norma, norma jurídica, ordenamiento jurídico, fuente del derecho, ley, tratado, acto jurídico, contrato, sentencia y muchos otros que son, precisamente, los que un curso de Introducción al Derecho informa a los estudiantes.

Pasando ahora a otro punto, al producir un manual como éste he tenido en cuenta que se trata de una obra destinada a los estudiantes de la asignatura, no a los profesores. Los estudiantes pueden no necesitar saber más de lo que hay en este texto para comprender las materias y rendir con éxito sus pruebas

y el examen final del curso, pero los profesores necesitamos saber más que eso, mucho más en verdad. Por eso es que el libro concluye con un listado de obras y autores que, amén de identificar la bibliografía en que se apoyan las explicaciones del texto, puede servir a los docentes del curso para conocer más a fondo las materias que se desarrollan en los diferentes capítulos. He evitado las notas al pie de página, porque a mi entender se avienen mal con la estructura y propósitos de un simple manual, aunque en el texto principal no se eluden las citas de autores que se consideran necesarias. Tal vez se exagere por momentos en las citas de autores, aunque he procurado que resulten pertinentes, oportunas y, sobre todo, aclaratorias de los distintos temas a propósito de los cuales se las hace.

De más está decir que al estar este manual destinado a los estudiantes, ello no excluye la necesidad de asistir a clases. Sin exagerar, la clase constituye un momento irremplazable en el proceso de conocimiento y comprensión de las materias por parte de los estudiantes. Un texto es sólo un texto y nada puede sustituir a ese momento oral en el que, cara a cara, profesores y alumnos toman un primer contacto con las materias del curso y tienen la posibilidad de expresar dudas y discutir conclusiones.

En la preparación de un manual dirigido a los estudiantes hay siempre dos riesgos distintos, e incluso opuestos, que el autor debe procurar evitar, a saber, que el texto termine pareciéndose a un ensayo o que acabe siendo una exposición más o menos trivial de materias que tienen que ser memorizadas por los alumnos. Huelga decir que, consciente de ambos riesgos, intenté evitar tanto uno como otro, aunque no estoy seguro de haberlo conseguido. Por momentos, este manual toma probablemente la densidad y el tono de un ensayo, mientras que en otros no pasa de ser una mínima y seguramente insuficiente presentación de ciertas materias. Al tanto de lo anterior, sólo me queda el consuelo de que al escribir un autor nunca consigue plenamente sus propósitos, aunque abrigo también la esperanza de que haya pasajes de esta obra, aunque sean escasos, en los que el punto que se buscó dar con ella se encuentre conseguido al menos en alguna medida.

Por otra parte, todo manual, especialmente en el caso de uno de Introducción al Derecho, adopta un cierto punto de vista. Este punto de vista tiene que ver con las ideas del autor acerca del de-

recho y con las que tiene también sobre cada una de las materias que se desarrollan. Es provechoso, por lo mismo, que un manual advierta y en lo posible dé cabida a otros puntos de vista. Sin embargo, en el caso presente ello ha sido hecho de una manera bastante esporádica, puesto que dar cuenta de todos los puntos de vista, o siquiera de los más aceptados e influyentes, demanda una extensión mucho mayor de la que debe tener razonablemente una obra de este tipo y puede, asimismo, perjudicar la línea expositiva adoptada y que es preciso conservar.

En otro orden de cosas, en los capítulos que siguen a continuación de este prólogo se encontrarán muchas palabras que aparecen impresas en letra cursiva. El empleo ocasional de esa tipografía es simplemente una manera de destacar determinados conceptos, o de contrastarlos, llamando la atención del lector sobre la o las palabras que parecen claves en relación con el concepto o idea que se está desarrollando.

Ignoro si este manual va a tener en el futuro una nueva edición. En cualquier caso, voy a agradecer los comentarios, observaciones o sugerencias que docentes de la asignatura o estudiantes quieran hacerme llegar y que permitan mejorar el texto que viene a continuación.

Por último, tengo que agradecer a varias personas e instituciones cuya colaboración y apoyo resultaron decisivos para la preparación de esta obra.

Por un lado, a quienes tuve como profesores de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho –Adolfo Carvallo, Antonio Campo y Carlos León– y por el otro, a Aldo Valle, Eliana Ceriani, Claudio Oliva y Rodolfo Figueroa, quienes colaboran conmigo en tareas docentes y de investigación.

También a las Escuelas de Derecho de la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales, en las que enseñé actualmente, por las facilidades que sus directores me otorgaron durante el año 1999 para la preparación del manual.

En cuanto al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales –Carlos Peña–, mi deuda es aun mayor. El tuvo la bondad de revisar algunos capítulos de la obra y de hacerme valiosas sugerencias para mejorarlos. Del mismo modo, agradezco a José Zalaquett la lectura que hizo de la parte relativa a los derechos humanos, así como las indicaciones que formuló al respecto.

Agradezco también a Antonio Bascuñán Valdés, a quien debo más de algo en mi vida académica, y cuyos materiales de estudio para el curso de Introducción al Derecho me han facilitado durante muchos años la exposición de las materias ante los alumnos.

Mi agradecimiento a Ana María García, el tipo de editora paciente y amable que necesitaría todo autor que se propone escribir una obra jurídica en menos tiempo del que se requiere para ello.

Asimismo, a María Luisa Tobar, quien digitó algunos de los capítulos en sus horas libres, revisó la digitación imperfecta que yo hice de otros y acudió siempre prestamente a sacarme de los problemas que a menudo me ocasiona el uso del computador.

Y mis agradecimientos también a quienes dediqué esta obra, es decir, a los alumnos de los cursos de Introducción al Derecho que he impartido desde 1969 en adelante. Ellos tuvieron que seguir las clases sin el apoyo de este manual y estoy consciente de que mi modo tradicional de impartir docencia les dificultó más de una vez llevar sus propios apuntes. En cualquier caso, es para nuestros alumnos que trabajamos los profesores universitarios, no para hacer una carrera ni buscar reconocimiento.

Por lo mismo nada puede reemplazar ese momento, que se repite tres o cuatro veces cada semana, en el que uno deja momentáneamente la oficina que ocupa en la facultad, ingresa luego a una sala de clases, cierra la puerta tras de sí, espera a que se haga silencio y vuelve a tomar ese contacto severo, profundo, entretenido, cálido, indispensable, con estudiantes que están allí aguardando no al que sabe, sino al que puede ayudarles a llegar a saber.

Todo profesor percibe que al cabo de ese momento, esto es, cuando concluye una clase, la sensación con la que uno vuelve a su despacho o sale a la calle no es siempre la misma. Puede ser de satisfacción, pero también puede ser de descontento. Lo notable, en todo caso, es que, cualquiera sea la sensación con que dejamos la sala de clases, volvemos a ella la siguiente vez como si algo extraño y seductor estuviera de nuevo por ocurrir.

AGUSTIN SQUELLA
Noviembre de 1999

CAPITULO I

**DERECHO, SOCIEDAD
Y NORMAS DE CONDUCTA**

PRIMERA PARTE
NATURALEZA Y SOCIEDAD

1. LA NATURALEZA Y LA SOCIEDAD

El hombre en la naturaleza y en la sociedad. Leyes de la naturaleza y normas de conducta. Principio de causalidad y principio de imputación. Ciencias naturales y ciencias normativas. Los aportes de Popper y Kelsen. Physis y nomos.

El hombre en la naturaleza y en la sociedad.— Tanto la naturaleza como la sociedad constituyen algo así como el medio ambiente inevitable del hombre, aunque se trata de dos ámbitos diferentes, lo cual quiere decir que el hombre tiene, por un lado, un medio *natural*, por el otro, un medio *social*.

Vivimos en medio de la *naturaleza*, como es obvio, o sea, nacemos, nos desarrollamos y morimos instalados en medio de un cierto orden y disposición de las cosas y fenómenos que componen lo que llamamos universo y en cuyo origen no ha cabido al hombre ningún tipo de intervención. No sabemos a ciencia cierta si eso que llamamos “universo” fue producto de un acto deliberado de creación por parte de un ser superior o el resultado de una explosión casual que expelió grandes cantidades de energía que formaron luego las galaxias, los planetas y las condiciones para el surgimiento de la vida al menos en uno de esos planetas. Pero lo cierto es que el hombre estuvo ausente de tales acciones y nada tuvo que ver ni con el diseño ni con la formación de lo que en general llamamos “naturaleza”: un todo autónomo, dotado de sus propias leyes, que el hombre se limita meramente a descubrir, a enunciar de un modo racional y, eventualmente, a aprovechar en su propio favor.

Distinto es lo que pasa ahora con la *sociedad*, porque por sociedad se entiende una “agrupación de individuos que establecen vínculos y relaciones recíprocos e interacciones estables”, de donde se sigue que hay sociedades tanto de animales como de seres humanos. Esta última es una reunión que forman los seres humanos con el propósito de colaborar entre sí para conseguir un mejor cumplimiento de ciertos fines que interesan a todos, y es algo en cuya aparición y desarrollo el propio hombre ha tenido una directa intervención. Más específicamente todavía, sociedad es una “agrupación constituida sobre un territorio por individuos humanos que, participando de una misma cultura y de unas mismas instituciones sociales, interaccionan entre sí para el desarrollo de sus intereses comunes y la consecución de sus fines” –según podemos leer en el *Diccionario de Filosofía* de Antoni Martínez Riu y Jordi Cortés Morato–, todo lo cual no excluye, sino que en cierto modo presupone, la existencia de conflictos entre los hombres que viven en sociedad. Como escribe Carlos Nino, determinadas circunstancias “llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de otros. Las mismas circunstancias que generan conflictos entre los individuos son las que los mueven a colaborar mutuamente para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar algunas de sus consecuencias más desastrosas”.

Por otra parte, es efectivo que hay quienes creen que la sociedad es una institución natural –“El hombre aislado, decía Aristóteles, o es un bruto o es un Dios”, o sea, algo menos o algo más que un hombre–, pero también hay quienes sostienen que la sociedad que forman los hombres a partir de cierto instante es el producto de un pacto que pone término a un estado previo, llamado precisamente de “naturaleza”, que, según Rousseau, habría sido un estado de paz y felicidad, y que, según Hobbes, habría sido un estado de guerra de todos contra todos.

Pero se entienda la sociedad como una institución natural o convencional, o sea, se entienda que no podemos vivir sino en sociedad (Aristóteles) o que a partir de cierto momento decidimos vivir de ese modo por alguna razón (Rousseau y Hobbes), y se entienda, asimismo, en la segunda de esas hipótesis, que la convención que dio origen a la sociedad puso término a un estado anterior de felicidad (Rousseau) o a uno de infortunio

(Hobbes), lo cierto es que sin mucha dificultad podemos advertir que la naturaleza está regida por leyes –que llamamos por ello “leyes de la naturaleza”–, en tanto que la sociedad está regida por reglas que en general llamamos “normas de conducta”, o, simplemente, “normas”. El propio derecho, según veremos más adelante, es un conjunto de normas que tienen por función, como dice Nino, “evitar o resolver algunos conflictos y proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social”.

Leyes de la naturaleza y normas de conducta.– Efectivamente: la diferencia entre *naturaleza* y *sociedad* nos conduce a esta nueva distinción: la que diferencia *leyes de la naturaleza* de *normas de conducta*. Así, por ejemplo, decimos que los movimientos del sol, de la luna, de los planetas, como la propia sucesión de las estaciones, pueden ser explicados por ciertas leyes que llamamos del modo antes indicado: leyes de la naturaleza. Por otra parte, en la vida social encontramos ciertas prohibiciones y mandatos, que llamamos normas de conducta, o simplemente normas, tales como los Diez Mandamientos, las disposiciones que establecen quiénes, cómo y cada cuánto tiempo tendrán derecho a elegir al Presidente de la República, o las reglas que se encuentran en la Ordenanza del Tránsito y que es preciso aprender como requisito previo para obtener licencia de conducir.

“No matarás”, dicen los Diez Mandamientos; “Podrán participar en las elecciones todas las personas que hayan cumplido 18 años de edad y estén inscritas en los Registros Electorales”, dice por su parte la Constitución de un país; “Los vehículos deberán detenerse cuando la señal del semáforo esté en rojo y avanzar cuando esté en verde”, dispone la legislación del tránsito del mismo país.

Nadie confundiría hoy las leyes de la naturaleza con las normas de conducta. Sabemos de la existencia de ambas y tenemos más de una experiencia de unas y de otras, pero nunca las confundiríamos. Todos intuimos de algún modo que es bien distinto decir que los cuerpos caen en el vacío a una velocidad determinada por su masa más la aceleración correspondiente (la llamada “ley de la gravedad”), a decir que la velocidad máxima que un vehículo puede desarrollar en una determinada carretera es de 100 kilómetros (una norma que deben observar los conductores).

Sin embargo, es fácil confundir leyes de la naturaleza y normas, por dos motivos. Uno, porque la distinción entre aquéllas y éstas no siempre estuvo clara en el entendimiento del hombre; dos, porque a veces llamamos "leyes" a las "normas", que es lo que pasa, por ejemplo, cuando los estudiantes de derecho cuentan a sus amigos que están estudiando "leyes".

Karl Popper, uno de los filósofos más importantes de este siglo, describe del siguiente modo la diferencia entre leyes de la naturaleza y normas. Una diferencia que podríamos anticipar, resumidamente, con la siguiente afirmación: las leyes de la naturaleza describen regularidades empíricas, mientras que las normas expresan directivas para nuestra conducta. Esto significa que las primeras establecen lo que *es*, o sea, *describen*, mientras que las segundas establecen lo que *debe ser*, o sea, *prescriben*.

Pero veamos cuáles son las exactas palabras de que se vale Popper a este respecto en su libro *La sociedad abierta y sus enemigos*: "el análisis de la evolución humana presupone la clara captación de una importante diferencia. Nos referimos a la que media entre (a) las *leyes naturales* o de la naturaleza, tales como las que rigen los movimientos del sol, de la luna y de los planetas, la sucesión de las estaciones, etc.; y (b) las *leyes normativas* o normas, que no son sino prohibiciones y mandatos, es decir, reglas que prohíben o exigen ciertas formas de conducta, como por ejemplo los Diez Mandamientos o las disposiciones legales que regulan el procedimiento a seguir para elegir a los miembros del parlamento". Y agrega luego: "la distinción entre las leyes del tipo (a), es decir, las proposiciones que describen uniformidades de la naturaleza, y las del tipo (b), o sea, las normas tales como las prohibiciones o mandatos, es tan fundamental que difícilmente tengan estos dos tipos de leyes algo más en común que su nombre".

Antes de seguir, detengámonos un instante en la figura de Popper. Este pensador contemporáneo se caracterizó por propiciar lo que él llamó una "actitud crítica", que para él es lo mismo que una "actitud racional". Es más: consideró a esa actitud como un método que deberían adoptar tanto los científicos como los filósofos, y que "consiste en enunciar claramente los problemas y examinar críticamente las diversas soluciones propuestas", donde la expresión "críticamente" quiere decir "racionalmente".

En su libro *Conocimiento objetivo*, Popper se pregunta acerca de cuál es la diferencia entre Einstein y la ameba. Todos sabemos que una ameba es un animal microscópico y que Einstein, un físico y matemático de nuestro siglo, es considerado uno de los genios más notables de la historia.

"Pues bien —dice Popper—, de la ameba a Einstein no hay más que un paso". ¿En qué consiste ese paso? En que "los actos de la ameba no son racionales, si bien podemos suponer que lo son los de Einstein".

"Admito —sigue Popper— que aunque sus métodos cuasialeatorios y sus movimientos nebulosos de ensayo y error (los de la ameba y los de Einstein) no sean básicamente muy distintos, hay una gran diferencia en sus actitudes frente al error. Al contrario de la ameba, Einstein, siempre que se le ocurría una solución nueva, intentaba falsarla conscientemente por todos los medios, detectando en ella algún error". O sea, Einstein "enfocaba críticamente sus propias soluciones".

Y concluye: "Creo que la diferencia realmente importante que media entre Einstein y la ameba es la actitud crítica consciente hacia sus propias ideas".

Volviendo ahora a nuestro tema, la ameba, cree Popper, se parece al hombre primitivo porque no utiliza un método crítico, esto es, *racional*, para plantear y buscar soluciones a los problemas, y, por lo mismo, no advierte la diferencia entre leyes de la naturaleza y normas de conducta.

Principio de causalidad y principio de imputación.— En síntesis: las leyes de la naturaleza describen ciertas regularidades o uniformidades que observamos en la naturaleza, sobre la base de advertir que dada una cierta *causa* (por ejemplo: aplicar calor a un metal) se produce un determinado *efecto* (el metal se dilata, esto es, aumenta de volumen). Entonces, las leyes de la naturaleza describen hechos que acontecen en ese medio que llamamos naturaleza. Tratan de lo que es, de lo que efectivamente acontece cuando en presencia de una causa determinada se sigue un determinado efecto, y funcionan así sobre la base del *principio de causalidad*: un principio en virtud del cual podemos afirmar que en presencia de una determinada causa o antecedente (aplicar 100 grados de temperatura al agua) se seguirá de manera inevitable un determinado efecto o consecuencia (la eva-

poración del agua). Como escribe a este respecto Roberto Verengo, las leyes naturales son aquellas que establecen “de una manera muy simplificada y esquemática una relación entre dos hechos”, y afirman, en consecuencia, “que un cierto hecho está condicionado por la existencia de otro hecho”. A este último hecho se le llama “antecedente”, mientras que a aquél se le llama “consecuencia”.

En cambio, las normas prescriben determinados comportamientos que las personas deben observar en ciertas circunstancias y prevén también algún tipo de castigo para el caso de que no se las cumpla. Entonces, las normas prescriben conductas, o sea, señalan no lo que es, sino lo que debe ser, y operan así sobre la base no del principio de causalidad, sino del llamado *principio de imputación*: un principio que establece que una determinada consecuencia debe ser imputada a determinado acto, sin que pueda decirse, sin embargo, que este acto sea propiamente la causa de dicha consecuencia ni ésta el efecto de aquél.

Apropiarse indebidamente de la propiedad de otro es un delito y este delito tiene asignada una sanción que llamamos *pena*. Pero la comisión del delito no es la *causa* de la pena, en tanto que ésta no es el *efecto* del delito. De partida, advirtamos que la norma del Código Penal que define algo como delito, esto es, como algo que no debe ser hecho —por ejemplo, la apropiación de la propiedad de otro— no siempre es observada, o sea, que en uno, dos y en verdad en muchos casos, todos los días, alguien ejecuta esa conducta que se encuentra legalmente prohibida. Por otra parte, advirtamos también que ese u otro delito cualquiera puede cometerse sin que se siga efectivamente una sanción, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando nunca se individualiza al infractor, éste se oculta y nunca es habido, o cuando es perdonado por su víctima.

A este mismo respecto, Henrik von Wright nos dice lo siguiente: “Puede utilizarse el contraste ‘prescriptivo/descriptivo’ para distinguir las normas de lo que no son normas. Las leyes de la naturaleza son descriptivas y no prescriptivas; por consiguiente, no son normas”.

Ciencias naturales y ciencias normativas.— Por otra parte, al distinguir el principio de causalidad del de imputación, podemos distinguir luego a las ciencias sociales *normativas*, como la ética

y la ciencia del derecho, que estudian su objeto, las normas de la moral y las normas del derecho, respectivamente, conforme al principio de imputación, de las ciencias *naturales*, como la física y la química, que estudian sus respectivos objetos aplicando el principio de causalidad.

Véase entonces lo siguiente: la distinción entre *naturaleza y sociedad* conduce a la distinción entre *leyes de la naturaleza y normas de conducta*; la distinción entre leyes de la naturaleza y normas de conducta conduce a la distinción entre el *principio de causalidad* y el *principio de imputación*; y la distinción entre estos dos principios conduce a la diferenciación entre *ciencias normativas y ciencias naturales*.

Los aportes de Popper y Kelsen.— Decíamos antes que no siempre hemos tenido suficiente claridad acerca de tales distinciones.

Kelsen explica lo anterior de la siguiente manera: “El hombre primitivo no interpreta la naturaleza de acuerdo con el principio de causalidad, sino conforme al principio de imputación. Interpreta su relación con los animales y con los objetos inanimados de acuerdo con la Ley que determina sus relaciones con otros hombres: el principio de retribución. Esta es la norma: si tu conducta es mala, debes ser castigado, si tu conducta es buena, debes ser recompensado. El hombre primitivo concibe a la naturaleza no como un orden causal, sino como uno normativo establecido por una voluntad sobrehumana. Si un fenómeno despierta su curiosidad, no pregunta cuál es su causa, sino quién es el responsable, quién debe ser castigado o premiado. Concibe a la naturaleza como si formara parte de la sociedad”.

Por su parte, Karl Popper, sintetiza su pensamiento de esta manera:

No siempre el hombre ha distinguido entre naturaleza y sociedad ni entre leyes de la naturaleza y normas de conducta.

Esa distinción es producto de un proceso, del desarrollo humano, que parte de lo que el autor denomina “monismo ingenuo”, característico de lo que Popper llama “sociedad cerrada”, y que llega finalmente a un “dualismo crítico”, característico, por su parte, de lo que él llama “sociedad abierta”.

“En la actualidad —sigue Popper— vivimos en sociedades abiertas, o más o menos abiertas, según los casos, aunque no siem-

pre fue así. Es más: el hecho de que exista todavía hoy mucha gente que trata de evitar ese paso (el paso del monismo ingenuo al dualismo crítico) es índice elocuente de que nos hallamos en plena transición de la sociedad cerrada a la sociedad abierta”.

El punto de partida, que hemos llamado “monismo ingenuo”, corresponde a la etapa de la vida social del hombre en que todavía no existe distinción alguna entre leyes naturales y normas.

Se trata de una situación en que “el individuo no distingue entre las sanciones impuestas por los demás hombres cuando se viola algún tabú y las experiencias desagradables sufridas por el desconocimiento del medio natural”.

Por su parte, en el llamado “monismo ingenuo” hay dos etapas:

Una, la del “naturalismo ingenuo”, que representa un estado en el que los hombres sienten que las reglas son dadas uniformemente, ya sea naturales o convencionales, y que se encuentran más allá de toda posible alteración por su parte; y otra, la del “convencionalismo ingenuo”, que representa un estado en el que las uniformidades tanto naturales como normativas son consideradas expresión de decisiones de dioses o de demonios.

Es la etapa, sigue Popper, en la que el ciclo de las estaciones, o el movimiento de las mareas, o los desplazamientos de los astros en el firmamento, obedecen a “leyes”, “decretos” o “decisiones” que gobiernan el cielo y la tierra al mismo tiempo y que han sido establecidas o adoptadas por el Creador, ejemplo de lo cual son estas expresiones de Heráclito: “El sol no desviará un solo paso de su trayectoria, so pena de que las diosas del Destino, las emisarias de la Justicia, lo encuentren y lo vuelvan de inmediato a su curso”.

El derrumbe del “convencionalismo ingenuo”, que Popper llama también “tribalismo mágico”, se halla íntimamente ligado con el descubrimiento por parte del hombre de que ciertas prohibiciones sociales no son las mismas en las diversas tribus, y que, por tanto, el cumplimiento de esas prohibiciones es impuesto por el hombre, no por los dioses, y que incluso tales prohibiciones pueden ser de hecho violadas sin que se produzca ninguna consecuencia desagradable para el infractor, que es lo que ocurre cada vez que un infractor elude con éxito la aplicación de la sanción correspondiente.

La experiencia de que estas regularidades sociales son producidas por hombres y pueden ser modificadas por éstos, y también violadas por ellos sin que se siga necesariamente un castigo, conduce a la diferenciación entre “leyes normativas de observancia impuesta por los hombres, que se basan en decisiones o convenciones humanas, y las leyes naturales uniformes que se hallan más allá de los límites anteriores”. “Una vez comprendida claramente esta distinción —escribe Popper— se alcanza la etapa que hemos denominado ‘dualismo crítico’”.

Por lo mismo, el “dualismo crítico”, nos dice Popper, “se limita a afirmar que las normas de conducta pueden ser hechas y alteradas por el hombre, o, más específicamente, por una decisión o convención de observarlas o modificarlas; y que es el hombre, por lo tanto, el responsable moral de las mismas”. Y añade: “Decimos que las normas son hechas por el hombre, en el sentido de que no debemos culpar por ellas a nadie, ni a la naturaleza ni a Dios, sino a nosotros mismos. Nuestra tarea consiste en mejorarlas al máximo posible, si descubrimos que son defectuosas”.

Physis y nomos.— A propósito del tema que nos ocupa, conveniría proporcionar la siguiente información: entre los griegos, los primeros en tomar conciencia de lo *humano* —lo histórico, lo cultural— frente a lo *natural* son los sofistas, quienes introdujeron la distinción entre lo que es por naturaleza (que llamaron *physis*) y lo que es por convención (*nomos*).

Etimológicamente, “sofista” es una palabra que viene del griego “sofistés”, que significaba sabio y que se empleaba entre ellos para aludir a quienes estaban en posesión del saber. Por lo mismo, se trató de una expresión que se aplicaba a todos los pensadores anteriores a Sócrates, quien, lo mismo que Pitágoras, prefirió considerarse a sí mismo y ser considerado por los demás sólo un fiel amigo del saber. De ahí, entonces, el vocablo “filósofo”, que significa, precisamente, amigo del saber y no el señor de todas las verdades.

Pero “sofistas” fue también, en los siglos IV y V a.C., la denominación que se dio en Grecia a un grupo de pensadores que compartieron unos rasgos comunes que vamos a identificar más adelante. A ese grupo se opusieron los grandes filósofos de la época —Sócrates, Platón y Aristóteles—, acusándolos de ser por-

tadores de un falso saber que, no obstante, los sofistas eran capaces de transmitir con gran habilidad discursiva y capacidad de persuasión, y es por eso, entonces, que la palabra sofista tiene hasta hoy una connotación despectiva. Cuando hoy se le dice a alguien que es un "sofista", lo que se le quiere decir es que utiliza el lenguaje y su capacidad de persuasión al servicio de un falso saber.

Sin embargo, hay que hacer algo de justicia a los antiguos sofistas, puesto que tuvieron el mérito de que, a diferencia de los filósofos griegos anteriores a ellos, orientaron sus especulaciones no hacia la naturaleza, sino a las cosas del hombre, no hacia los fenómenos del mundo físico, sino a los del mundo espiritual, y desplazaron de ese modo a la filosofía desde la *physis* al *nomos*, desde el *cosmos* a la *polis*, o sea, desde el *universo* a la *sociedad*.

Es efectivo que los sofistas no constituyeron en Grecia una auténtica Escuela. Es cierto también que algunos de ellos fueron genuinos pensadores que intentaron pensar e investigar sobre las costumbres y, en particular, sobre cuestiones de índole moral, advirtiendo que las técnicas de hablar bien y de saber persuadir eran buenas para la democracia de la época. Pero es igualmente efectivo que otros de los llamados sofistas no pasaron de ser meros profesionales del discurso y de la argumentación que vendían sus servicios a cualquiera que quisiera tener éxito en la vida social o pública de la época. Entre los primeros estuvieron Gorgias y Protágoras; entre los segundos, Trasímaco y Calicles.

En cuanto a las características que compartieron los sofistas del primer grupo, se destacan las siguientes:

- Un cierto escepticismo religioso, que los llevó a declararse agnósticos ("Ignoro si Dios pueda o no existir") o derechamente ateos ("Dios no existe").

- Un cierto escepticismo filosófico, que los llevó a creer que lo que los filósofos pueden ofrecer a sus semejantes no son auténticas verdades, sino meras opiniones.

- Una defensa incluso del relativismo cultural, que los llevó a poner en duda la existencia de patrones absolutos de conducta válidos para todo tiempo y lugar.

- Un convencionalismo moral, que los llevó a la convicción de que a diferencia de la naturaleza y sus leyes, la sociedad y sus normas -incluidas las de carácter moral- son fruto de convenciones y acuerdos.

- Una predilección por la función de enseñar, aunque entendiendo la enseñanza como una ocupación, como un trabajo que debía ser remunerado, y no, según creía Sócrates, como una obligación de tipo moral.

Por todo lo anterior, los sofistas pueden ser vistos como un lejano antecedente de lo que en el siglo XVIII se conoce con el nombre de Ilustración, un fenómeno cultural, pero también político y con alcances religiosos, que marca el inicio de la modernidad.

2. VIDA HUMANA Y NORMAS DE CONDUCTA

Clases de normas. El núcleo común de las distintas clases de normas. El origen etimológico de la palabra "norma". Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart.

Clases de normas.- Aclarada ya la distinción básica entre naturaleza y sociedad, y entre leyes de la naturaleza y normas de conducta, las primeras sujetas al principio de causalidad y las segundas al de imputación, precisemos ahora que nuestro interés está centrado no en la naturaleza, sino en la sociedad; no en las leyes de la naturaleza, sino en las normas de conducta; no en el principio de causalidad, sino en el de imputación; no, en fin, en las ciencias naturales, sino en las ciencias llamadas normativas, y, en particular, en ese saber normativo que se denomina "ciencia del derecho".

Ello porque de lo que se trata es estudiar derecho, de introducirnos en el estudio del derecho, y algo nos dice, desde la partida, que el derecho es un fenómeno que no pertenece a la naturaleza, sino a la sociedad, o sea, que se trata de algo que el hombre hace o produce con un cierto fin; que es algo, además, que contiene normas o que tiene que ver preferentemente con normas; que, por lo mismo, la experiencia que todos tenemos del derecho es, ante todo, una experiencia normativa; y que, en fin, cuando se estudia derecho, lo que se estudia, de preferencia, es un conjunto de normas vigentes en un lugar y tiempo dados, por medio de las cuales los hombres regulan sus comportamientos, establecen derechos y obligaciones recíprocos, prevén posi-

bles conflictos y dan a éstos, cuando se producen, un curso de solución que no pasa simplemente por la aplicación de la ley del más fuerte, y consienten, en fin, en que tales normas puedan ser auxiliadas, a efectos de su cumplimiento, por el uso de la fuerza socialmente organizada.

Pero si hemos de quedarnos en el mundo de las normas, tenemos que aclarar qué son ellas, o sea, tenemos que aclarar lo que queremos decir cuando hablamos de normas de conducta; tendremos que aclarar, asimismo, cuántas clases de normas de conducta existen y cuáles son las propiedades o características que identifican a la clase de normas que nos interesa —las normas jurídicas— y que, a la vez, permiten diferenciarlas de otras clases de normas de conducta, como es el caso, por ejemplo, de las normas de trato social y de las normas morales.

La verdad es que vivimos inmersos en un universo normativo, con lo cual quiero decir que la existencia de todo hombre, así como la de la sociedad en su conjunto, se hallan regidas por una impresionante multiplicidad de normas que, además, pueden ser agrupadas en diferentes clases.

Norberto Bobbio nos dice que no bien hemos comenzado a dirigir la atención al mundo de lo normativo, uno de los motivos que más causa asombro es que este mundo es extraordinariamente amplio y múltiple.

Escuchemos sus propias palabras: "Las normas jurídicas, a las cuales dedicaremos de manera especial nuestra atención, representan sólo una parte de la experiencia normativa. Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, de costumbres, reglas de aquella ética menor que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc.". Y agrega: "Todo individuo pertenece a diversos grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos: cada una de esas asociaciones se constituye o se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta".

Si acaso las precedentes explicaciones de Bobbio no fueran suficientes para comprender que de verdad vivimos inmersos en una suerte de universo normativo, analicemos a continuación un sencillo ejemplo cotidiano que mostrará cómo nuestra conducta se desenvuelve con sujeción a varios tipos de normas.

Una persona cualquiera sale por la mañana de su casa y saluda a uno de sus vecinos al momento de cruzarse con éste en la calle. Es probable que la persona de nuestro ejemplo observe ese comportamiento de modo habitual y, por lo tanto, que no examine mayormente, caso a caso, por qué se comporta de ese modo y no de otro. Sin embargo, si le pidiéramos reflexionar sobre el particular, nos diría que en presencia de sus vecinos actúa de ese modo —saludándolos y no pasando inadvertidamente ante ellos— porque considera que es su deber hacerlo. Si a continuación le preguntáramos qué tipo de deber es ese, nos diría que se trata de un deber social, esto es, que actúa de tal modo en obediencia de la *norma de trato social* que impone el deber de saludar a nuestros vecinos.

Imaginemos que la misma persona ingresa a un templo y escucha un servicio religioso en cuyo desarrollo observa otra serie de conductas, a saber, rezar, hincarse, permanecer de pie, acercarse a recibir un sacramento, dejar en el lugar la cantidad anual con que contribuye al sustento de su iglesia, etc. Seguramente esta persona tendrá una mayor conciencia acerca de los motivos que lo inducen a observar estas conductas y, preguntado por qué hace todo eso, diría ahora que lo hace en obediencia de ciertos deberes que él mismo reconoce como deberes muy distintos de aquellos a los que pertenece la obligación de saludar a sus vecinos. Agregaría que se trata de deberes religiosos, o sea, admitiría que su comportamiento está en tal sentido determinado por normas de este otro tipo, a saber, *por normas religiosas*.

A la salida del templo, el individuo de nuestro ejemplo recibe la súplica de una mujer en evidente situación de pobreza, quien le pide dinero para alimentar a los niños que la acompañan. El sujeto, conmovido, saca dinero y lo deja en manos de la mujer. Es probable que se trate de una conducta que el sujeto observa siempre o casi siempre en presencia de una situación de necesidad como la descrita y que, por lo mismo, no se detenga suficientemente a pensar por qué actúa de ese modo. Pero si le preguntáramos sobre el particular, volvería a decirnos que se comporta de ese modo, o sea, ayudando a quien lo necesita, porque lo considera un deber, aunque este deber no es ciertamente social, sino de otro orden. Se trata ahora de un *deber moral* impuesto por una norma del tipo correspondiente. Es posible

que nuestro individuo considere que se trata también de un deber religioso, puesto que su religión le manda amar al prójimo e ir en auxilio de éste cuando lo requiere, pero ello no obsta al carácter específicamente moral del deber que él ha observado. Esto último puede ser apreciado con claridad si se repara en el hecho de que un individuo no creyente, esto es, que carece de fe religiosa y que no reconoce tampoco deberes de ese tipo, podría también considerar obligatorio ayudar a la mujer necesitada.

El sujeto de nuestro ejemplo podría subir luego a su automóvil e intentar ponerlo en marcha, para lo cual cuenta con que tiene que ejecutar ciertas conductas, tales como ingresar al vehículo valiéndose de una llave, encender el motor utilizando otra llave, pisar el embrague y colocar la caja de cambio en la posición correcta, presionar un pedal llamado acelerador y maniobrar sobre la dirección del vehículo para que éste salga en un determinado sentido. Todas esas conductas son también conductas reguladas, en este caso por las llamadas *reglas técnicas*, de modo que nuestro individuo sabe perfectamente que debe ajustar su proceder a tales normas si es que quiere que el vehículo se ponga efectivamente en marcha. Sin embargo, este nuevo tipo de reglas, las reglas técnicas, se llaman de ese modo –“reglas” y no “normas”– porque se limitan a establecer los medios idóneos para conseguir un fin práctico determinado. Por lo mismo, y a diferencia de lo que ocurre con las normas de trato social, las morales y las jurídicas, las reglas técnicas representan *necesidades* condicionadas, no *deberes* condicionados, puesto que ellas se limitan a establecer qué es necesario hacer para tener éxito en la consecución de un fin práctico determinado, que en el caso de nuestro ejemplo era conseguir poner en marcha un automóvil.

Por lo mismo, y valiéndonos ahora de otro ejemplo de regla técnica, nadie diría que para encender el televisor alguien reconoce el *deber* de presionar el botón rojo correspondiente, sino que tiene *necesidad* de hacerlo si es que quiere que el aparato efectivamente encienda. De este modo, el efecto que se sigue para aquél que debiendo observar una regla técnica no lo hiciera, no consiste propiamente en un castigo, sino, simplemente, en la no obtención del fin práctico perseguido. Así, las reglas técnicas no conciernen a un *deber ser*, sino a un *tener que*.

Con todo, es preciso advertir que las llamadas reglas técnicas tienen también importancia en ámbitos convencionales. Esto quiere decir que el fenómeno de la necesidad –ese *tener que* a que nos hemos referido antes– se encuentra también presente en determinados ámbitos convencionales, por ejemplo, el de los juegos. Así, una regla técnica de tipo convencional en el juego del fútbol es aquella que dice que los laterales, esto es, las jugadoras que tienen que ser hechas por un equipo cuando el otro equipo ha sacado la pelota fuera de la cancha, tienen que ser servidos con las manos. En este caso, como se ve, la necesidad, el *tener que* sacar con las manos, no proviene de la experiencia, sino de un acuerdo o convención previamente establecido.

Por otra parte, las reglas técnicas de tipo convencional son también abundantes en el caso del derecho. Así, por ejemplo, la regla que establece que el matrimonio debe celebrarse en presencia de dos testigos, o la que dispone que la compraventa de bienes raíces tiene que ser hecha por medio de una escritura pública. En ambos casos hay también *necesidad* de hacer las cosas de una determinada manera, aunque dicha necesidad es puramente convencional.

Volviendo ahora a nuestro ejemplo, supongamos que el sujeto, debido a que no observó las reglas técnicas que establecen cómo se ha de conducir un vehículo, se vio obligado a abandonar éste y a continuar su viaje en un vehículo de la locomoción colectiva. El sujeto sube a un autobús, entrega algo de dinero al conductor, éste a su vez le hace entrega de un pequeño trozo de papel, el sujeto toma luego asiento y el conductor se ocupa de trasladarlo en una determinada dirección. Aparecen aquí nuevos comportamientos muy habitualmente ejecutados, tanto que nuestro sujeto y el conductor no han necesitado cruzar siquiera una palabra para explicarse entre sí lo que uno y otro hacen. Pero uno ha entregado una suma de dinero y el otro le conduce luego en una cierta dirección. Si preguntáramos ahora a ambos por qué hacen eso, dirían que proceden así por deber, porque existen unas *normas jurídicas* que regulan el contrato de transporte urbano de pasajeros, y que esas normas, así como imponen al pasajero el deber de pagar el importe de su pasaje, imponen también al conductor la obligación de transportar a los pasajeros en una cierta dirección, siguiendo para ello una ruta trazada de antemano.

Algo parecido acontecería si el sujeto de nuestro ejemplo bajara del autobús, enfilara sus pasos a una plaza y tomara asiento frente a un lustrabotas que tiene preparados sus implementos de limpieza y que se da acto seguido a la tarea de dar brillo a los zapatos que tiene por delante, de modo que, terminada su faena, nuestro individuo le entrega algo de dinero. Nuevamente es probable que ambas personas no hayan intercambiado una sola palabra entre sí, aunque las dos saben que han celebrado un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual el lustrabotas se obligó a limpiar el calzado de nuestro sujeto, mientras éste se obligó a pagar la tarifa que existe por un servicio semejante.

Si pensamos ahora en un contrato menos sencillo –por ejemplo, si el lustrabotas decide arrendar una habitación de la que es propietario el sujeto de nuestro ejemplo–, nuevamente van a producirse deberes jurídicos para ambos. El arrendador tendrá que poner la cosa arrendada a disposición del arrendatario, de modo que éste pueda usarla sin interferencias de ningún tipo, y deberá ocuparse, por ejemplo, de que la habitación sea previamente dejada por el arrendatario anterior. Por su parte, el lustrabotas, en condición ahora de nuevo arrendatario del inmueble, tendrá que pagar la renta mensual convenida y cuidar la cosa arrendada de modo de no ocasionarle daños.

Lo que interesa destacar a propósito de los dos últimos ejemplos es que carece de relevancia cuál es el contrato celebrado y cuáles las formalidades que hayan o no acompañado su celebración, porque lo que cuenta es que se trata efectivamente de un contrato y que de él van a derivar obligaciones jurídicas para una o para ambas de las partes de que se trate. Para ambas, como en los casos de los contratos de transporte urbano, de servicio y de arrendamiento antes indicados, y para una –por ejemplo, en un préstamo de dinero que nuestro sujeto hace al lustrabotas–, porque en este último caso nace una obligación –la de devolver la suma prestada– sólo para aquel que recibió el préstamo de que se trate.

Del modo antes indicado, un sencillo ejemplo de la vida cotidiana ha venido en apoyo de la afirmación de que la existencia de cualquier persona se desarrolla siempre e inevitablemente con sujeción a distintos tipos de normas de conducta.

Ahora bien, todas las normas que aparecieron en nuestro ejemplo, si meditamos ahora un instante en ellas, provienen de

distintos sujetos o instancias normativas que las han producido; van dirigidas también a diferentes sujetos; tienen asimismo muy diversos contenidos; persiguen igualmente fines muy diferentes; y su observancia, por último, va seguida de castigos que son bien disímiles entre sí. Pero por ser todas ellas normas, tienen que poseer algo en común. ¿Qué será ello? Bobbio responde: todas ellas “son proposiciones que quieren influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquéllos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que a otros”.

Al hilo de cuanto se ha dicho previamente, conviene recapitular lo siguiente:

Primero: la vida del hombre en sociedad se desenvuelve con sujeción a distintas clases de normas, a saber, por ejemplo, normas religiosas, normas morales, normas de trato social, normas jurídicas, reglas técnicas de carácter convencional.

Segundo: las distintas clases de normas difieren bastante entre sí si nos fijamos en la *autoridad* que las dicta e impone, en los *sujetos* cuyas conductas pretenden regular, en sus *contenidos*, en el tipo de *deberes* que imponen, en los *fines* que persiguen, y en los *castigos* que contemplan para el caso de que no se las cumpla. Así, todos sabemos o intuimos de algún modo que la autoridad que dicta normas religiosas no es la misma que está autorizada para dictar normas jurídicas. Todos sabemos, asimismo, que los sujetos imperados por las normas de una determinada religión no son los mismos que están imperados por las normas de trato social. Todos sabemos, además, que las normas de trato social nos imponen deberes distintos de los que nos imponen las normas morales. Sabemos igualmente que los fines de las normas religiosas, morales, de trato social y jurídicas no son los mismos. Sabemos, en fin, que los castigos a que quedamos expuestos cuando infringimos alguna de esa clase de normas –por ejemplo las de trato social o las religiosas– no son del mismo tipo que los castigos que debemos afrontar cuando infringimos normas de tipo jurídico.

El núcleo común de las distintas clases de normas.— Sin embargo, a pesar de sus obvias y marcadas diferencias en todos esos aspectos, de todas ellas decimos que son igualmente normas de conducta, porque comparten el núcleo central que las hace ser

tales. ¿Cuál es ese *núcleo común*? En todos los casos, se trata de proposiciones o enunciados que tienen por objeto influir en nuestro comportamiento, dirigir nuestra conducta en un sentido o el otro, conseguir que actuemos en una determinada manera que se considera deseable. “Adorarás a Dios”, “Se debe cumplir con la palabra empeñada”, “Tenemos la obligación de saludar a nuestros vecinos”, “Las personas que están inscritas en los registros electorales tienen el deber de sufragar en las elecciones”, son ciertamente normas de distintas clases. La primera es religiosa, la segunda moral, la tercera es de trato social, mientras que la cuarta es jurídica. Pero todas comparten ese núcleo común que las hace ser normas, puesto que en todos los casos se trata de proposiciones que tienen la pretensión de influir en nuestro comportamiento.

El origen etimológico de la palabra “norma”.— Ese núcleo central que podemos fijar a propósito del concepto de norma se refuerza cuando descubrimos que “norma” es una palabra que viene de su similar en latín, que significa a su turno “escuadra” y que, por extensión, significa también “regla o modelo”. Dicha palabra latina, según podemos leer en el “Diccionario de Filología” de Antoni Martínez y Jordi Cortés, traduce una expresión griega, “gnomon”, que quiere decir “ángulo recto formado por dos piezas de madera unidas que servía como instrumento de medición”. Así, por extensión, tal como decíamos recién, la palabra es utilizada también como sinónimo de “arquetipo” o “modelo” que debe tenerse en cuenta al actuar. En este sentido de “arquetipo” o “modelo” de comportamiento aparece la palabra “norma” cuando decimos, por ejemplo, “estas son mis normas”, o “tal proceder no se ajusta a mis normas”.

Atendido ese doble sentido que tiene la palabra latina “norma”, así como la expresión griega “gnomon”, a saber, el sentido de un instrumento de medición y el sentido de un arquetipo o modelo, no es extraño, en consecuencia, que los dos significados que de esa misma palabra registra el Diccionario de nuestra lengua sean precisamente éstos: “Escuadra que usan los artífices para arreglar y ajustar los maderos, piedras y otras cosas”, y “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades”. Pero, la verdad sea dicha, el Diccionario de la lengua castellana agrega un tercer significado de

norma —“precepto jurídico”—, que pone de manifiesto que el derecho —que es el fenómeno que a nosotros interesa en este momento— es algo que está compuesto por normas o que tiene que ver preferentemente con normas.

Entonces, pareciera que tenemos ya a la mano una definición de norma, a saber, que se trataría de enunciados que quieren influir en la conducta de los hombres, dirigiéndola en un sentido o en otro. Pero la verdad es que esto resulta demasiado vago y general como para que podamos aceptarlo como una definición satisfactoria de norma.

Tenemos que trabajar más, entonces, con estas preguntas: ¿Qué son las normas? ¿Qué queremos decir cuando hablamos de normas?

Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart.— Para que pueda captarse la dificultad en que nos ponen aquellas preguntas, narraremos a continuación un episodio real bastante divertido, sobre todo si uno piensa que no acontecen muchas anécdotas divertidas entre los hombres de derecho y, menos aun, entre los filósofos del derecho.

En noviembre de 1961, el filósofo del derecho inglés, Herbert Hart, visitó a otro teórico del derecho ya mencionado por nosotros, Hans Kelsen, quien vivía y enseñaba entonces en la Universidad de Berkeley, una de las varias sedes que tiene en los Estados Unidos la Universidad de California.

Ambos autores se reunieron en un gran auditorio de la universidad, en el que se apretujaba una masa de cerca de mil estudiantes y profesores, y a poco de iniciado el debate se trenzaron en una discusión a propósito de la palabra “derecho”.

Kelsen afirmó en ese foro que a su juicio el derecho era una clase o tipo de normas de conducta, o sea, dijo que cuando hablamos de derecho de lo que hablamos es de un cierto conjunto de normas que rigen en un lugar y tiempo dados, unas normas que tienen la particularidad de ser coercibles, esto es, que tienen la posibilidad de ser aplicadas por la fuerza.

Como Kelsen insistiera una y otra vez en definir el derecho como norma, Hart le preguntó qué entendía él por norma.

La pregunta de Hart era muy pertinente, porque si alguien dice que el derecho es una realidad normativa, un cierto tipo o clase de norma, ese alguien está obligado a aclarar qué quiere

decir con la palabra "norma", o sea, tiene que proporcionar una definición o al menos una idea de qué son las normas.

Pues bien: fue tanto lo que Hart insistió con su pregunta que Kelsen, exasperado, y en un tono de voz inusualmente alto en un octogenario, contestó al fin, casi fuera de sí, "¡Una norma es una norma!", cosa que asustó tanto a Hart que éste cayó hacia atrás en su silla.

Pero más allá de lo cómico que debe haber resultado esa situación —Kelsen gritando "¡Una norma es una norma!" y Hart, asustado, cayéndose de su silla—, lo cierto es que el episodio que hemos recordado pone de manifiesto lo que decíamos antes: la dificultad que existe para definir el género de las normas. Si Kelsen, uno de los filósofos del derecho más importantes de este siglo y probablemente de toda la historia del pensamiento jurídico, tuvo dificultades al respecto, porque no pudo responder más de lo que respondió —que no fue propiamente una respuesta—, podemos imaginarnos entonces el grado de complicación que hay detrás de una pregunta en apariencia tan sencilla: ¿qué es una norma?

Por lo mismo, antes de referirnos en particular a los diferentes tipos de normas —morales, de trato social, jurídicas— es preciso tratar a las normas en general, o sea, tenemos que esclarecer, hasta donde resulte posible, una noción "desconcertante", como la llamó Hart, quien en su libro *El concepto de derecho* sostiene que la manera más útil de definir el derecho es por referencia a la "familia general de las reglas de conducta", porque siempre que hablamos de derecho "lo hacemos como algo que contiene reglas", como algo que "está compuesto principalmente por reglas". Sin embargo, admite el propio Hart, sobre las normas tenemos sólo "ideas vagas y confusas".

3. VON WRIGHT Y LAS NORMAS DE CONDUCTA

Seis tipos de normas. Tipos principales y tipos secundarios de normas. Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción. Normas y usos del lenguaje. Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal.

Seis tipos de normas.— Georg Henrik Von Wright, y la teoría que este lógico ha desarrollado acerca de las normas, pueden prestarnos un buen apoyo en nuestra tarea de aclarar el concepto de norma. Su pensamiento al respecto podría ser resumido de la siguiente manera:

La palabra "norma" es utilizada en varios sentidos y, a menudo, con un significado poco claro.

Si ordenamos los distintos sentidos en que suele utilizarse la palabra "norma", tendremos 6 tipos de normas, a saber, *normas definitorias* o *determinativas*; *normas técnicas* o *directrices*; *normas prescriptivas*; *normas ideales*; *normas consuetudinarias*; y *normas morales*.

Para definir cada uno de esos seis tipos de normas conviene remitirse al libro de Von Wright, *Norma y acción*, y apoyarse, asimismo, en la muy adecuada presentación que de este tema hace Daniel Mendonca en su texto *Introducción al análisis normativo*.

En primer lugar están las normas *definitorias*, llamadas también *determinativas*, que son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto. Las reglas de los juegos, o sea, aquellas que fijan cuáles son en un determinado juego las acciones o los movimientos correctos e incorrectos.

Están luego las normas *técnicas*, llamadas también *directrices*, que son aquellas que establecen los medios idóneos para alcanzar un fin determinado.

Se las acostumbra denominar "reglas" técnicas, en lugar de "normas técnicas", porque se refieren no propiamente a deberes de los sujetos, sino a necesidades que éstos tienen que observar cuando se proponen un fin determinado. Por lo mismo, menos que un *deber ser*, indican un *tener que*. Así, por ejemplo, según vimos en su momento, hay un conjunto de reglas técnicas que determinan qué es lo que hay que hacer para conducir un automóvil, esto es, para ponerlo efectivamente en marcha y llevarlo en la dirección que se desee.

En tercer lugar están las normas *prescriptivas*, llamadas también *prescripciones*, que son aquellas que emanan de una autoridad normativa y que van dirigidas a uno o más sujetos normativos respecto de los cuales dicha autoridad tiene la pretensión de que se comporten como la norma establece. Además, la autoridad normativa que establece la prescripción



procede a promulgar ésta, o sea, a certificar su existencia y a darla a conocer a los correspondientes sujetos normativos, a fin de que éstos puedan efectivamente cumplirla. Por último, y para dar efectividad a este tipo de normas, la autoridad normativa preestablece un castigo o sanción que deberá hacerse efectivo cada vez que algún sujeto normativo no se comporte como la prescripción señala.

Las normas del derecho son un buen ejemplo de prescripciones, aunque, según veremos en su momento, no todas las normas jurídicas son prescripciones. Lo que pasa es que el derecho, visto en su conjunto, esto es, no en una o más de las normas aisladas que lo componen, sino en esa unidad que recibe el nombre de "ordenamiento jurídico", puede ser visto, efectivamente, como un orden *prescriptivo* de la conducta humana.

En cuarto término están las normas *ideales*, que son aquellas que sin estar referidas a un comportamiento específico que deba ser observado por alguien, establecen, no obstante, determinados modelos generales o arquetipos con los que se quiere presentar el conjunto de los atributos que caracterizan a un tipo humano determinado. Por lo mismo, las normas ideales establecen antes *modo de ser* que *modos de hacer*.

Normas ideales, por ejemplo, son las que establecen qué es un buen padre de familia, un buen profesional, un buen marido, que son sin ir más lejos los mismos ejemplos que Daniel Mendonca ofrece en su libro antes mencionado.

En quinto lugar están las normas *consuetudinarias*, que son aquellas que marcan ciertas regularidades conductuales que se producen a partir de la disposición o tendencia de los hombres a actuar de la misma manera ante situaciones también similares. Son auténticos *hábitos sociales* que se transforman luego en patrones de conducta para los miembros del grupo de que se trate.

Finalmente, están las normas *morales*. Von Wright declara que este tipo de normas es de muy difícil caracterización por la falta de suficientes criterios identificadores, lo cual puede provenir de que la moral no constituye un ámbito normativo unitario, según expondremos en su momento, sino diferenciado a lo menos en tres diferentes esferas: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos y filosóficos.

Tipos principales y tipos secundarios de normas.— A los tres primeros tipos de normas Von Wright los llama "tipos principales de normas" y a los tres últimos "tipos secundarios de normas". Estas denominaciones se justifican, en su opinión, porque es característico de los tres tipos secundarios presentar afinidades con uno o más de los tres tipos principales. Así, por ejemplo, las normas consuetudinarias tienen algo de las normas definitorias o determinativas y se parecen también a las prescripciones. Por su parte, las normas morales se parecen a las directrices y a las prescripciones. Por lo que respecta a las normas ideales, estarían en una posición intermedia entre las definitorias y las directrices.

Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción.— Quisiera invitarlos ahora a que de todos esos seis tipos de normas, fijemos la atención en las llamadas "prescripciones", porque es este sentido de la palabra norma el que más sirve para comprender y explicar las normas jurídicas, y, asimismo, las morales y las de trato social, porque estas tres últimas clases de normas tienen algo, o mucho, de las así llamadas "prescripciones".

Si uno mira el esquema de Von Wright, sólo las normas jurídicas encajarían en lo que él llama "prescripciones", puesto que las de trato social encajarían en las "consuetudinarias", las morales en las "morales", y las religiosas no sabríamos bien dónde colocarlas, puesto que el autor finlandés les da una presencia mínima en su esquema.

Si nos quedamos ahora sólo con las "prescripciones", éstas presentan según Von Wright siete elementos constitutivos:

Carácter: el carácter de una norma se halla en relación con lo que ella prescribe, puesto que una norma tanto puede estar dada para que algo *deba ser hecho*, *no deba ser hecho* o *pueda ser hecho*. Si una norma prescribe que algo debe ser hecho, estamos en presencia de una norma de *obligación*; si una norma prescribe que algo no debe ser hecho, estamos en presencia de una norma de *prohibición*; si una norma prescribe que algo puede ser hecho, estamos en presencia de una norma de *permisión*.

Contenido: el contenido de una norma es aquello que la norma declara obligatorio, prohibido o permitido. Es claro que lo

que las normas declaren obligatorio, prohibido o permitido es siempre una acción, o sea, una determinada conducta o comportamiento. Por ejemplo, "Todo alumno que entre a la sala debe cerrar la puerta tras de sí"; "Los alumnos no fumarán en clase"; "Los alumnos podrán salir de la sala de clases cuando lo deseen".

Condiciones de aplicación: las condiciones de aplicación de una norma son las circunstancias que deben darse para que la acción normada sea considerada obligatoria, prohibida o permitida, según los casos. Desde el punto de vista de las condiciones de su aplicación, una norma puede ser *categorica* o *hipotética*. Será categorica cuando la condición de su aplicación surja de su propio contenido ("Cierre la ventana") e hipotética cuando la condición de su aplicación no pueda ser derivada de su solo contenido y se requiera de una condición adicional que debe agregarse a su formulación ("Si llueve, cierre la ventana").

Autoridad normativa: la autoridad normativa es el agente que dicta o emite la prescripción. Es la autoridad que obliga, prohíbe o permite un determinado comportamiento. A este respecto, puede decirse que cuando ese agente es el mismo que debe dar cumplimiento a la norma, estamos en presencia de una norma *autónoma* ("Debo ir todos los domingos a la Iglesia de La Matriz a colaborar con el párroco en la atención de los pobres"); en cambio, cuando el agente es distinto y está por encima del sujeto que debe cumplir la norma, diremos que ésta es *heterónoma* ("Los peatones deben cruzar la calzada sólo en los sitios especialmente habilitados para ello").

Sujeto normativo: el sujeto normativo es el destinatario de la prescripción, o sea, el sujeto a quien la norma manda, prohíbe o permite un determinado comportamiento. Aquí se distinguen las normas *particulares* de las *generales*, según rijan la conducta de uno o más sujetos específicos, o de toda una categoría de sujetos que respondan a una misma descripción. Cuando un juez dicta un fallo y condena a Juan a sufrir la pena de presidio perpetuo como responsable del homicidio perpetrado en la persona de Pedro, establece una norma particular; en cambio, cuando el Código Penal prohíbe el homicidio y dice, por ejemplo, que el que mate a otro sufrirá la pena de presidio perpetuo, establece una norma general.

Ocasión de aplicación: la ocasión de aplicación de una norma está dada por la localización espacio temporal en que debe ser cumplido el contenido de la norma de que se trate. Esto quiere decir que las prescripciones indicarán dónde y cuándo deben ser cumplidas.

Promulgación: la promulgación es la certificación que de la existencia de la norma debe hacer la autoridad normativa para que los sujetos normativos puedan conocerla y cumplirla.

Sanción: la sanción es la amenaza de un castigo que la autoridad normativa agrega a la prescripción para conseguir así mayor eficacia en el cumplimiento de ella por parte de los sujetos normativos.

Normas y usos del lenguaje.— Otra manera útil de aclarar qué son las normas, y en particular en qué consiste ese tipo de normas que llamamos prescripciones, es fijándonos en los distintos usos que podemos hacer del lenguaje.

A través del lenguaje, o sea, a través de esos símbolos que utilizamos cada vez que hablamos o escribimos (las palabras), podemos hacer muchas cosas.

Ludwig Wittgenstein expuso una larga lista de acciones que podemos realizar a través del lenguaje, algunas de ellas bastante simples como saludar ("¿Cómo está usted?"); agradecer ("Gracias por prestarme dinero"); suplicar ("Por favor, no me ponga una mala nota"); rezar ("Padre nuestro que estás en los cielos"); dar órdenes ("Cierre la puerta"); describir objetos ("Esta lapicera es de color negro"); valorar cosas o acciones ("Esta lapicera es hermosa" o "No me parece bien cómo usted se comporta en clase"); relatar sucesos ("Cuando salí hoy de mi casa vi como mi vecina barría las hojas de su jacarandá"); hacer conjeturas ("Pienso que Santiago Wanderers subirá este año a primera división"); cantar ("O sole mío..."); contar chistes ("En un bar había un chileno, un argentino y un peruano....").

Establecido que hay varios usos posibles del lenguaje, ¿cómo ordenar de algún modo esos usos?

Uso informativo o descriptivo: es aquel que hacemos del lenguaje cuando éste se emplea para transmitir información, de manera que de las oraciones de que nos valemos se puede decir que son verdaderas o falsas. "Hoy tenemos un día soleado"; "Hay 18 gra-

dos de temperatura"; "Faltan 10 minutos para el término de la clase", serían ejemplos de este uso del lenguaje.

Uso interrogativo: es aquel que hacemos del lenguaje cada vez que nos valemos de éste para obtener alguna información, como por ejemplo en las siguientes frases: "¿Qué temperatura tendremos hoy?" "¿Cuántos minutos faltan para que termine la clase?"

Uso expresivo: es aquel que hacemos del lenguaje cuando éste se emplea para expresar emociones o para provocarlas en nuestro interlocutor. "Me gustas cuando callas porque estás como ausente..." "Piecitos de niño, azulosos de frío, cómo os ven y no os cubren, Dios mío", "Hoy la he visto, la he visto y me ha mirado, hoy creo en Dios". De este modo, el lenguaje poético es un tipo de lenguaje expresivo, pero no todo lenguaje expresivo es poético, como lo demuestra esta otra exclamación: "¡Arriba Colo Colo!"

Uso operativo: es aquel que hacemos del lenguaje cada vez que el solo hecho de pronunciar una palabra, o un conjunto de palabras, se confunde con la acción a que esas mismas palabras se refieren y que queremos realizar. "Sí, juro"; "Yo te bautizo en el nombre..."; "Voy" (en una mano de póquer).

Uso prescriptivo o directivo: es aquel que hacemos del lenguaje cuando intentamos dirigir la conducta de nuestro interlocutor, o sea, cuando lo que queremos es que éste adopte un determinado comportamiento o curso de acción, como en los casos de "Cierre la puerta", "Salga de la clase", o "Es conveniente tomar apuntes en clase".

Cada vez que ordenamos, rogamos, sugerimos, recomendamos, pedimos, incluso cada vez que interrogamos —de donde resulta que el llamado uso interrogativo del lenguaje podría ser una modalidad del uso directivo del mismo—, estamos en presencia de ese uso del lenguaje que llamamos *prescriptivo o directivo*. Se trata de actos lingüísticos múltiples y diversos, pero que tienen algo claramente en común: con todos ellos lo que se busca es conseguir que otro realice una determinada acción.

También son posibles los usos combinados del lenguaje, por ejemplo, del *informativo* y *prescriptivo*: "Llueve, así que toma tu paraguas"; del *prescriptivo* y *expresivo*: "Da limosna a ese mendigo. ¡Es muy triste la pobreza!".

Entonces, uno podría decir que las normas, y en particular

las prescripciones, constituyen un uso *directivo* del lenguaje, porque cada vez que alguien dicta o pone en vigencia una norma, lo que busca es *influir* en el comportamiento del o de los destinatarios de la norma de que se trate.

Así pasa, por ejemplo, con la norma religiosa que dice "Amarás a Dios por sobre todas las cosas y al prójimo como a ti mismo"; o con la norma moral que establece "Debes decir siempre la verdad"; o con la norma de trato social que dispone "Debes utilizar los cubiertos cuando comas"; o con la norma jurídica que dice "Cada vez que se celebra un contrato de compraventa, el vendedor deberá retener el 20% del precio y declararlo y enterarlo luego en arcas fiscales".

Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal.— A propósito de la relación entre normas de conducta y lenguaje, cabría advertir, además del hecho de que las normas sólo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, lo siguiente:

En el fenómeno normativo es preciso distinguir el *acto normativo*, el *enunciado normativo* y la *norma* propiamente tal.

Llamamos *acto normativo* al acto lingüístico ejecutado por una autoridad normativa en un lugar y tiempo dados, destinado a producir una prescripción y, como tal, orientado finalmente a dirigir la conducta de otro u otros sujetos.

El *enunciado normativo* es el resultado del acto normativo, o sea, se trata de una cadena de expresiones del lenguaje gramaticalmente correcta y completa.

Finalmente, la *norma* es el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución del acto normativo.

Es importante tener presente esta triple distinción, puesto que cada uno de estos componentes del fenómeno normativo tiene un distinto status. El acto normativo tiene un status *pragmático*, el enunciado normativo tiene un status *sintáctico* y la norma tiene un status *semántico*.

Pragmático, en el caso del *acto normativo*, porque lo que este acto pretende es instituir una norma, promulgarla. *Sintáctico*, en el caso del *enunciado normativo*, porque es la Sintaxis la parte de la Gramática que enseña cómo unir y coordinar las palabras para formar oraciones. *Semántico*, en el caso de la *norma*, porque la Semántica es el estudio de los significados.

A propósito de lo último que acabamos de decir, es conveniente diferenciar entre “normas” y “enunciados normativos”. Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón escriben lo siguiente a este respecto: “Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es el conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por tanto, entre la formulación de la norma (el enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados”.

De este modo, cuando leemos los artículos de un Código o de una ley, o cuando repasamos los Diez Mandamientos, lo que tenemos propiamente por delante no son normas, sino enunciados normativos. Las normas van a ser los significados que atribuyamos a tales enunciados, lo cual pasa por la interpretación de éstos.

“Ama a tu prójimo como a ti mismo” es un enunciado normativo. Y para dar con la norma es preciso que se interprete ese enunciado; por ejemplo, que se interpreten la palabra “amar” y la expresión “prójimo”. En el contexto de un enunciado normativo como ese, “amar” puede tener diferentes interpretaciones: ¿significa que debemos atender a las necesidades de nuestro prójimo, que debemos tener afecto por éste, que debemos desearlo, que es preciso sentir pasión por él? Lo mismo pasa con la palabra “prójimo”: ¿debemos entender toda la humanidad o sólo las personas con quienes nos relacionamos más habitualmente? Según entendamos una cosa u otra, la norma será distinta.

El enunciado normativo puesto a la entrada de un parque “Se prohíbe la entrada de vehículos” obliga a interpretar la palabra “vehículos”. ¿Se trata sólo de vehículos motorizados? ¿Se incluye a las bicicletas, al coche en que transportamos a un recién nacido, al pequeño auto a pedales que conduce un niño?

Esta distinción entre enunciado normativo y norma hace posible que enunciados normativos distintos expresen una misma norma (“Se prohíbe fumar”, “No se permite fumar”), o que un mismo enunciado normativo pueda expresar más de una norma (“Las personas que tengan un ingreso anual superior a X deberán declarar y pagar un impuesto a la renta de Y, que podrá ser pagado de contado o en diez cuotas anuales”, enunciado éste que combina una norma imperativa con una permisiva).

NORMAS DE TRATO SOCIAL, MORALES Y JURIDICAS

1. CLASES DE NORMAS DE CONDUCTA

Normas de trato social, morales y jurídicas. Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad.

Normas de trato social, morales y jurídicas.— Pasaremos a estudiar ahora los distintos tipos de normas de conducta, en particular las normas de trato social, las normas morales y las normas jurídicas. Nos interesan de preferencia las normas jurídicas, pero es útil identificar y caracterizar antes las otras, puesto que un ejercicio como ese nos ayudará luego a identificar y caracterizar las normas jurídicas.

A propósito de cada una de las clases de normas antes identificadas, vamos a seguir ahora el siguiente método: (1) dar una noción de cada una de ellas, (2) comentar esa noción, y, por último, (3) precisar las características o propiedades más importantes de cada una de esas distintas clases de normas, dando un tratamiento más acucioso y extenso, como es natural, a las normas jurídicas.

Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad.— En cuanto a las características o propiedades de cada clase de normas, las identificaremos por referencia a cuatro parejas de criterios, a saber, *exterioridad-interioridad*.

rioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; y coercibilidad-incoercibilidad.. Esto significa que una vez definidas las normas de trato social, las morales y las jurídicas, y luego de comentar la noción que fijemos para cada una de esas clases de normas, procederemos a preguntarnos si ellas son exteriores o interiores, autónomas o heterónomas, unilaterales o bilaterales, coercibles o incoercibles.

Por lo mismo, es conveniente que establezcamos a continuación cuál es el contenido de cada uno de los criterios antes mencionados, o sea, es preciso aclarar en qué consiste cada una de las ocho propiedades posibles que pueden tener las distintas clases de normas. Dicho de otra manera: es necesario establecer cuándo podemos decir que una norma de conducta es exterior o interior, heterónoma o autónoma, unilateral o bilateral, coercible o incoercible, de modo que, luego de establecido qué significa cada una de tales propiedades, podamos concluir cuáles de éstas convienen a las distintas clases de normas de conducta que hemos identificado.

Exterioridad-interioridad

Decimos que una norma es *exterior* cuando ella regula únicamente las acciones efectivamente emitidas o exteriorizadas del sujeto obligado, sin alcanzar, por tanto, al fuero interno del sujeto, y desentendiéndose de las motivaciones que éste pueda tener para actuar en uno u otro sentido. Por lo mismo, una norma exterior podrá darse por cumplida siempre que el sujeto obligado adecue su comportamiento a lo que la norma prescribe, sin importar cuál haya sido la disposición interna que el sujeto pudo tener al respecto ni las motivaciones de orden subjetivo que lo puedan haber llevado a emitir un comportamiento que esté de acuerdo con la norma. Así las cosas, tratándose de normas exteriores, el juicio de aprobación o reprobación que pueda darse sobre el correspondiente sujeto obligado atiende únicamente a lo que el sujeto ha hecho o ha dejado de hacer, independientemente de cuáles hayan sido sus motivaciones íntimas para ello.

En cambio, decimos que una norma de conducta es *interior* cuando ella regula no sólo las acciones efectivamente emitidas o exteriorizadas del sujeto obligado, sino que alcanza

también con su regulación al fuero interno de éste y considera las motivaciones que pueda haber tenido para actuar en un sentido o en otro. Por lo mismo, una norma interior podrá darse por cumplida únicamente cuando la conducta del sujeto, además de adecuarse externamente a lo que la norma prescribe, muestre unas motivaciones de orden interno que sean coincidentes con dicha conducta. De este modo, tratándose de normas interiores, el juicio de aprobación que pueda darse sobre el correspondiente sujeto va a depender no sólo de lo que éste haga o deje de hacer, sino también de las motivaciones que haya tenido para ello.

Tratándose de normas exteriores, basta con que el sujeto obligado actúe *conforme al deber* establecido por ellas; en cambio, en el caso de las normas interiores se exige que el sujeto actúe *por el deber* de que se trate. Las primeras no demandan una adhesión del sujeto al deber impuesto, cosa que sí hacen las segundas. Por lo mismo, puede decirse que las normas interiores son más exigentes que las exteriores.

Autonomía. Heteronomía

Autonomía significa sujeción al querer propio, no al querer de otro, y, por lo tanto, una norma de conducta es autónoma cuando, desde el punto de vista de su procedencia u origen, advertimos que ella es producida por el mismo sujeto obligado que le debe obediencia o acatamiento. Por lo mismo, tratándose de normas autónomas, puede decirse que el sujeto obligado es su propia autoridad normativa, o, puesto de otro modo, que el sujeto legislado llamado a obedecer la norma se confunde con el legislador autorizado para establecer la norma.

También decimos que una norma es autónoma cuando, sin venir propiamente producida por el sujeto, sino meramente adoptada por éste, su obligatoriedad depende finalmente de que la adopción de la norma se lleve a cabo en virtud de un acto libre y consciente del propio sujeto.

En consecuencia, es posible distinguir entre autonomía en el *origen* de la norma y autonomía en el *imperio* de ésta. Así, las normas religiosas, esto es, las que determinada religión impone a sus seguidores, no tienen autonomía en cuanto a su origen, aunque sí la tienen en cuanto a su imperio. Las normas religio-

sas provienen siempre del fundador de la respectiva religión, o de quienes actúan por delegación de aquél, y no son establecidas por cada uno de los individuos que hacen suya la religión de que se trate. Sin embargo, las normas religiosas sólo obligan a los sujetos que las reconocen y aceptan como tales.

En cambio, *heteronomía* significa sujeción al querer ajeno, al querer de otro, y, por lo tanto, una norma de conducta es heterónoma cada vez que, desde el punto de vista de su origen o procedencia, ella venga producida por un sujeto distinto de aquel o aquellos que le deben acatamiento, esto es, por una autoridad normativa que se sitúa fuera y por encima de los sujetos destinatarios de la norma. Por lo mismo, tratándose de normas heterónomas, puede decirse que por una parte está la autoridad normativa y, por la otra, el sujeto imperado; o, puesto de otro modo, que por una parte está el legislador, que da o produce la norma, y por la otra el sujeto legislado, que debe acatarla sin que le haya correspondido intervenir en la producción de la norma, y sin importar, en principio, si está o no de acuerdo con lo prescrito por ésta.

Pero la heteronomía designa algo más que el origen de la norma en una autoridad que se sitúa fuera y por encima de los correspondientes sujetos normativos. Significa también que éstos, aun cuando no les hubiere correspondido ninguna intervención en la producción de la norma de que se trate, están en principio obligados a obedecerla sin importar el juicio de aprobación o de rechazo que la norma pueda merecerles.

En consecuencia, también hay una heteronomía en cuanto al *origen* de la norma y otra en cuanto al *imperio* de ésta. Las normas jurídicas son por lo general heterónomas en ambos sentidos: provienen de autoridades normativas que se sitúan fuera y por encima de los sujetos normativos que deben cumplirlas y éstos están obligados a obedecerlas al margen de la aprobación o desaprobación que les dispensen. Así, por ejemplo, con una norma que establece el deber de declarar y pagar un determinado impuesto. Pero en el ámbito del derecho puede existir una norma que sea heterónoma en cuanto a su origen —por ejemplo, la que establece el servicio militar obligatorio— y que no lo sea en cuanto a su imperio, por ejemplo, si se admite la objeción de conciencia de parte de los obligados por esa norma.

Unilateralidad-bilateralidad

Una norma es *unilateral* cuando impone a un sujeto una determinada obligación o deber sin conceder a un sujeto distinto del obligado la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate.

Por la inversa, una norma es *bilateral* si junto con imponer a un sujeto una determinada obligación o deber concede a otro sujeto distinto del obligado la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate.

Es propio de las normas de conducta imponer deberes a uno o más sujetos obligados, aunque no todas ellas conceden simultáneamente a otro u otros sujetos la facultad de exigir el cumplimiento de ese deber. Cuando lo hacen, estamos en presencia de una norma bilateral; cuando no lo hacen, de una norma unilateral. Por lo mismo, tratándose de normas bilaterales es posible distinguir entre dos sujetos, a saber, el *sujeto pasivo* y el *sujeto activo*. El primero de ellos es aquel sobre quien pesa el *deber*, mientras el segundo es aquel que está investido de la *facultad* para exigir el cumplimiento del deber. De este modo, puede decirse que las normas bilaterales son *imperativo-atributivas*, puesto que imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades, mientras que las normas unilaterales son meramente *imperativas*, puesto que imponen deberes y no conceden facultades correlativas.

Respecto de cualquier norma de conducta que impere sobre algún sujeto existe para los demás sujetos la posibilidad de representar a aquél la norma de que se trate, esto es, de hacerle ver que debe ajustar su comportamiento a lo que esa norma prescribe. Sin embargo, sólo en el caso de algunas normas, que por eso se llaman bilaterales, existe frente al sujeto obligado otro sujeto en situación no sólo de *representarle* la norma y el deber que ésta le impone, sino de *exigirle* el cumplimiento de aquella o éste.

También puede decirse que las normas unilaterales son las que imponen deberes a un sujeto frente a sí mismo, en tanto que las normas bilaterales imponen deberes a un sujeto frente a otro sujeto que está en posición de exigir a aquél el cumplimiento del deber de que se trata. Es por esta razón que a veces se alude a la bilateralidad de ciertas normas con la expresión

alteridad, que significa, precisamente, condición de ser o de haber otro.

Coercibilidad-incoercibilidad

Coercibilidad es una expresión que designa la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de una norma o la aplicación de la sanción que deba seguir cuando la norma hubiere sido ya infringida. Por lo tanto, una norma o un conjunto de normas son coercibles cuando a su respecto existe la posibilidad antes indicada.

En cambio, una norma es *incoercible* cuando para conseguir su cumplimiento u obtener la aplicación de la sanción que ella contemple para el caso de incumplimiento no es posible, legítimamente, recurrir a la fuerza organizada de la sociedad.

Es propio de todas las normas de conducta que impongan deberes. Es propio de todas las normas de conducta, asimismo, que en caso de no ser cumplidas se haga efectivo algún tipo de sanción sobre el correspondiente sujeto infractor. La infracción de toda norma, en consecuencia, debe ir seguida de una sanción. Sin embargo, sólo en el caso de algunas normas es posible imponer la correspondiente sanción en uso de la fuerza socialmente organizada. Cuando existe una posibilidad semejante, estamos en presencia de normas coercibles.

Cabe señalar que la fuerza de que hablamos a propósito de la coercibilidad o incoercibilidad de las normas es una fuerza física, no psicológica. Con esto queremos decir que siempre existe alguna forma de presión en favor del cumplimiento de las normas de conducta, cualquiera sea la clase a que pertenezcan, aunque sólo en el caso de algunas de éstas es posible recurrir a la fuerza organizada para conseguir su cumplimiento o a la aplicación de las sanciones que procedan. Sólo cuando ocurre esto último podemos decir que estamos en presencia de normas coercibles.

2. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL

Concepto. Usos meramente fácticos y usos normativos. Simplex hábitos de conducta convergente y reglas sociales. Reflexiones

adicionales. Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles.

Concepto.— Son prescripciones, originadas al interior de un grupo social determinado, que tienden a la realización de ciertos fines como la urbanidad, el decoro, la cortesía y otros semejantes, en las que la inobservancia de los deberes impuestos se traduce en un tipo difuso de sanción, consistente en el rechazo o repudio que el grupo de que se trate hace en la persona del infractor, rechazo o repudio que, según el tipo e importancia de la norma de trato social infringida, adoptará diversas modalidades de expresión que tendrán también, según los casos, diferentes grados de intensidad.

Las normas de trato social constituyen un ámbito normativo específico, bien distinto de otros como la moral o el derecho, aunque a su interior es posible distinguir muy diferentes tipos de normas, los cuales están ligados a los también múltiples tipos de grupos que originan normas de este carácter.

Las personas, en la medida que tienen y conservan un sentido de pertenencia a grupos determinados a los que se integran ya por una libre elección o por obra del azar o del destino, dan lugar a este tipo de normas.

La costumbre suele jugar un papel de importancia en las relaciones que las personas desarrollan entre sí, lo cual quiere decir que, ante situaciones similares que se les presentan habitualmente, las personas tienden a comportarse de manera idéntica. Esto quiere decir que las personas, al responder con actuaciones iguales a situaciones similares, transforman insensiblemente algunos de sus comportamientos en conductas típicas, esto es, habituales, todo lo cual les permite organizar su experiencia de relación con los demás de una manera que las exime de tener que deliberar constantemente y frente a cada caso acerca de cuál es la conducta apropiada que ellas deben emitir en determinadas ocasiones. Así, por ejemplo, cada vez que dirigimos un gesto o unas palabras a la persona que vive en la casa contigua a la nuestra cuando nos encontramos casualmente con ella al salir a la calle, la verdad es que emitimos una conducta que importa el obedecimiento a la norma de trato social que impone el deber de saludar a nuestros vecinos; sin embargo, emitimos esa conducta de un modo casi instantáneo cada vez

que concurren las circunstancias de aplicación de aquella norma, sin necesidad de incurrir en un gran esfuerzo deliberativo al respecto.

Usos meramente fácticos y usos normativos.— A este respecto, conviene distinguir, según la terminología de Heinrich Henkel, entre *usos meramente fácticos* y *usos normativos*.

Los *usos meramente fácticos* son todas aquellas prácticas que, habitualmente reiteradas al interior de un grupo social determinado, carecen no obstante de fuerza normativa y, por tanto, no imponen propiamente la obligación de observarlas ni van tampoco seguidas de un castigo o sanción cuando se las deja sin observar en un caso dado. En cambio, los *usos normativos* son prácticas que de hecho son regularmente reiteradas al interior de un grupo social, pero que cuentan además con fuerza normativa y, por tanto, resultan obligatorias para los integrantes del grupo y van seguidas de algún tipo de sanción en caso de inobservancia.

Por ejemplo, constituye un uso meramente fáctico la práctica que se observa en nuestro medio de almorzar en los lugares públicos destinados a ese efecto entre las 13 y las 15 horas, de modo que si una persona concurre a almorzar a un restaurante a las 18 horas, esto es, cuando los demás clientes toman el té, no infringe propiamente ningún deber para con éstos. Los restantes clientes probablemente tomarán nota del hecho con curiosidad, sobre todo si esa persona almuerza regularmente fuera del horario común, pero en caso alguno reaccionarán frente a ella con algún tipo de sanción. Por el contrario, almorzar en un restaurante sentado a la mesa y utilizando los cubiertos para llevarse los alimentos a la boca, constituye un uso normativo, esto es, una práctica a la que el sujeto tiene el deber de sujetarse, de modo que si la persona de nuestro ejemplo se instala a comer sentado sobre la mesa y cogiendo los alimentos con las manos, lo más probable es que el dueño del local y los demás clientes no se limiten a tomar nota de su conducta como si se tratara tan sólo de un proceder diferente o extravagante, sino que reaccionen representándole a la persona que su comportamiento es impropio, apartándose de ella e impidiéndole incluso la permanencia en el restaurante o su futuro ingreso a éste.

Simple hábitos de conducta convergente y reglas sociales.— A este mismo respecto, Herbert Hart distingue entre *simples hábitos de conducta convergente* y *reglas sociales*. Según este autor, la diferencia está en que en las segundas hay un elemento de deber y en los primeros no. Por lo mismo, en el caso de las reglas sociales cabe esperar que la desviación por parte de un sujeto de la práctica de que se trate de lugar a un castigo, cosa que no ocurre tratándose de las simples conductas convergentes. De este modo, tomar el té a las 5 de la tarde es un hábito de conducta convergente en Londres, en tanto que la práctica que consiste en que los hombres vayan descubiertos en las ceremonias religiosas, constituye por su parte una regla social.

Uno podría preguntarse por qué una costumbre o práctica social determinada permanece en la condición de simple hábito de conducta convergente y por qué otra práctica cualquiera llega a convertirse en un uso normativo o regla social, e, incluso, por qué un uso meramente fáctico se transforma luego en un uso normativo, o, a la inversa, por qué un determinado uso normativo pierde de pronto fuerza normativa y decae hasta transformarse en un uso meramente fáctico. Las causas pueden ser ciertamente muchas y muy variadas, pero lo que importa retener sobre el particular es que tratándose de prácticas meramente fácticas, el grupo social aprecia la conducta que se desvía del modelo como una anormalidad, mas no como una amenaza o un peligro. En cambio, la no observancia de un uso normativo o regla social es considerada por el grupo como un comportamiento que no es posible tolerar, y es por eso que el grupo reacciona y ejerce una presión fuerte sobre el infractor.

Reflexiones adicionales.— Algunas reflexiones que sugiere la noción de normas de trato social son las siguientes:

Las normas de trato social, como normas que son, constituyen prescripciones obligatorias de conducta, esto es, expresan deberes y tienen la pretensión de influir en la conducta de los sujetos a quienes van dirigidas. Como apunta Bobbio, "gran parte de la cohesión de un grupo social se debe a la uniformidad de comportamientos, provocada, precisamente, por la presencia de normas con sanción externas".

Las normas de trato social se generan directamente al interior del respectivo grupo social de que se trate, de manera es-

pontánea o bien por actos más o menos formales que ejecutan determinadas personas a las cuales se ha investido de algún modo como autoridades normativas, como es el caso de ciertas reglas que rigen en determinadas asociaciones. Sin embargo, hay múltiples grupos sociales, y de muy diversa composición, a cuyo interior se desarrollan usos normativos cuya vigencia se circunscribe al ámbito de que se trate. Así, pueden distinguirse usos familiares, usos de asociaciones, usos de determinados lugares o comarcas, usos nacionales, usos de ciertas profesiones, etc.

Es preciso advertir que las normas de trato social que se producen al interior de cada uno de tales grupos rigen únicamente para quienes pertenecen al grupo de que se trate o se relacionen de algún modo con éste. Ahora bien, Heinrich Henkel destaca que “una persona puede verse afectada por una norma de los usos, bien en base a una elección libre (cuando se pasa a ser miembro de una asociación o de una comunidad rural o se entra en el estamento militar), bien por una integración determinada por el destino (pertenencia, por nacimiento, a una nación o a la nobleza)”. Sobre el particular, lo que interesa preguntarse es si la validez de las normas de que se trate está condicionada por el consentimiento del afectado, caso a caso, a tales normas, o si el sometimiento de éste se produce por el solo hecho de la pertenencia al grupo respectivo que las ha producido con una pretensión absoluta de validez para todos sus miembros. Por lo dicho antes, es esto último lo que acontece tratándose de las normas de trato social.

Las normas de trato social apuntan a la realización de ciertos fines, tales como el decoro, la cortesía, la urbanidad, y otros semejantes.

La inobservancia de las normas de trato social por parte de un sujeto que debía observarlas, va seguida de un castigo o sanción que consiste en el rechazo o repudio que el grupo de que se trate hará objeto al correspondiente infractor. Se trata, en consecuencia, de una sanción más o menos difusa, puesto que, según el tipo e importancia de la norma de trato social transgredida, ese rechazo o repudio adoptará expresiones que pueden diferir bastante entre sí en las concreciones que adoptan y en la intensidad que puedan tener.

Señala Bobbio, con razón, que el cumplimiento de las normas de trato social está “garantizado por diversas respuestas, más

o menos enérgicas, que el grupo social da en caso de violación”, de modo que las respuestas de tipo sancionatorio que da el grupo tienen diferente grado de gravedad: “se parte de la pura y simple reprobación y se va hasta el destierro del grupo, que puede consistir en cualquier forma de aislamiento en interés del mismo grupo, o bien en una verdadera y propia expulsión”. “La forma más grave de sanción social –termina Bobbio– es el linchamiento, que es una típica sanción de grupo, expresión de la muchedumbre, forma primitiva, espontánea e irreflexiva del grupo social”.

Por tanto, las sanciones que siguen a la infracción de las normas de trato social no tienen, comúnmente, un carácter institucionalizado, esto es, ellas no se encuentran claramente preestablecidas por las mismas normas ni éstas tampoco hacen una identificación cierta de las personas que estarán facultadas para aplicar las sanciones.

Las normas de trato social se sustentan en la tradición, esto es, pueden ser identificadas observando las costumbres del grupo y el modo como se comportan habitualmente sus miembros, lo cual no impide que puedan hallarse en ciertos casos formalmente establecidas y comunicadas. Tal es el caso, por ejemplo, del reglamento de normas de conducta que un club establece para sus miembros, el cual puede llegar incluso a especificar algunas sanciones para el caso de incumplimiento y determinar con precisión el órgano que estará a cargo de su aplicación.

Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles.– De acuerdo a lo expresado previamente, las características o propiedades que podemos adjudicar a las normas de trato social son las siguientes:

Las normas de trato social son *exteriores*. Ellas regulan sólo las conductas efectivamente emitidas por los correspondientes sujetos normativos y pueden darse por cumplidas bastando para ello con que el comportamiento del sujeto, visto en su sola exterioridad, corresponda a aquel que la norma espera de él. Las normas de trato social no extienden su pretensión regulativa al fuero interno de los sujetos, cuyas motivaciones resultan por tanto indiferentes para certificar el cumplimiento de la norma. Tan exteriores son estas normas que no faltan quienes afirman que ellas constituyen el reino de la hipocresía, puesto que el sujeto

normativo puede observarlas incluso por mero cálculo o conveniencia, o simplemente para ahorrarse dificultades con sus semejantes, sin que resulte relevante, al momento de enjuiciar su comportamiento, cuál pueda ser el grado real de adhesión que tiene para con la norma de que se trate.

Las normas de trato social son *heterónomas*. Ellas tienen su origen en el grupo social respectivo y no en decisiones individuales de los sujetos normativos que deben observarlas. Además, estos últimos se encuentran vinculados a este tipo de normas por el solo hecho de pertenecer o de relacionarse con el grupo de que se trate, sin que su consentimiento o acuerdo pueda ser visto como una condición para la validez u obligatoriedad de las normas.

Las normas de trato social son *bilaterales*, puesto que imponen deberes a un sujeto no para consigo mismo, sino para con los demás, aunque es preciso advertir que estos últimos no están comúnmente facultados para exigir el cumplimiento de la norma de trato social, en un sentido fuerte de la expresión exigir, sino sólo para representar ese cumplimiento como algo valioso para la convivencia en armonía del grupo en que la norma deba regir.

En la hipótesis de un Robinson solitario en medio de una isla y sin relación alguna con otro hombre, no es posible imaginar siquiera la vigencia de normas de trato social a que aquél pueda hallarse vinculado. Sin embargo, la bilateralidad de las normas de trato social se ve en cierto modo debilitada, porque los sujetos distintos del obligado pueden llegar habitualmente sólo hasta representar a éste la o las normas que debe observar, mas no propiamente a exigir el cumplimiento de éstas por medios forzados. Con todo, esta última circunstancia va a depender de la importancia social que se conceda a la norma, así como de la mayor o menor institucionalización que ésta tenga al interior del grupo de que se trate. Así, por ejemplo, un amigo puede apenas representar a otro como inconveniente que no haya visitado a un amigo común para expresarle sus condolencias en presencia de la pérdida de un ser querido, pero no se le ocurriría ponerse en posición de exigirle un comportamiento semejante. A la vez, los miembros de una asociación que exigiera una determinada vestimenta en ciertas ceremonias internas, podrían ir más lejos que la sola representación de la norma frente a la

conducta de uno de ellos que no observara el deber de presentarse vestido como la norma lo dispone.

Quizás si lo que podría decirse es que en las normas de trato social hay tanto una dimensión de *unilateralidad* como de *bilateralidad*. De bilateralidad, claramente, en cuanto se trata de normas cuyos deberes representan obligaciones que reconocemos para con los demás, no para con nosotros mismos, y de unilateralidad, a la vez, si se trata de normas cuyo cumplimiento los demás no están en posición de exigirnos, sino sólo de presentarnos.

Las normas de trato social son *incoercibles*. Respecto de este tipo de normas no existe la legítima posibilidad de hacer uso de la fuerza socialmente organizada para favorecer su cumplimiento ni para hacer efectiva la aplicación de las sanciones que deban seguir en caso de incumplimiento. Salvo el caso excepcional de que esta clase de normas se encuentre institucionalizada tanto en su enunciación como en sus sanciones, así como en los órganos o personas facultados para aplicar tales sanciones, evento en el cual las normas de que se trate forman parte de lo que se llama *derecho corporativo*, no es posible ni legítimo valerse de la fuerza, socialmente organizada, para obtener el cumplimiento de las normas de trato social o conseguir la aplicación de las correspondientes sanciones al sujeto infractor.

Lo anterior no significa que las normas de trato social carezcan de sanción, puesto que la tienen, aunque con las características que fueron explicadas en su oportunidad. Tampoco significa que el correspondiente grupo social no ejerza algún tipo de presión sobre los sujetos normativos en favor del cumplimiento de las normas o de la aplicación de consecuencias negativas cada vez que uno de ellos las hubiere infringido. Pero de lo que el respectivo grupo no dispone, a diferencia de lo que acontece en el caso de las normas jurídicas, es de una *organización social* de la fuerza que pueda establecer caso a caso la procedencia de sanciones y ejecutar éstas de una manera coactiva. El grupo presiona a favor del cumplimiento de las normas de trato social; reacciona en caso de infracción; reprende, rechaza, repudia, elimina y hasta expulsa de su seno al sujeto infractor; pero no dispone de un aparato organizado que le permita institucionalizar de manera coactiva cada una de esas distintas acciones.

3. LAS NORMAS MORALES

Explicación previa sobre las palabras “ética” y “moral”. Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos. Características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos.

Explicación previa sobre las palabras “ética” y “moral”.— La principal dificultad que presentan las normas morales a la hora de dar una noción de ellas proviene del hecho de que la moral no constituye un ámbito normativo unitario. De este modo, buena parte de las dificultades que se encuentran para caracterizar a la moral entre los diversos órdenes normativos, surgen, como escribe Henkel, de que se acostumbra mirar a la moral “como un sector unitario y no diferenciado, pasando por alto que hay distintas esferas de la moral, que las propiedades o características de estas esferas no son exactamente las mismas y que, por último, el resultado de la contraposición entre derecho y moral varía según sea la determinada esfera o ámbito de la moral que se compare con el derecho”.

Así, según veremos más adelante, hay un ámbito de lo que podemos llamar *moral personal*, otro de lo que se denomina *moral social*, y, por último, un ámbito de lo que es posible considerar como *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*.

Sin embargo, antes de discurrir acerca de cada uno de esos ámbitos de la moral, de establecer sus características y de fijar las relaciones y a la vez las diferencias que cada uno de ellos tiene con el derecho, conviene detenerse en algunas consideraciones previas que permitan establecer los distintos sentidos en que se utilizan palabras como “ética” y “moral”.

“Ética” es una palabra que proviene del griego “ethos”, término que alude a su vez a las costumbres. Por tanto, en un *primer sentido*, llamamos *ética* a lo que concierne al *actuar*, al comportamiento humano, así como llamamos *técnica* a lo que concierne al *hacer* del hombre en cuanto este hacer le conduce a la producción de una obra. En este primer sentido, la palabra “ética” se refiere sólo al actuar humano y no califica a éste de correcto o incorrecto, de bueno o malo, sino que meramente alude a tal comportamiento.

En un *segundo sentido*, más restringido que el anterior, “ética” es una expresión que se emplea no ya para aludir en general al

comportamiento humano, sino para calificar a ese mismo comportamiento de *bueno* o de *correcto*. En este segundo sentido, ética no es cualquier conducta, sino una conducta que podemos aprobar en uso de un estándar cualquiera, o sea, de una determinada idea o criterio previo que poseemos acerca del bien.

Este segundo uso de la palabra ética es más frecuente que el primero, porque en el lenguaje común decimos que es ético no cualquier comportamiento, sino solo aquel comportamiento que estamos en condiciones de aprobar.

Por lo mismo, el segundo sentido de la palabra ética, en cuanto alude al actuar correcto, supone un estándar, esto es, un criterio o idea acerca de lo que debe ser a propósito del comportamiento de que se trate. Esta idea de lo que debe ser puede referirse a la simple urbanidad o decoro; al orden, paz y seguridad en las relaciones sociales; o al bien, entendido como la mayor excelencia espiritual que un individuo desea alcanzar para sí.

Pues bien: la idea de lo que debe ser en relación con la urbanidad, el decoro y otros valores semejantes se expresa en lo que hemos llamado usos sociales o normas de trato social. En cuanto a la idea de lo que debe ser en relación con el orden, la paz y la seguridad, que son objetivos sociales más altos que los de la simple urbanidad y el decoro, ella se expresa en otro tipo de normas —las llamadas normas jurídicas—, que son las que componen el núcleo central y más visible de ese fenómeno cultural de carácter normativo al que designamos con la palabra derecho. Por lo que toca, en fin, a la idea de lo que debe ser en relación con el bien, dicha idea se expresa en lo que llamamos moral, esto es, en un cierto conjunto de principios y normas que establecerían qué es lo que debemos hacer para actuar de un modo moralmente correcto y conseguir el bien a que aspiramos.

Por todo lo expresado antes, y sin salir todavía del segundo de los sentidos de la palabra ética, llamamos *ética* a lo que concierne al actuar humano correcto por referencia a cualquiera de los tres órdenes normativos antes individualizados, a saber, los usos sociales, el derecho y la moral, lo cual explica —por una parte— que tradicionalmente se haya dicho que las normas de trato social, las jurídicas y las morales son todas normas *éticas*, puesto que todas ellas, aunque por referencia a distintos fines, establecen qué es lo que debemos hacer para actuar correcta-

mente, es decir, de un modo adecuado o no reproable, y —por otra parte—, ello explica también, en el plano ahora cognoscitivo, que la Etica haya sido considerada como el estudio no sólo de las normas específicamente morales, sino también de las jurídicas y de las de trato social.

En un *tercer sentido*, todavía más restringido que el anterior, ética es una palabra que se emplea habitualmente para referirse a uno determinado de los tres órdenes normativos ya mencionados, concretamente a la *moral*, dejando entonces fuera al derecho y a las normas de trato social, de donde se sigue que *ético* pasa a ser ahora sólo el comportamiento *moralmente correcto*, o sea, aquel que es en el hecho tal y como debía ser de acuerdo con la norma moral de que se trate.

Etica, de acuerdo a este tercer sentido, pasa a ser sinónimo de moral, y, en consecuencia, se trata de una expresión alusiva a lo que deberíamos hacer para alcanzar el bien y evitar el mal.

Véase, en consecuencia, cómo la palabra ética tiene *tres* sentidos: *uno*, el más amplio, para aludir al *comportamiento humano* en general; *otro*, menos amplio, para aludir sólo a los *comportamientos humanos correctos*, o sea, los comportamientos que es posible aprobar desde cualquiera de los tipos de normas o estándares que hemos identificado; y un *tercero*, en fin, más particular, para hacer referencia al *comportamiento humano moralmente correcto*, esto es, al comportamiento humano que puede recibir aprobación desde un punto de vista moral.

Si fijamos ahora nuestra atención en la palabra moral, entendida como un cierto orden normativo que podemos identificar y a la vez diferenciar de otros órdenes normativos, tales como el derecho y las normas de trato social, es preciso diferenciar ahora los *tres distintos modos de hablar* que es posible adoptar en relación con tal orden normativo. El *primer nivel* o modo de hablar de la moral es el de las propias normas morales que componen ese orden, en cuanto estas normas suelen encontrarse sustentadas en el lenguaje, tanto oral como escrito, que empleó el líder moral que instituyó las normas en referencia. Así, la expresión “No matarás”, escrita por Jehová en las Tablas de la Ley, o “Amarás a tu prójimo como a ti mismo”, pronunciada más tarde por Jesús, si bien constituyen normas que en su origen tienen un evidente carácter religioso, nada impide considerarlas como normas de un código moral que muchas personas en la

actualidad, sin ser necesariamente cristianas y a veces ni siquiera creyentes, aceptan como directivas cuya observancia, en la idea que esas personas tienen del bien, les ayuda a ser buenas o mejores desde un punto de vista moral.

Un *segundo nivel* o modo de hablar de la moral se configura en la medida en que existe también un lenguaje que no es el que emplean las propias normas morales en su formulación, sino el que utiliza quien, con cualquier propósito, desea intervenir en la dictación de este tipo de normas, sino sólo en su identificación, en la aclaración de los términos que ellas emplean y, en general, en su interpretación, o sea, en la determinación del ámbito de significado que tales normas puedan tener.

En el primero de los niveles que hemos presentado, el lenguaje de la moral es *prescriptivo*. Se trata del lenguaje que emplean las propias normas, o, mejor aun, quien o quienes hayan establecido las normas, y que nos dice cómo debemos comportarnos. “Robar es malo” sería un ejemplo al respecto, puesto que se trata de un enunciado que quiere influir en el comportamiento de quienes lo escuchan. En cambio, el lenguaje de la moral en el segundo de los niveles es *descriptivo*. Se trata del lenguaje que emplean quienes escogen como objeto o materia de estudio un determinado orden moral y procuran decirnos no propiamente cómo conducirnos, sino cómo aumentar nuestro conocimiento acerca de ese determinado orden moral. Es lo que ocurre, por ejemplo, si alguien nos dice “En Chile se considera que robar es malo”.

De este modo, uno es el lenguaje de Jesús diciéndonos que debemos amar al prójimo, y otro distinto es el del sacerdote de una religión cristiana o el de un comentarista cualquiera que nos trata de decir, en el contexto de ese mensaje de Jesús, en qué consiste “amar” y qué se entiende por “prójimo”.

Por lo mismo, en el primero de esos niveles la moral es *normativa*, porque *consiste* en normas y porque, en consecuencia, habla normativamente; en cambio, en el segundo de los niveles el discurso moral es *normativo* únicamente porque *recae* sobre normas de tipo moral.

Pero hay todavía un *tercer modo de hablar* acerca de la moral, que da lugar, por su parte, a un *tercer nivel* del discurso moral. Este tercer modo de hablar se configura en cuanto hay personas interesadas en hablar de moral no ya instituyendo directa-

mente normas de este tipo –primer nivel– ni tampoco interpretando un determinado orden moral para facilitar así su conocimiento y, eventualmente, su aceptación y acatamiento –segundo nivel–, sino planteando y analizando aspectos más generales, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un filósofo se pregunta, más allá de los límites y contenidos de un orden moral determinado, si y cómo es que el hombre cuenta con una conciencia que le permite valorar con algún grado de certeza la bondad y maldad de sus actos, si y cómo es posible hablar de moral como un orden normativo, si y cómo es posible distinguir la moral de otros órdenes normativos que le son próximos o afines, si y cómo es posible, además, distinguir distintos modos de hablar acerca de la moral, si y cómo es también posible diferenciar diversos sectores o ámbitos de la moral en cuanto orden normativo, si y cómo –por último– podemos dar algún contenido y alcance a determinadas palabras que están presentes en todo discurso moral, tales como “bueno” o “malo”.

Ese tercer modo de hablar es el de los *filósofos de la moral*. En cuanto al primero de los modos de hablar que identificamos antes –el de las normas morales– pertenece por su parte a los *moralistas*, sin dar a esta última palabra ninguna connotación peyorativa. Y por lo que toca al segundo de los modos de hablar –al de quienes no dictan normas morales, aunque sí las explican e interpretan–, puede ser tanto un modo de hablar de filósofos de la moral como de moralistas. Será de *filósofos* cuando el propósito del analista sea sólo mejorar el conocimiento y la comprensión que los demás tengan acerca del orden moral de que se trate. Será de *moralistas* cuando, sin perjuicio de lo anterior, la motivación principal del intérprete tenga que ver con la idea de favorecer en los que escuchan una disposición a aceptar y a obedecer el orden moral acerca del cual se habla.

Pues bien: a ese discurso moral de primer nivel, se le suele llamar, simplemente, *moral*; al de segundo nivel, *ética*; y al tercero, *metaética*.

Lo anterior quiere decir que el que introduce normas morales o promueve su cumplimiento, se mueve en el plano de lo que se llama *moral*; el que procura conocer y explicar las normas morales dadas en ese primer nivel, se mueve, por su parte, en el plano de la *ética*; y el que trata de responder a preguntas que conciernen no a un orden moral determinado, sino a la

moral en general, y discurre en torno a preguntas como las que fueron indicadas un par de párrafos atrás, se mueve ahora en el plano de la *metaética*. Por lo mismo, cada vez que estamos en presencia de un discurso moral, cabe preguntar a cuál de esos tres planos pertenece el discurso de que se trate, aunque, claro está, son planos que pueden en ocasiones superponerse entre sí. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien se sitúa en el plano de la *ética*, esto es, trata de identificar, interpretar y comprender un orden moral dado, y, a la vez, está interesado en que ese trabajo que realiza sirva de algún modo a la promoción de ese mismo orden, caso en el cual estará también situado en el plano que llamamos *moral*.

Cabe mencionar, asimismo, que no faltan autores que hacen un sólo plano de los dos últimos que hemos identificado, esto es, de la *ética* y de la *metaética*, a fin de contrastarlo y diferenciarlo del primero, o sea, de la *moral*. De este modo, se habla en ocasiones de *ética normativa*, para aludir al primero de tales planos, y de *metaética* para referirse a los otros dos en su conjunto. De acuerdo a esta manera de ordenar las cosas, la *ética normativa* sería la que propone normas morales, en tanto que la *metaética* discurriría acerca de esas normas para aclarar el lenguaje de que éstas se valen en su formulación. Aludiendo a esta distinción. W. D. Hudson, en su libro *La filosofía moral contemporánea*, escribe lo siguiente: “El moralista es alguien que utiliza el lenguaje moral en lo que podemos llamar primer orden. El moralista, en cuanto tal, toma parte en la reflexión, argumentación o discusión de lo que es moralmente acertado o equivocado, bueno o malo. Habla de lo que la gente debe hacer. En cambio, por filósofo moral entiendo a alguien que toma parte en lo que podemos llamar discurso de segundo orden”, y qué, en cuanto tal filósofo de la moral, formula preguntas tales como “¿Qué características definen el lenguaje moral como tal?”, “¿En qué se distingue y en qué se asemeja el lenguaje usado para otros propósitos, tales como enunciar hechos empíricos o pronunciar mandatos?”, “¿Qué hace una persona cuando habla de lo que debe hacer?”

En fin, otra distinción que vale la pena tener presente es aquella que se hace entre *ética normativa* y *ética crítica*. La primera se identifica con un orden moral cualquiera, de carácter objetivo, mientras la segunda lo hace con un orden moral que

debería regir aunque no reconozca una vigencia objetiva. En este sentido, la ética normativa se configura sobre la base de un orden moral que *es*, o sea, que rige efectivamente, mientras que la ética crítica se refiere a un orden moral que *debe ser*, esto es, al que se quiere dar una vigencia objetiva de la que carece.

Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos.— Según dijimos al inicio del apartado anterior, si se piensa en la moral como orden normativo, es preciso reparar en que no se trata de un orden único ni indiferenciado, sino que es posible distinguir distintos ámbitos, a saber, la *moral personal*, la *moral social* y la *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*. Esta distinción es útil de ser tenida a la vista no sólo porque permite advertir que cuando hablamos de moral como orden normativo no hablamos de un sector único e indiferenciado, sino porque a la hora de trazar las relaciones entre derecho y moral, el resultado va a ser distinto si lo que se compara con el derecho es uno u otro de esos tres distintos ámbitos de la moral.

La *moral personal*, también llamada moral autónoma o moral de la perfección, se configura a partir de la idea de bien o de perfección moral que cada individuo forja dentro de sí, y de la que derivan exigencias morales que se expresan en normas o pautas obligatorias para el respectivo sujeto.

Por su parte, la *moral social*, o moral media, se configura a partir de las ideas que acerca de lo bueno prevalecen en una comunidad determinada y, por lo mismo, se expresa en un conjunto de exigencias de orden moral que el grupo social de que se trate dirige a sus miembros.

Finalmente, la llamada *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*, también llamada sistemas de ética superior religiosa, como hace Henkel, se forma a partir del mensaje y testimonio de los fundadores de las grandes religiones, como en el caso del cristianismo, o del que dan y establecen determinados pensadores o filósofos, como es el caso del estoicismo, y se expresa también en máximas, principios y normas por las que rigen su conducta moral las personas que adhieren al credo religioso o filosófico de que se trate.

La llamada *moral personal o autónoma* tiene entonces su centro de gravedad en la conciencia de cada individuo, porque es allí donde surgen, o al menos donde se aceptan y aprueban, las normas de conducta que han sido formadas o adoptadas sobre la base de la idea de bien o de perfección moral que el propio sujeto ha abrazado previamente. Es también la conciencia del sujeto moralmente obligado la que actúa como instancia de juzgamiento en caso de incumplimiento de una de las normas de este ámbito, y, asimismo, la instancia sancionadora, a través del remordimiento, en caso de infracción.

Haciendo una analogía con el derecho, puede decirse que en esta primera esfera de la moral, la conciencia individual actúa a la vez como *legislador* (da o establece la norma), como *juez* (enjuicia el comportamiento que se desvía de la norma) y como *órgano ejecutor de la sanción* (produce ella misma, directamente, el castigo para el infractor).

La *moral social*, por su parte, tiene su centro de gravedad en el grupo de que se trate, porque proviene del acervo fundamental de ideas y creencias predominantes en el mismo grupo acerca de lo que es moralmente bueno o moralmente incorrecto. Por lo mismo, este ámbito de la moral se constituye en la medida en que todo grupo social, al margen de cuál sea la moral personal de cada uno de sus miembros, comparte algunas ideas, creencias o sentimientos firmemente arraigados acerca de lo que sea moralmente correcto o incorrecto en las relaciones de sus integrantes, las cuales, por su parte, se reflejan en ciertas maneras de actuar estandarizadas dentro del grupo de que se trate. Por lo tanto, la fuerza vinculante de este sector de la moral no reside en la conciencia de cada individuo, sino, como apunta Henkel, "en el ejercicio, devenido normativo, del comportamiento del grupo".

En consecuencia, y valiéndonos otra vez de la misma analogía, el grupo social es el que actúa aquí como legislador y, asimismo, como órgano de control y de juzgamiento de las conductas que se aparten de los correspondientes patrones e, incluso, el mismo grupo actúa como órgano sancionador, a través del reproche o reprobación social de que hace objeto al sujeto infractor.

Por último, la *moral de los sistemas religiosos o filosóficos* tiene su centro de gravedad en el mensaje del fundador o inspirador

de la religión o del sistema filosófico de que se trate, puesto que este tipo de normas morales, en lo que a su capacidad de vinculación se refiere, sobrepasan a tal fundador o inspirador y alcanzan a una vasta pluralidad de individuos, a saber, todos los que se proclaman creyentes o partidarios de la doctrina religiosa o filosófica de que se trate.

Cabe advertir que los tres estratos de la moral que hemos identificado no deben ser vistos como si estuvieran enteramente aislados unos de otros, al modo de compartimentos estancos, esto es, como si carecieran de relaciones e influencias recíprocas. Heinrich Henkel lo expresa de la siguiente manera: "En la imagen de los 'estratos' superpuestos no hemos de representar-nos éstos aislados entre sí, sino en una relación e influencia mutuas. Ya el nacimiento de una ética superior, aunque haya sido fundada por un individuo, por el creador de una religión por ejemplo, y aun más su difusión entre un grupo de partidarios, presupone que encuentre un ambiente de predisposición en el sentir valorativo de muchos individuos. Por otra parte, la fuerza normadora de la ética superior actúa también sobre la vida de la sociedad".

Además, y trasladándonos ahora a los ámbitos de la moral personal y de la moral social, resulta evidente que ambos sectores interactúan constantemente, puesto que la moral social no se configura con entera independencia de lo que sea la moral personal de los individuos miembros del grupo, ni esta moral personal es tampoco ajena a la experiencia moral que cada individuo adquiere mediante su educación y su misma pertenencia a un grupo determinado en el que prevalecen ciertas ideas o creencias acerca de lo que es moralmente bueno o aceptable.

Las características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos.— Las normas de la moral personal son *interiores*, esto es, regulan tanto las conductas efectivamente emitidas por el sujeto, obligado cuanto el fuero interno de éste, de modo que para poder darlas por cumplidas no basta con que dicha conducta se adecue a la norma, sino que es preciso, además, que exista moralidad en el fuero íntimo del correspondiente sujeto, o sea, en las motivaciones que éste tuvo para actuar de un modo o de otro en un caso dado. En consecuencia, el juicio moral sobre el sujeto normativo no puede basarse sólo en la observación de lo

que éste hace, sino que considera también la raíz de su conducta y examina cuáles fueron los motivos y las intenciones que el sujeto tuvo al actuar.

Las normas de la moral personal son *autónomas*. Al provenir de la propia conciencia del sujeto obligado o, cuando menos, al tener que ser aceptadas por dicha conciencia, representan la sujeción a un querer propio, no a un querer ajeno.

Las normas de la moral personal son *unilaterales*, esto es, representan deberes que un sujeto admite frente a sí mismo y frente a la idea de bien o de perfección moral que asume como propia, y no confieren a un sujeto distinto la facultad de exigir el cumplimiento de tales deberes. Los sujetos distintos del obligado podrán representar a éste las normas morales a que decidió sujetarse, pero no están en posición de exigirle que se comporte de ese modo.

Las normas de la moral personal son *incoercibles*, o sea, no existe en este sector de la moral la posibilidad de emplear la fuerza socialmente organizada ni para obligar al sujeto normativo a cumplir con las normas ni para imponerle castigos en caso de incumplimiento. Todo el valor de la moral personal se encuentra en que sus normas se cumplan sin mediar más fuerza que la de la conciencia del propio sujeto obligado. Por otra parte, la sanción de este tipo de normas —el remordimiento de la misma conciencia— no puede imponerse por medio de la fuerza, puesto que se trata de una sanción íntima, en cierto modo espontánea, siempre dolorosa, y por completo ajena a la utilización social de la fuerza.

Tratándose ahora de la moral social, sus normas son *exteriores*, lo cual quiere decir que regulan sólo los comportamientos efectivamente emitidos por los correspondientes sujetos normativos, no así la interioridad de éstos, y pueden entonces darse por cumplidas bastando con que lo que el sujeto hace o no hace se corresponda externamente con lo que una norma de este sector le prescribía hacer o no hacer, cualquiera sean las motivaciones de ese sujeto o la adhesión que pueda tener o manifestar respecto de esa norma.

Las normas de la moral social son *heterónomas*, es decir, provienen del grupo social de que se trate, no de la conciencia individual de los obligados, y representan entonces la sujeción a un querer ajeno, no propio, sin perjuicio de que un sujeto obli-

gado por una norma de este sector pueda también aprobar ésta en conciencia.

En el ámbito de la moral social se delimitan con nitidez, por un lado, la figura del legislador (el grupo) y, por otra, la de los sujetos imperados, sin perjuicio de que éstos, en la medida en que de hecho observan regularmente determinadas normas de la moral social, colaboran a que ellas conserven su vigencia dentro del grupo de que se trate. Por la inversa, en la medida en que la mayoría de los integrantes del grupo deja de observar una determinada norma de la moral social, ella pierde su base de sustentación y puede llegar incluso a modificarse o a desaparecer como tal.

Las normas de la moral social son *bilaterales*, puesto que imponen deberes a los sujetos no frente a sí mismos ni a la idea de perfección moral que cada uno de ellos pueda tener, sino frente a los demás y a la idea de bien moral que prevalezca al interior del grupo, de modo que los sujetos distintos del obligado cuentan con la posibilidad de exigir de éste la observancia de las normas de que se trate.

En fin, las normas de la moral social son *incoercibles*, esto es, no existe la posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada ni para garantizar su cumplimiento ni para imponer las correspondientes sanciones en caso de infracción, lo cual no obsta a que el grupo ejerza de hecho distintas formas de presión social en favor de su observancia y reaccione con castigos, como la reprobación o el rechazo social del infractor, cuando sea procedente.

Tratándose de las normas de la moral de los sistemas religiosos o filosóficos, ellas son *interiores*, *heterónomas*, *unilaterales* e *incoercibles*.

Interiores, en primer lugar, por las mismas razones que ofrecimos a propósito de las normas de la moral personal.

Heterónomas, acto seguido, porque no provienen de la conciencia del propio sujeto obligado, sino del fundador o inspirador de la correspondiente doctrina religiosa o filosófica, aunque, no es obvio, requieren de que dicha conciencia las acepte. Por lo mismo, se combina aquí un elemento heterónimo con uno de tipo autónomo. La heteronomía se muestra en el origen de este tipo de normas morales, que se transmiten a los creyentes o seguidores como un sistema en buena parte ya elaborado y

apto para su directa aplicación. Por su lado, la autonomía se muestra en que tales creyentes o seguidores se someten voluntariamente al sistema, lo cual quiere decir que si no existe autonomía en lo que concierne al origen del sistema, sí la hay en punto a la decisión que se adopta en favor de éste.

En tercer lugar, las normas de este sector son *unilaterales*, por las mismas razones que fueron dadas a propósito de las normas de la moral personal, aunque tratándose del presente sector son indudablemente más fuertes las posibilidades de representación de las normas que asiste a los que comparten con el sujeto obligado la pertenencia al sistema religioso o filosófico de que se trate.

Por último, estas normas son también *incoercibles*, por las mismas razones que lo son las de la moral personal.

4. LAS NORMAS JURIDICAS

Concepto. Comentario. Características de las normas jurídicas. Exterioridad y salvedades a la exterioridad. Heteronomía y salvedades a la heteronomía. Bilateralidad. Coercibilidad de las normas jurídicas. Coercibilidad, coacción y sanción. Aspectos resaltantes de la coercibilidad del derecho: las relaciones entre derecho y fuerza.

Concepto.— Las normas jurídicas regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad, provienen de actos de producción normativa que son ejecutados comúnmente por autoridades normativas a las que otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento otorgan competencia para la ejecución de tales actos de producción normativa, cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada, y que, por último, apuntan a la realización de ciertas aspiraciones de orden, paz y seguridad que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad.

Comentario.— La vida del hombre en sociedad, en cuanto produce vínculos de cooperación y solidaridad, aunque también conflictos, no está regulada únicamente por las normas de trato social y por las de la moral social. Existe también otro orden

normativo, formado por las llamadas normas jurídicas, las cuales son producidas por actos de legisladores históricos, estos es, por autoridades normativas institucionalizadas y, por tanto, identificables, a las que se reconoce competencia para producir este tipo de normas y, asimismo, para modificarlas o dejarlas sin efecto. En consecuencia, si la vida del hombre en sociedad conlleva la existencia de *normas de trato social*, que procuran realizar fines como la urbanidad, la cortesía y el decoro, así como *normas de moral social*, que realizan por su parte una cierta idea media del bien que prevalece en la sociedad de que se trate, dicha vida del hombre en sociedad conlleva también la presencia de *normas jurídicas*, cuya finalidad se relaciona con las exigencias de paz, orden y seguridad en el curso de las relaciones sociales.

Desde las más sencillas hasta las más complejas formas de organización social que los hombres han ido desarrollando a lo largo de la historia, desde la pequeña y homogénea tribu hasta las actuales sociedades extensas y plurales en que nos toca vivir, todas ellas han supuesto la vigencia de un determinado ordenamiento jurídico, más complejo o menos complejo según los casos, esto es, han supuesto la existencia de normas que tienen la pretensión de guiar el comportamiento en algún determinado sentido, valiéndose para ello de sanciones preferentemente negativas, a saber, de consecuencias desfavorables que deben producirse cada vez que un sujeto normativo se desvía de las normas correspondientes, sanciones que, por último, pueden ser impuestas por medios coactivos.

Es usual que a este tipo de normas, vistas en el conjunto que ellas hacen, se las llame *derecho*, lo cual explica, por ejemplo, que con la expresión "derecho chileno" quiera aludirse al conjunto de las normas jurídicas que rigen en el Estado de Chile. Puede ser discutible que el derecho se identifique con las normas jurídicas, esto es, que se trate de una palabra que designa nada más que un cierto orden normativo de la conducta humana que posee carácter coactivo, pero lo que no resulta discutible es que en toda sociedad existen las llamadas normas jurídicas y que éstas conforman un cierto orden coactivo que regula la conducta de quienes viven en ella.

"El derecho, como el aire, está en todas partes", escribe Carlos Nino. "El derecho está presente, directa o indirectamente, en muchos de los episodios de nuestra vida cotidiana", escribe

por su parte Antonio Hernández Gil. Por ejemplo, continúa explicando Carlos Nino, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que sus vecinos podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido algunas reglamentaciones y habrá hecho uso también de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos); aunque no posea un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la "coraza" normativa que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; y si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescrito por normas jurídicas.

Sobre lo que Nino quiere llamar la atención es que todos esos contactos con el derecho ocurren en un día normal de cualquier persona, lo cual produce una cierta "omnipresencia del derecho", y, a la vez, una evidente dificultad para "aislarlo conceptualmente y explicar su estructura y funcionamiento".

Por su parte, Antonio Hernández Gil, en un breve trabajo que tituló *El derecho*, llama también la atención sobre la fuerte presencia que el derecho tiene en la vida de todas las personas. Del departamento de donde salí esta mañana, dice él, puedo ser propietario o arrendatario, con consecuencias muy distintas en uno y otro caso; si al conducir mi automóvil camino al trabajo encuentro una señal de "Ceda el paso", puedo detenerme y cumplir así con una obligación jurídica, o no detenerme y quedar expuesto a la correspondiente sanción; antes de ingresar a mi lugar de trabajo puedo adquirir tabaco y celebrar de este modo un contrato de compraventa por el que, a cambio de los cigarrillos, he pagado un determinado precio; el lugar de mi trabajo puede ser un Instituto dependiente del

Ministerio de Educación y en él se espera de mí que cumpla con los deberes funcionarios que acompañan al cargo que desempeño; a la salida del trabajo puedo dirigirme a una tienda con el propósito de adquirir un terno y encontrarla cerrada por huelga de su personal y, descontenta la molestia que este hecho me causa, advertir que los trabajadores de ese lugar están haciendo uso de un derecho; mi familia me espera en casa para comer juntos y tengo también conciencia de que sus miembros tienen derechos y obligaciones que les atribuye e impone el Código Civil; más tarde puedo sentarme a escribir un artículo para una revista y ejercitar de ese modo mi libertad de expresión; en fin, puedo ese mismo día acostarme temprano, puesto que al día siguiente tengo previsto levantarme de madrugada para ir a cazar, una actividad, esta última, que es para mí un pasatiempo, pero que está también regulada por disposiciones de orden jurídico.

Con estos otros sencillos ejemplos, Hernández Gil quiere decirnos que basta tener conocimientos jurídicos elementales, sentido común y noticia de algunos datos legales mínimos para darnos cuenta de la presencia que el derecho tiene en cada uno de los actos antes señalados. Sin embargo, agrega el autor, "preguntas como ¿cuál es la naturaleza o esencia del derecho?", o, simplemente, "¿qué es el derecho?", permanecen abiertas y sin respuestas convincentes, a veces ni siquiera para quienes las contestan, tras muchos siglos de meditación.

En consecuencia, vamos a continuar ahora trabajando con las normas jurídicas y a posponer para más adelante la cuestión de los distintos sentidos o significados de la palabra "derecho" y la pregunta acerca de si lo único que se designa con esta palabra es el conjunto de las normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo dados.

Características de las normas jurídicas.— De las normas jurídicas puede decirse que son *exteriores*, *heterónomas*, *bilaterales* y *coercibles*. Sin embargo, tanto la exterioridad de las normas jurídicas como su heteronomía reconocen importantes *salvedades*. Precisamente, una debida atención por esas *salvedades* conduce a la conclusión de que esta clase de normas son sólo *preferentemente heterónomas* y que en ellas únicamente *domina una dimensión de exterioridad*.

Exterioridad y salvedades a la exterioridad.— Las normas jurídicas son *exteriores* porque regulan los comportamientos exteriorizados de los correspondientes sujetos normativos, esto es, las conductas efectivamente emitidas por éstos y no los comportamientos meramente pensados o proyectados, de modo que para que una norma jurídica pueda darse por cumplida basta con que lo que el sujeto hizo o dejó de hacer sea lo mismo que la norma le exigía o prohibía hacer, resultando por tanto indiferentes las motivaciones internas que el sujeto haya tenido para comportarse de una u otra manera.

Lo anterior quiere decir que el derecho fija su atención en los comportamientos *exteriorizados* de los sujetos imperados, dejando fuera de regulación la interioridad de éstos, y que, sin pretender la adhesión a sus normas de parte de tales sujetos, reclama únicamente que éstos se comporten del modo que las normas indican. Así, por ejemplo, un sujeto normativo puede desear la muerte de otro y solazarse internamente con las distintas alternativas de que podría valerse para conseguir ese efecto, pero, a la vez, y movido por el sólo temor a las fuertes sanciones jurídicas que se contemplan para el delito de homicidio, abstenerse de realizar cualquier acto que pueda movilizar esa interioridad. Una interioridad, claro está, que es posible reprobar en este caso desde un punto de vista moral, mas no jurídico, porque, como suele decirse, "los pensamientos no se castigan". Del mismo modo, una de las obligaciones que tiene el arrendatario de un inmueble es pagar la renta convenida, porque así lo disponen las normas del Código Civil relativas al arrendamiento y porque así lo pactaron ambas partes al celebrar el correspondiente contrato. Pues bien: un arrendador cumple con dicha norma tanto si el pago lo hace con perfecta conciencia de su deber, esto es, por adhesión a la norma, como si lo hace de mala gana o incluso deseando en su fuero interno toda clase de males al arrendador que se presenta puntualmente todos los meses a cobrar la renta.

Kant distinguió entre *moralidad* y *legalidad*. Se llama *legalidad* a la mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la norma, sin tener en cuenta los móviles de la acción; en cambio, se habla de *moralidad* cuando la idea del deber es, al mismo tiempo, el móvil de la acción. En consecuencia, tratándose de normas jurídicas nos encontramos en el dominio de la mera legalidad.

Por lo tanto, como escribe Heinrich Henkel, "la sola existencia de mala voluntad y mala motivación sólo infringe la moralidad; pero mientras no se produzca el correspondiente comportamiento externo no fundamenta una ilegalidad". Todo lo cual es producto del diferente objetivo de ambos sectores normativos —moral y derecho—, porque en el primero de ellos "se trata de la realización de la idea del bien moral", mientras que en el segundo lo que se persigue es "encauzar la actuación social, a fin de alcanzar una convivencia soportable en la sociedad".

Sin embargo, la exterioridad de las normas jurídicas reconoce algunas *salvedades* que es preciso anotar. Por lo demás, una debida atención por dichas *salvedades* nos conducirá a la conclusión de que las normas jurídicas son sólo *preferentemente exteriores*, o, lo que es lo mismo, que en el derecho *domina una dimensión de exterioridad*.

La *primera salvedad* aparece en la medida en que advertimos la dificultad de que existan actos totalmente interiorizados y actos puramente exteriorizados, puesto que lo común es que la interioridad de las personas tienda a expresarse en conductas exteriores, a la vez que muchos de los que consideramos actos exteriorizados pueden ser rastreados hasta encontrar su raíz en el fuero interno de los sujetos. Es efectivo que la moral demanda de los sujetos normativos que haya bien en su voluntad y en las motivaciones más profundas de su conducta. Pero el sólo bien de la voluntad y de las motivaciones no basta, porque, como se dice comúnmente, "el camino al cielo está empedrado de buenas intenciones", lo cual exige que en el terreno moral la buena voluntad y buenas *motivaciones* den lugar también a buenas *acciones*, o sea —como dice Henkel— que "la ética de las motivaciones se complementa con la ética del comportamiento". En otras palabras: "sólo con el concierto de buen comportamiento y buena voluntad se alcanza la aprobación del juicio moral".

Por su lado, es también efectivo que el derecho desatiende en principio el fuero interno de los sujetos y aspira nada más que a la *legalidad* de las conductas. Pero una vez que un sujeto normativo actúa en un sentido o en otro, puede tener relevancia, a los efectos de la calificación jurídica de su conducta, inspeccionar cuál fue su interioridad en relación con el comportamiento de que se trate.

Una *segunda salvedad* a la exterioridad de las normas jurídicas se produce en el ámbito particular del derecho penal. En esta rama del derecho siempre existe interés por conocer con qué interioridad actúan los sujetos normativos que incurren en alguna de las conductas tipificadas como delitos. En efecto, mientras un sujeto no incurra en alguna de esas conductas (matar, lesionar, robar, hurtar, etc.), su interioridad es enteramente irrelevante desde un punto de vista jurídico, por aplicación de la máxima antes señalada: "los pensamientos no se castigan". Pero una vez que el sujeto ejecuta alguna de esas conductas es importante determinar si lo hizo intencionadamente o sólo por descuido o negligencia. De ello dependerá que el ilícito en que la persona hubiere incurrido sea calificado de *delito* o de *cuasidelito*, de lo cual, a su vez, dependerá la gravedad de la pena que haya de aplicársele.

"Delito —dispone el Art. 1 del Código Penal— es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley", mientras que el Art. 2 agrega lo siguiente: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen un cuasidelito si sólo hay culpa en quien las comete". Por lo mismo, alguien que conduciendo su automóvil lanza el vehículo deliberadamente en contra de una persona a la que desea eliminar y produce efectivamente la muerte de ésta, será procesado y condenado como responsable del *delito* de homicidio; en cambio, un conductor que causa la muerte de un peatón sin quererlo, en circunstancias que manejaba descuidada o imprudentemente, será juzgado y condenado como responsable del *cuasidelito* de homicidio.

En consecuencia: tratándose del derecho penal, la exterioridad se mantiene incólume mientras el sujeto no realiza ninguna de las conductas tipificadas como delito; pero, a la vez, dicha exterioridad desaparece por completo una vez que el sujeto incurre de hecho en alguna de esas conductas. En el primer caso, su fuero interno no es relevante para el derecho, mientras que en el segundo sí lo es.

En el campo del derecho civil aparece también, en ocasiones, una dimensión de interioridad de las normas, configurándose una *tercera salvedad* a la exterioridad.

En efecto, hay instituciones del derecho civil que exigen una determinada disposición interior de los sujetos para que puedan

entenderse debidamente configuradas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el domicilio y con la posesión. El Art. 59 del Código Civil define domicilio como "la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella", mientras que el Art. 700 dice que la posesión es "la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor o dueño". Tal como se ve, en ambos casos, para que exista domicilio o posesión, se requiere de un hecho externo y fácilmente verificable, a saber, en un caso la residencia en un lugar y en el otro la tenencia de una cosa, pero, a la vez, se exige, complementariamente, un determinado *ánimo* o disposición interna del respectivo sujeto.

Cabe llamar la atención que, todo lo contrario de las dos situaciones mostradas a propósito de esta tercera salvedad, en el campo del derecho civil se prescinde a veces por completo de la interioridad del sujeto, al cual se le hace responsable, excepcionalmente, del daño sufrido por otro sujeto sin que medie ninguna participación dañosa del primero. Así, por ejemplo, el propietario de un vehículo, aun cuando éste sea conducido por otra persona al momento de causar daño a un tercero, es civilmente responsable de este daño y debe concurrir a las reparaciones pecuniarias del caso.

En consideración a las salvedades apuntadas, debemos concluir que las normas jurídicas son sólo *preferentemente exteriores*.

Heteronomía y salvedades a la heteronomía.— Pasando ahora a la segunda de sus características, podemos afirmar que las normas jurídicas son *heterónomas*, puesto que lo común es que ellas sean estatuidas por autoridades normativas situadas fuera y aun por encima de los sujetos que deben obedecer esas normas. Es más: un rasgo sobresaliente de todo ordenamiento jurídico desarrollado es que éste institucionalice la producción de nuevas normas y que determine con precisión los órganos, autoridades y poderes que estarán facultados para introducirlas, así como para modificar o derogar las ya existentes. En el ámbito jurídico, por lo mismo, es fácil separar la figura del que produce las normas desde una posición de autoridad —en sentido amplio, el legislador— de la de quienes deben obedecer tales normas en condición de sujetos legislados.

Con todo, la heteronomía reconoce también importantes *salvedades*, cuya consideración nos conducirá a la afirmación de que

las normas jurídicas son sólo *predominantemente heterónomas*, o, lo que es lo mismo, que en el derecho *domina una dimensión de heteronomía*.

La *primera salvedad* al carácter heterónomo de las normas jurídicas es de carácter *político* y se produce como resultado de la democracia como forma de gobierno.

En toda sociedad organizada y compleja es preciso adoptar decisiones colectivas o de gobierno, esto es, decisiones que interesan al conjunto de la comunidad y que vinculan a todos los miembros de ésta. "Todo grupo social —escribe Bobbio— tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, tanto interior como exterior".

Lo anterior quiere decir que en toda sociedad resulta necesaria la adopción de decisiones orientadas hacia otros, o hacia todos, y estas decisiones —que podemos llamar decisiones colectivas o de gobierno—, al no poder ser tomadas por los individuos en forma aislada, es preciso que lo sean por alguien y que este alguien proceda conforme a determinadas reglas y procedimientos previamente establecidos. Así, por ejemplo, cuando un parlamento vota una ley adopta una de estas decisiones que comprometen al conjunto de la sociedad.

Ahora bien, la democracia puede ser definida como la forma de gobierno en la que la adopción de las decisiones colectivas tiene lugar con la intervención de los propios sujetos que van a quedar luego vinculados por tales decisiones. La regla básica de la democracia consiste en que en la adopción de las decisiones de gobierno debe participar el mayor número de personas, por ejemplo, toda la población adulta, esto es, todos quienes hayan alcanzado la mayoría de edad para tener y ejercer derechos políticos. Pero establecido que toda la población adulta no puede estatuir directamente, una a una, todas esas decisiones, la democracia estipula que los llamados a adoptarlas deben ser elegidos por la población y tener el carácter de legítimos representantes de ésta.

En una democracia, en consecuencia, el poder no es *ejercido* directamente por el pueblo —porque en sociedades como las actuales el pueblo no puede estar reunido permanentemente en asamblea para acordar una a una todas las decisiones de interés común—, aunque sí puede afirmarse que en una democracia el

poder *proviene* o *deriva* del pueblo, en el entendido de que es al pueblo al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, elegir a quienes tendrán competencia para tomar las decisiones colectivas. De este modo, sólo en una democracia *directa* puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en las democracias *representativas*, lo que puede decirse es que el pueblo elige al que decide o gobierna.

En una democracia directa, o sea, cuando el pueblo reunido en asamblea adopta directamente las decisiones colectivas, la heteronomía del derecho desaparece, puesto que en tal caso los sujetos se someten a su propio querer, o, al menos, al querer de la mayoría, y no al querer de otro. Tratándose en cambio de una democracia representativa, esto es, cuando las decisiones colectivas son tomadas por órganos integrados por representantes del pueblo, la heteronomía del derecho no desaparece, aunque se suaviza, porque si bien quienes quedan vinculados por tales decisiones no se someten en tal caso a un querer propio, sino al querer de sus representantes, estos últimos tienen tal carácter en virtud de elecciones libres, informadas y periódicas en las que pueden participar todos los ciudadanos. Así, en una democracia representativa, el pueblo no está de hecho sujeto a un querer *propio*, sino al querer de *otro*, aunque lo correcto sería decir que está sujeto a un querer *delegado*.

Existe también una *salvedad* de tipo *social* a la heteronomía del derecho y de sus normas.

Para explicar esta nueva salvedad es preciso anticipar dos conceptos jurídicos fundamentales —los de *validez* y *eficacia*— que serán desarrollados en la parte de este libro que trata del ordenamiento jurídico.

Por *validez* de una norma jurídica se entiende la existencia de ésta y su consiguiente pretensión de obligatoriedad de cara tanto a los sujetos imperados que deben obedecerla cuanto a los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla en sus consecuencias coactivas cada vez que uno de aquellos sujetos se desvíe de lo establecido por la norma. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que es *válida* equivale a afirmar que ella *existe*, que *obliga* y que *debe ser* obedecida y aplicada por los sujetos imperados y por los órganos jurisdiccionales.

Por *eficacia* de una norma jurídica se entiende el hecho de que la norma sea efectivamente obedecida y aplicada, en la ma-

yoría de los casos, por sujetos imperados y por órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que tiene *eficacia* equivale a afirmar que ella *es* generalmente obedecida y aplicada.

Por lo mismo, la diferencia entre validez y eficacia salta a la vista: en cuanto válida, una norma jurídica *debe ser* obedecida y aplicada; en tanto eficaz, ella *es*, de hecho, obedecida y aplicada.

La diferencia entre ambos conceptos proviene de que una norma jurídica válida tanto puede ser eficaz como ineficaz. Será eficaz cuando resulte de hecho generalmente obedecida y aplicada; en cambio, será ineficaz cuando no consiga ser habitualmente obedecida o aplicada.

Así, puede surgir una salvedad a la heteronomía según sea la actitud que se adopte frente a la pregunta que inquiere acerca de cuál es la *relación* entre validez y eficacia.

Si se afirma que *no hay relación* alguna entre validez y eficacia de las normas jurídicas, o sea, que la circunstancia de resultar eficaz o ineficaz una de tales normas en nada afecta a su validez, entonces no se configura ninguna salvedad a la heteronomía. De acuerdo a este punto de vista, si una norma jurídica válida producida heterónomamente —por ejemplo, una ley— no consigue ser eficaz, o habiéndolo sido pierde luego su eficacia, tal hecho no perjudica la validez de la norma y ésta continúa siendo válida, esto es, continúa existiendo y teniendo el doble carácter obligatorio antes indicado.

En cambio, si se considera que la eficacia es el *fundamento* de la validez de las normas jurídicas, o sea, si se estima que lo que da u otorga validez a una norma es su eficacia, entonces se produce una evidente salvedad al carácter heterónimo del derecho, puesto que sus normas llegarían a existir y a obligar sólo cuando fueran antes regularmente obedecidas y aplicadas como tales. De acuerdo a este nuevo punto de vista, sería el obediimiento de la norma, su aceptación por parte de los correspondientes sujetos imperados, la sujeción de éstos, en fin, a su propio querer, lo que permitiría que una norma jurídica llegara a ser válida.

También se configura una salvedad al carácter heterónimo de las normas jurídicas cuando se sostiene una posición distinta de las dos anteriores, como es el caso de Kelsen, quien afirma, a diferencia del primero de los puntos de vista, que la eficacia

tiene relación con la validez, y, a diferencia del segundo, que la eficacia no es lo mismo que la validez ni es tampoco el fundamento de ésta. De acuerdo con la posición de Kelsen, por lo mismo, la validez de las normas jurídicas no es enteramente independiente de su eficacia, aunque ésta no constituye el fundamento de aquélla.

Para Kelsen una norma jurídica es válida, o comienza a ser válida, con independencia de su eficacia, o sea, antes de saberse incluso si será o no eficaz. Así, una ley, luego de ser aprobada por el Congreso Nacional y de ser sancionada y promulgada por el Presidente de la República, es válida desde el mismo momento en que se publica como tal. No obstante, una norma jurídica válida necesita de la eficacia para continuar siendo válida, lo cual quiere decir dos cosas: que una norma jurídica válida que consigue además ser eficaz, sigue ella siendo válida; y que una norma jurídica válida que no consigue ser eficaz, o que habiéndolo conseguido pierde más tarde su eficacia, deja también de ser válida.

De acuerdo con el punto de vista de Kelsen, en consecuencia, una norma jurídica no necesita ser eficaz para *empezar* a ser válida, aunque sí requiere de la eficacia para *continuar* siendo válida. En otras palabras: la eficacia o ineficacia de una norma jurídica es siempre un hecho que se produce después de que la norma haya adquirido validez. Ahora bien, si lo que sigue a la validez de la norma es la eficacia de ésta, la norma continúa siendo válida; en cambio, si lo que sigue a la validez es la ineficacia de la norma, ésta pierde su validez.

Kelsen explica su posición diciendo que la eficacia no es el fundamento de la validez, aunque sí *condición* de la validez. No es fundamento de la validez porque la eficacia no es la que da u otorga la validez a las normas, pero es condición de la validez porque de la eficacia depende que una norma jurídica continúe o no siendo válida. Para explicar esto, Kelsen recurre a la siguiente analogía: para poder vivir es preciso respirar y alimentarse, aunque nadie diría que respirar y alimentarse son lo mismo que la vida o el fundamento de ésta, o sea, nadie afirmaría que respirar y alimentarse son hechos o funciones que dan u otorgan la vida. Sin embargo, nacer y alimentarse son condiciones para la vida, puesto que no podríamos conservar la vida si no respiráramos y nos alimentáramos.

En la llamada "objeción de conciencia" encontramos ahora una *salvedad* de carácter *moral* a la heteronomía del derecho y de sus normas.

En virtud de lo que se llama objeción de conciencia, un sujeto de derecho, obligado por el ordenamiento jurídico de su país a realizar un determinado acto o prestación, puede excusarse legítimamente de cumplir el deber jurídico de que se trate, al contradecir éste la conciencia moral del individuo.

Hay determinados deberes que el derecho de un país impone a sus habitantes —por ejemplo, recibir instrucción militar a través de un servicio militar obligatorio—, que el mismo ordenamiento jurídico, bajo ciertas circunstancias, permite eludir y sustituir por algún otro deber que no ofenda la conciencia moral del sujeto, tal como acontece, por ejemplo, en el caso de que éste pueda rechazar el servicio militar y optar por un servicio comunitario de otra índole.

Es evidente que en una situación como esa la heteronomía de la norma jurídica cede en favor de la autonomía moral del sujeto, aunque cabe llamar la atención acerca de que la objeción de conciencia no se dirige contra todo el ordenamiento jurídico, sino sólo contra alguna determinada de sus normas o instituciones, y que, además, no persigue privar de validez u obligatoriedad general a la norma o institución objetada, sino limitar su validez en el caso particular del objetor de conciencia de que se trate. La objeción de conciencia tampoco importa un quiebre del principio de igualdad ante la ley, puesto que el deber de que ella exime a un sujeto es sustituido por el cumplimiento de otra obligación.

En ocasiones, la objeción de conciencia es vista como modalidad de un fenómeno más general, a saber, la llamada "desobediencia civil", pero la verdad es que hay una marcada diferencia entre ambas situaciones. Tratándose de la desobediencia civil, el acto de resistencia no es protagonizado por un solo sujeto, sino por un grupo, y es llevado a cabo con el propósito de demostrar públicamente la injusticia del ordenamiento jurídico vigente, o de una parte importante de éste, y con la finalidad de conseguir el cambio o modificación del ordenamiento de que se trate.

En todo caso, tanto la desobediencia civil como la objeción de conciencia, la primera de carácter *colectivo* y la segunda de

tipo *individual*, son formas que puede adoptar la resistencia al obedecimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos normativos, lo cual plantea la pregunta acerca de cuándo o en qué casos, y en mérito de cuál justificación, pueden las personas desobedecer legítimamente las normas jurídicas que rigen sus comportamientos.

Por último, hay también una *salvedad jurídica* a la heteronomía de las normas jurídicas.

Esta salvedad tiene que ver con la existencia de fuentes formales del derecho de carácter *autónomo*, o en las que resulta posible apreciar una importante dimensión de autonomía, lo cual exige anticipar el concepto de *fuerza formal del derecho*.

Con la expresión *fuentes formales del derecho* se designa al conjunto de los procedimientos o métodos de producción de normas jurídicas, que son llevados a cabo por distintas autoridades, instancias de tipo social y sujetos de derecho, todos los cuales están autorizados para producir normas en virtud de otras normas del mismo ordenamiento jurídico al que se incorporarán las que produzcan esas mismas autoridades, instancias o sujetos.

Todo ordenamiento jurídico, además de las normas que imponen directamente deberes a los sujetos imperados y prevén las consecuencias desfavorables que tendrán que aplicárseles por los tribunales cada vez que se desvíen de lo establecido por tales normas, contempla un tipo de disposiciones que se llaman "normas de competencia". Estas son las que autorizan a determinados órganos o personas para introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico, así como para modificar o derogar las que se encuentren vigentes. Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado autoriza al Presidente de la República y al Congreso Nacional para que, valiéndose del procedimiento que la propia Constitución señala, produzcan determinadas normas jurídicas a las que en general se llama "leyes". Por lo mismo, la *ley* es una fuente formal del derecho, esto es, un método a través del cual determinadas autoridades producen normas jurídicas, y se trata, además, de una fuente formal *heterónoma*, puesto que las normas son producidas en este caso por la labor asociada de dos órganos o poderes públicos que se sitúan fuera y por encima de los sujetos que deben dar cumplimiento a tales normas.

Por otra parte, hay fuentes formales del derecho, como la *costumbre jurídica* y los *actos jurídicos*, que tienen carácter *autónomo*,

mo, o que, cuando menos, muestran una importante dimensión de autonomía en el derecho.

En el caso de la costumbre como fuente formal del derecho, las normas jurídicas no vienen producidas por uno o más órganos o poderes públicos que se encuentren situados fuera o por encima de los sujetos imperados, sino por la reiteración constante y uniforme que de una determinada conducta hacen esos mismos sujetos, con el convencimiento de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria, lo cual significa que cabe esperar sanciones específicamente jurídicas, y no de otro orden, cada vez que la referida conducta no sea observada por cualquiera de los sujetos normativos.

En la parte de este libro que trata de las fuentes formales del derecho tendremos que volver sobre ese concepto de costumbre jurídica, sobre la evolución que ésta ha tenido como fuente formal del derecho y sobre el valor que tiene actualmente en el ordenamiento jurídico nacional. Por el momento, basta con percibir cómo el concepto que acabamos de anticipar muestra claramente que las normas de derecho consuetudinario, esto es, las que son producidas a través de la costumbre jurídica, son creadas y sustentadas por los mismos sujetos que deben obedecerlas, lo cual resulta suficiente para ver en ella una fuente formal de carácter autónoma.

Tratándose ahora de los actos jurídicos, éstos constituyen también una fuente formal del derecho de carácter autónomo, puesto que las normas que se producen por su intermedio resultan ser expresión de voluntad de los mismos sujetos que quedan imperados por ellas. Se trata, como es obvio, de normas jurídicas *particulares*, porque restringen su ámbito de validez únicamente a los sujetos que las producen. Pero el hecho de ser normas jurídicas particulares, a diferencia de lo que acontece con las leyes, que por lo común contienen normas jurídicas abstractas y generales, no las priva de su condición de normas jurídicas.

En otras palabras: sólo la confusión entre "ley" y "derecho", así como la creencia de que la ley era la única fuente formal del derecho, pudo en algún momento llevar a la convicción de que las normas jurídicas son siempre generales, esto es, dadas para géneros de casos y no para determinadas situaciones concretas y singulares. Es efectivo que determinadas fuentes formales, como es el caso de la ley y de la costumbre jurídica, dan lugar,

por lo común, a normas jurídicas de carácter general, pero eso no debe hacer olvidar la existencia de fuentes formales por medio de las cuales lo que se produce son normas jurídicas concretas y singulares, como es el caso, sin ir más lejos, de los actos jurídicos. De este modo, cuando dos sujetos celebran un determinado contrato, que es una clase de acto jurídico destinado a crear derechos y obligaciones para las partes que intervienen en él, y convienen, por ejemplo, en que uno de ellos —llamado vendedor— entregará a otro —llamado comprador— una cosa determinada a cambio del pago de un precio también convenido por ellos, están creando normas jurídicas particulares cuyo poder vinculador se limitará sólo a los contratantes.

Es efectivo que en el ejemplo antes señalado las partes se valen de las normas jurídicas de carácter legal, y por tanto general, que en materia de compraventa se contienen en el Código Civil. Esto quiere decir que al celebrar ese determinado contrato de compraventa, las partes aplican las normas legales de tipo general sobre compraventa. Pero ello no impide que, a la vez, creen o produzcan de ese modo las normas jurídicas particulares que les concederán e impondrán los derechos y obligaciones que para cada una de ellas resultan de ese determinado contrato. Aquí, por lo mismo, las partes aplican y producen normas jurídicas, aunque las normas que se producen lo son por propia voluntad de los contratantes y muestran así una evidente dimensión de autonomía en el derecho.

A propósito de cuanto venimos diciendo, Kelsen distingue entre métodos de creación jurídica *autocráticos* (la ley, la sentencia judicial) y métodos *democráticos* (la costumbre jurídica y los actos jurídicos). Los primeros constituyen métodos de producción jurídica que muestran el carácter *heterónomo* del derecho, mientras que los segundos son prueba de la dimensión de *autonomía* que aparece también en el fenómeno jurídico.

Todas las precedentes salvedades que han sido analizadas a propósito de la heteronomía de las normas jurídicas, en especial la última de ellas, a saber, la que calificamos de salvedad jurídica, obligan a concluir que en este tipo de normas sólo *domina una dimensión de heteronomía*.

Bilateralidad.— Las normas jurídicas son *bilaterales* porque, junto con imponer deberes a uno o más sujetos de derecho, con-

ceden o reconocen a otro u otros sujetos, distintos de los anteriores, la facultad de exigir el cumplimiento de tales deberes.

Las normas jurídicas no imponen a los sujetos deberes que éstos tengan frente a sí mismos, sino obligaciones que asumen ante otros sujetos. Por lo mismo, al sujeto sobre el que pesa el deber se le llama *sujeto pasivo*, mientras que a aquel que está dotado de exigir el cumplimiento de ese deber se le denomina *sujeto activo*.

Puesto lo anterior de otro modo, el derecho, a diferencia de lo que ocurre con la moral personal o autónoma, es ante todo vida de *relación*, no de *introspección*. Por esta misma razón se alude a veces a la bilateralidad del derecho con la palabra "alteridad".

Coercibilidad.— Por último, las normas jurídicas son *coercibles*, y es ésta la característica que mejor contribuye a identificarlas, a la vez que a diferenciarlas de los demás tipos de normas.

Este rasgo de las normas jurídicas ha sido destacado, entre otros, por Heinrich Henkel, quien afirma que "la fuerza no es atributo, sino característica esencial del derecho positivo". Así, un derecho impotente, esto es, un derecho desarmado, desprovisto de la posibilidad de dirigir y ejecutar actos de fuerza en contra de quienes no cumplan sus prescripciones, sólo podría ser un derecho meramente pensado o proyectado, o bien un derecho derogado, o sea, en todos esos casos, un no-derecho. Por lo mismo, el pensamiento de un derecho "que no fuese inexorable (coercitivo, autárquico) —dice por su parte Luis Recasens Siches— constituiría un absurdo, es decir, un pensamiento irrealizable, como el de cuadro redondo o el de cuchillo sin mango ni hoja". Kelsen, todavía más explícito, se pregunta "¿Qué pueden tener de común el llamado derecho de los antiguos babilonios con el que existe actualmente en los Estados Unidos? ¿Qué puede tener de común el orden social de una tribu negra sometida a un cacique despótico —orden al que también se da el nombre de derecho— con la Constitución de la República Suiza?" El único elemento en común —responde este autor—, a pesar de todas las diferencias éticas que tras ellos existen y que traducen contenidos muy diversos, es "la técnica social que consiste en provocar la conducta deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva".

En consecuencia, el derecho no es meramente plan o propuesta de determinados comportamientos que se consideran deseables, sino exigencia de estos mismos comportamientos, bajo la amenaza de sanciones, y con la particularidad de que para imponer estas sanciones se encuentra autorizado el uso de la fuerza.

Coercibilidad, coacción y sanción.— Con todo, es preciso distinguir entre los conceptos de *coercibilidad*, *coacción* y *sanción*, siguiendo en esto las explicaciones de Luis Legaz Lacambra.

La *coercibilidad* designa la legítima posibilidad de aplicar la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento del derecho. La *coacción*, por su parte, designa el hecho cumplido de la fuerza, o sea, la expresión material de ésta. En fin, la *sanción* consiste en la precisa consecuencia jurídica desfavorable que debe recaer sobre el sujeto que ha dejado sin observar el deber impuesto por una norma jurídica.

Coacción y sanción, por lo mismo, pueden fallar en el ámbito de la experiencia jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el infractor que se fuga sin ser jamás habido o en el caso del acreedor que renuncia voluntariamente a requerir la aplicación de la fuerza para obtener la reparación del daño causado. En ambos casos no hay *coacción* —la fuerza, como tal, no se cumple, no llega a ser actual—, ni tampoco *sanción*, puesto que ninguna consecuencia jurídica desfavorable se hace efectiva sobre el sujeto infractor. Pero la *coercibilidad*, entendida como la mera posibilidad de hacer uso de la fuerza en presencia de la infracción, no ha fallado ni puede tampoco fallar, por cuanto ella designa un carácter a priori, esto es, independiente de la experiencia. “Por eso —escribe Legaz Lacambra— todo lo que tienen de legítimas y bien fundadas las objeciones que se dirigen contra la coacción como elemento esencial del derecho, considerándola como fuerza física actual, lo tienen de inválidas cuando se dirigen contra el carácter coactivo del derecho, en el sentido de afirmar la coactividad como posibilidad de ejercer la coacción, como la posibilidad de poner en marcha un aparato por virtud del cual se aplican las consecuencias de la infracción del orden jurídico”.

La coercibilidad, recuerda Henkel, “requiere tener dispuesto un *aparato coercitivo organizado* para la ejecución de la coacción jurídica, dentro de un *procedimiento jurídicamente ordenado*”.

Por su lado, Recasens Siches aclara que “no se habla del hecho de la fuerza (coacción), sino de la *esencial posibilidad* de usarla cuando no se produzca el cumplimiento voluntario”.

Lo peculiar del derecho no está que mande o prohíba ciertos comportamientos bajo la amenaza de sanciones, porque todos los órdenes normativos contemplan algún tipo de sanción para los infractores. Lo peculiar del derecho reside en que sus sanciones pueden ser aplicadas en uso de la fuerza. Dice Kelsen: “la única diferencia relevante entre los diversos ordenamientos sociales no radica en que algunos prescriban sanciones y otros no, sino en la circunstancia de que prescriben diferentes tipos de sanciones”.

En consecuencia, ni la coacción ni la sanción, sino la coercibilidad, constituyen una característica inseparable del derecho.

Aspectos resaltantes de la coercibilidad: la relación entre derecho y fuerza.— Es preciso, sin embargo, destacar algunos aspectos del concepto de coercibilidad:

En *primer lugar*, que se trata sólo de la *posibilidad* del uso de la fuerza, y no de la fuerza en acto, lo cual permite establecer la diferencia entre coercibilidad y coacción, según fue explicado antes.

Segundo, que se trata de la *legítima* posibilidad de emplear la fuerza, lo cual quiere decir que la fuerza que utiliza el derecho no es cualquier fuerza, sino sólo aquella que autoriza el propio ordenamiento jurídico de que se trate, la cual es hecha valer, asimismo, a través de los órganos públicos que ese mismo ordenamiento establece. La reacción directa que un acreedor puede tener frente al deudor que no ha cumplido su obligación —propinándole un golpe, por ejemplo— constituye ciertamente un acto de fuerza, pero no podríamos decir que se trata de una fuerza legítima. Del mismo modo, ese acreedor podría dirigirse personalmente a la casa del deudor, forzar la entrada a ésta y apropiarse de bienes suficientes para satisfacer su crédito, aunque un resultado similar podría obtener a través de un procedimiento judicial en el que se decretara el embargo, retiro y subasta de determinados bienes del deudor. En ambos casos habría aplicación de fuerza, pero sólo en el segundo de ellos podemos ver un acto legítimo de aplicación de fuerza.

En consecuencia, fuerza legítima no significa fuerza justa, de conformidad a la idea y procedimientos que acerca de la justicia pueda tener cada cual frente a los casos de infracción a normas jurídicas. Fuerza legítima significa fuerza conforme al derecho, o sea, fuerza ejercida a través de órganos regulados en su funcionamiento por el propio ordenamiento jurídico.

En *tercer término*, la fuerza que aplica el derecho es una fuerza *socialmente organizada*, precisamente porque ella debe hacerse efectiva a través de órganos coercitivos que están establecidos y regulados por el propio derecho.

En *cuarto lugar*, cabe destacar que el derecho se vale generalmente de sanciones negativas para obtener el cumplimiento de sus normas, esto es, de consecuencias desfavorables para los sujetos infractores, que están especificadas en las propias normas jurídicas y que consisten en la privación de ciertos bienes del infractor, tales como su vida (caso de la pena de muerte), su libertad (como en las penas de presidio), su patrimonio (como en las penas pecuniarias de multa) o su honor (caso de la pena que priva al infractor de sus derechos políticos o de la posibilidad de acceder a cargos públicos). Sin embargo, en determinadas situaciones el derecho se vale de premios o recompensas para estimular determinadas conductas que considera deseables, situación en la cual se dice que estamos en presencia de *sanciones premiales*. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una disposición del Código Civil declara que quien denuncie la existencia de un tesoro tendrá derecho a la mitad de éste.

En *quinto lugar*, es preciso aclarar que lo que el derecho impone en uso de la fuerza no son los comportamientos que sus normas exigen como *debidos*, sino los *actos de tipo coactivo* que deban seguir en caso de que algún sujeto normativo se aparte de tales comportamientos. "La caracterización del derecho como un ordenamiento coactivo —escribe William Ebenstein— no significa que el derecho imponga realmente por la fuerza el comportamiento exigido jurídicamente, puesto que el acto coactivo debe ser ejecutado sólo en presencia del comportamiento prohibido por el derecho".

De este modo, todo individuo es libre de ajustar o no su conducta a lo exigido por el derecho, y éste, salvo el caso de la comisión de un delito flagrante, nada puede hacer para imponer

por la fuerza física el comportamiento que exige como debido. A este mismo respecto, Kelsen acota lo siguiente: "que el derecho sea caracterizado como un ordenamiento coactivo no significa —como ha sido afirmado algunas veces— que imponga por la fuerza la conducta jurídica, esto es, el comportamiento que ha sido ordenado. Este comportamiento no es exigido por la fuerza a través del acto coactivo, porque éste debe ser ejecutado precisamente cuando un individuo se comporta no de la manera ordenada por la norma, sino de la manera prohibida por la norma. Es precisamente para este evento que se prescribe un acto coactivo como sanción".

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso admitir que al ser el derecho un ordenamiento coactivo, los sujetos imperados no pueden dejar de sentir una fuerza *psíquica*, aunque no *física*, que los impulsa al obedecimiento, lo cual quiere decir que la sola representación del acto coactivo por parte de los sujetos imperados induce a éstos a comportarse en la forma exigida por el derecho. Pero, reiteramos, se trata de una fuerza psíquica, espiritual, y no actuante de hecho. Por lo demás, la representación por parte de los sujetos de los actos coactivos con que reacciona el derecho en caso de cumplimiento, no es el único motivo que les induce a comportarse en la forma que las normas jurídicas prescriben. Razones de mera reputación, o bien imperativos de orden moral cuando lo prescrito por el derecho se encuentre también ordenado por la moral, son también motivaciones frecuentes que favorecen el obedecimiento de las normas jurídicas.

En *sexto lugar*, decir que la coercibilidad es un atributo de las normas jurídicas no importa afirmar que *todas y cada una* de las normas jurídicas de un determinado ordenamiento son siempre susceptibles de aplicación por medio de la fuerza socialmente organizada. En rigor, la coercibilidad, más que una característica de todas las normas de un ordenamiento jurídico, constituye una característica del ordenamiento visto como un todo.

En *séptimo lugar*, afirmar que la coercibilidad es una característica inseparable del derecho, o incluso *esencial*, como afirman algunos autores, no importa favorecer una confusión entre el *derecho* y la *fuerza*, puesto que la coacción que utiliza el derecho no es equiparable al simple poder fáctico que se ejerce sobre

un individuo, desde el momento que ella reúne las condiciones que hemos indicado precedentemente, en especial que ella debe hallarse autorizada y ser declarada y ejecutada por órganos públicos competentes.

Seguidamente, puede afirmarse, incluso, que el derecho se atribuye el *monopolio de la fuerza*, como han sostenido autores como Ihering, Kelsen y Max Weber. Esto quiere decir que el derecho prohíbe todo acto de fuerza de un sujeto sobre otro que no consista en la ejecución de los actos coactivos a que el propio derecho autoriza. Junto con prohibir la fuerza, en consecuencia, el derecho fija en qué casos, bajo qué condiciones y por cuáles órganos públicos será legítimo aplicar fuerza a un sujeto, con lo cual monopoliza el uso de la fuerza dentro de la sociedad.

Derecho y fuerza, por tanto, no son una y misma cosa, porque el derecho es sólo una determinada *organización* de la fuerza, en tanto que, por esta misma razón, o sea, por ser el derecho una determinada organización de la *fuerza*, tampoco puede mirarse al derecho como un ordenamiento por completo independiente de la fuerza. Josef Kunz lo dice del siguiente modo: "el medio del derecho, el acto coercitivo de la sanción, es de la misma naturaleza que lo que el fin del derecho quiere evitar: el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres".

Kelsen por su parte, añade lo siguiente: "el derecho y la fuerza no han de ser entendidos como absolutamente discordantes entre sí. El derecho es una organización de la fuerza. El derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza únicamente está prohibido como entuerto, es decir, como condición (en la norma), pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia". Y concluye este último autor: "la fuerza se emplea (por el derecho) para evitar el empleo de la fuerza. El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto prohíbe el uso de la fuerza. Sin embargo, no excluye absolutamente el uso de la fuerza. El derecho es una organización de la fuerza. La paz es un estado en el que no hay uso de la fuerza. En este sentido de la palabra, el derecho provee únicamente una paz relativa, en cuanto priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero la reserva para la comunidad".

Quizás si la mejor manera de poner gráficamente la *relación* a la vez que la *diferencia* entre el derecho y la fuerza, sea recu-

rriendo, como hace Ihering, a la imagen con que se representa comúnmente al derecho: la figura de la espada y la balanza. "La balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia, el derecho inerte, incapaz de imponerse. La espada sin la balanza, a su turno, es la fuerza bruta, ciega y sin control. De manera que tanto la espada como la balanza son símbolos que, conectados entre sí, resultan expresivos de la realidad de lo jurídico. Porque el derecho no reina verdaderamente sino allí donde la fuerza empleada para blandir la espada iguala a la habilidad con que se sostiene la balanza".

Por último, y en *noveno lugar*, el tema de la relación, a la vez que de la diferencia entre derecho y fuerza, ha llevado a algunos autores a plantearse la pregunta acerca de cómo podemos distinguir entre la manera como actúa el *derecho* y el modo como se comportan las *bandas de ladrones*.

Tanto el derecho como las bandas de ladrones exigen de determinado sujeto, bajo la amenaza de un castigo, que se comporte de una cierta manera. Una ley tributaria, por ejemplo, impone a un sujeto el deber de declarar y pagar un determinado impuesto, lo cual hace bajo la amenaza de aplicarle una sanción en caso contrario; por su parte, una banda de ladrones exige también de su víctima la entrega de dinero bajo la amenaza de infligirle un daño o castigo.

Subjetivamente —dice Kelsen— ambas situaciones son similares, porque en los dos casos alguien espera de otro, bajo la amenaza de un castigo, que se comporte de determinada manera. Sin embargo, *objetivamente* no son situaciones equiparables, porque sólo en la primera de ellas, la del servicio del Estado que cobra y percibe un determinado impuesto, la conducta en cuestión puede ser conectada con una norma del respectivo ordenamiento jurídico, a saber, la que autoriza precisamente dicha conducta. En cambio, no podemos interpretar la amenaza que el ladrón de caminos dirige a su víctima como el sentido objetivo de una norma jurídica válida, puesto que ninguna norma jurídica autoriza dicha conducta y, todo lo contrario, la tipifica como delito, esto es, como un comportamiento que debería ser sancionado.

Según Hart, ahora, y continuando con el mismo ejemplo, sólo en el caso de la ley tributaria puede uno decir que el sujeto *debe* comportarse conforme dicha ley lo prescribe, mientras

que en el caso de la víctima de un robo diríamos que *tiene* que comportarse del modo como exige el asaltante si es que quiere evitar las consecuencias negativas con que éste le amenaza. Por otra parte, las normas jurídicas dan órdenes permanentes a ser seguidas por clases de personas, lo cual les confiere un carácter a la vez de perdurabilidad y generalidad que no tienen las órdenes dadas por el asaltante y, además, promueven en tales personas un hábito general de obediencia. Por lo mismo, concluye Hart, "en este hecho de la obediencia general se encuentra una distinción crucial entre las normas jurídicas y el caso simple originario de la orden dada por el asaltante". Es más, agrega este autor, "la mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra (la del asaltante sobre su víctima) es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido".

ALGUNOS CONCEPTOS JURIDICOS BASICOS

1. SUJETOS Y OBJETOS DE DERECHO

Hombre, persona y sujeto de derecho. Sujeto jurídico individual. Sujeto jurídico colectivo. Atributos de la personalidad. La prestación. El objeto de derecho.

Hombre, persona y sujeto de derecho.— La bilateralidad de las normas jurídicas puso de manifiesto que éstas imponen deberes a determinado sujeto y, a la vez, conceden a otro sujeto la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate. En consecuencia, tales deberes y facultades suponen la existencia de sujetos que son titulares de estas facultades o sobre quienes pesan los correspondientes deberes. Es por eso, entonces, que el sujeto de derecho puede ser considerado como un elemento de las normas jurídicas.

Sujeto de derecho es todo aquel capaz de tener derechos y obligaciones jurídicas.

El *hombre*, desde un punto de vista meramente biológico, es uno más entre los seres vivos que habitan la tierra, aunque el derecho, al hacer de todo hombre un sujeto de derecho, considera a aquél en la condición más compleja de *persona*, palabra esta última que designa a un ser dotado de libertad y, por tanto, responsable de sus actos. Por lo mismo, es en cuanto persona que el hombre está dotado de una especial dignidad. Es esta dignidad, a fin de cuentas, lo que está a la base del reconocimiento de todo hombre como *sujeto de derecho* y, asimismo, lo que está a la base del reconocimiento de los llamados "derechos humanos", que adscriben también a toda persona sin excepción.

En consecuencia, y siguiendo en esto el esquema propuesto por Antonio Bascuñán Valdés, todo *hombre es persona* y a toda persona, cualquiera sea su edad, estado o condición, se le reconoce como *sujeto de derecho*, lo cual equivale a decir que toda persona es apta para tener derechos y obligaciones jurídicas.

Cosa distinta, por ejemplo, es que por motivos de edad, o por otras razones que el propio derecho establece, una persona no esté en condiciones de ejercer y cumplir por sí misma los derechos y obligaciones de que sea titular. Esta incapacidad de *ejercicio*, si bien limita al sujeto de derecho que la tiene, no afecta en nada a la titularidad de los derechos del sujeto. En este evento será necesario designar un representante que actúe por el sujeto que tenga incapacidad de ejercicio, pero éste conservará no sólo su condición de sujeto de derecho, sino también los propios derechos de que sea titular.

Sujeto jurídico individual.— La persona humana es siempre sujeto de derecho y es por eso que el Art. 56 del Código Civil dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

A la persona humana, individualmente considerada, se le llama *sujeto jurídico individual*, o, según la terminología que emplea nuestro Código Civil, “persona natural”.

El sujeto jurídico individual comienza con el nacimiento y concluye con la muerte. Por eso es que el Art. 74 del Código Civil establece que “la existencia legal de toda persona principia al nacer”. Sin perjuicio de esto, el concebido pero no nacido, esto es, un ser que no es todavía un sujeto de derecho, se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico, tanto en su vida como en los derechos que puedan diferírsele. El ordenamiento jurídico, al hacer de la interrupción voluntaria del embarazo un delito y al conceder permiso prenatal a la madre trabajadora embarazada, está protegiendo la vida del que se halla concebido, pero que aun no nace. Del mismo modo, pueden diferirse derechos a la criatura que está en el vientre materno —como dice por su parte el Art. 77 del Código Civil—, aunque tales derechos estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Esto último quiere decir que si la criatura nace y nace viva, entrará al goce de esos derechos tal como si hubiera existido jurídicamente al momento en que se le difirieron;

pero si no llega a nacer, o nace sin vida, los derechos en cuestión pasarán a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.

Sujeto jurídico colectivo.— Además de los sujetos jurídicos individuales existen los *sujetos jurídicos colectivos*, o “personas jurídicas”, como los llama nuestro Código Civil, y a las que define del siguiente modo: “personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”.

Es evidente que la formación de un sujeto jurídico colectivo, o persona jurídica, se produce siempre a partir de la voluntad de dos o más sujetos jurídicos individuales, o personas naturales. Sin embargo, es propio de los sujetos jurídicos colectivos formar un ente jurídico aparte del que constituyen cada uno de los sujetos individuales que hayan concurrido a formarlo.

Los sujetos jurídicos colectivos pueden ser de *derecho público* —como el Estado y las Municipalidades, por ejemplo— o de *derecho privado*, como es el caso de las corporaciones y fundaciones, que no persiguen fines de lucro, y de las distintas clases de sociedades, que son por su parte personas jurídicas que persiguen fines de lucro.

Salvo el caso del Estado, que es el sujeto jurídico colectivo de derecho público por excelencia, todos los demás nacen a la vida jurídica siguiendo para ello los procedimientos y las formalidades que el propio ordenamiento jurídico se encarga de establecer para las distintas clases de personas jurídicas. En cuanto a su extinción, ésta se produce por propia voluntad de los asociados, por la llegada del plazo o condición que se hubiere fijado al respecto o por disposición de la autoridad cuando no correspondan al objeto para el cual fueron constituidos.

Atributos de la personalidad.— Tanto los sujetos jurídicos individuales como los de carácter colectivo participan de determinados atributos, a saber, la *capacidad de goce*, *nacionalidad*, el *nombre*, el *patrimonio* y el *domicilio*. En cuanto a los sujetos jurídicos individuales, tienen también otro atributo, el *estado civil*, que depende de las relaciones de familia y que, por eso mismo, no puede ser tenido por los sujetos jurídicos colectivos.

Se llama *capacidad de goce* a la aptitud que tiene todo sujeto de derecho para *adquirir* derechos y *contraer* obligaciones jurídicas. Por lo mismo, puede decirse que el concepto de capacidad de goce se confunde con el concepto mismo de sujeto de derecho. Por su parte, la llamada *capacidad de ejercicio*, esto es, la aptitud de un sujeto de derecho para *ejercer por sí mismo* los derechos de que es titular, y para cumplir también por sí mismo las obligaciones o deberes jurídicos que le correspondan, suele ir aparejada a la capacidad de goce, o sea, lo normal será que una persona adulta y sana tenga tanto capacidad de goce como de ejercicio. Sin embargo, por determinadas razones, por ejemplo, por motivos de edad, el derecho priva a ciertos sujetos jurídicos individuales de capacidad de ejercicio y les obliga a actuar en la vida jurídica por medio de representantes.

En cuanto a *la nacionalidad*, consiste en el vínculo jurídico que une a un sujeto de derecho con un Estado determinado. Tratándose de sujetos jurídicos individuales, la Constitución Política de cada Estado establece los principios y reglas que determinan cómo se adquiere la nacionalidad y cómo se pierde ésta. En general, puede decirse que un sujeto jurídico individual tendrá la nacionalidad correspondiente al territorio en que ha nacido, o bien, independientemente de esa circunstancia, la nacionalidad de sus progenitores. Ocurre también que las legislaciones de los países combinen ambos criterios, dando prevalencia a uno u otro de ellos.

Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, y dada la evidente y creciente internacionalización de las actividades que éstos realizan, la determinación de la nacionalidad se transforma en un asunto mucho más complejo. La determinación de la nacionalidad de un sujeto jurídico colectivo podrá producirse en razón del Estado que autorizó su constitución o funcionamiento, o bien en razón del territorio en que se encuentra situada la sede principal de sus actividades. Pero es cada vez más frecuente que una misma institución obtenga el reconocimiento de varios Estados a la vez, lo cual torna difícil establecer cuál es efectivamente la sede principal de sus negocios.

El *nombre* es el conjunto de palabras que sirven para identificar a un sujeto de derecho de una manera breve y formal que todos los restantes sujetos pueden llegar a conocer. En el caso de los su-

jetos jurídicos individuales, el nombre *patronímico*, también llamado apellido, depende de las relaciones de familia que el sujeto tenga con sus progenitores, mientras que el llamado nombre *propio*, o de pila, es determinado por la persona que concurre a efectuar la inscripción del nacimiento en el registro respectivo de la Dirección de Registro Civil. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, el nombre va a ser determinado por los propios asociados y deberá dejarse constancia del mismo en el estatuto por el que se rija la persona jurídica de que se trate. En el caso de los sujetos jurídicos colectivos que se crean por ley, el nombre dependerá de la decisión que sobre el particular adopten los órganos del Estado que intervienen en el proceso de formación de las leyes.

El *domicilio*, según lo define nuestro Código Civil, es la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Si ambas condiciones concurren respecto de un mismo sujeto en más de un lugar, se entenderá que en todos ellos tendrá domicilio. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, el o los domicilios tendrán que ser establecidos en el correspondiente estatuto social.

En cuanto al *patrimonio*, consiste en el conjunto de derechos y obligaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero, aunque se estima que el patrimonio de un sujeto de derecho constituye en tal sentido una universalidad, esto es, algo más, y algo también distinto, de la simple suma de sus derechos y obligaciones. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, su patrimonio, así como la propia personalidad jurídica de que están dotados, es independiente del que tienen por separado cada uno de los socios o personas naturales que los forman.

El *estado civil* es un atributo de la personalidad del que sólo participan los sujetos jurídicos individuales. Establecido que la definición de estado civil que proporciona el Art. 304 del Código Civil constituye más bien una definición de la capacidad de goce, convendría citar aquí la que propone Antonio Vodanovic: "realidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y que depende de sus relaciones de familia".

La prestación.— Se llama prestación a lo que un sujeto de derecho debe dar, hacer o no hacer en virtud de lo dispuesto por una o más normas jurídicas determinadas.

Cuando la prestación consiste en dar o en hacer algo, se llama prestación *activa*; cuando consiste en no hacer algo, esto es, en omitir una cierta conducta, se llama prestación *pasiva*.

En relación a los sujetos que intervienen, *sujeto activo* de la prestación es el que tiene la facultad de exigirla, y *sujeto pasivo* el que está obligado a realizar la conducta u omisión en que consiste la prestación. Así, el que presta dinero a otro es sujeto activo, mientras que sujeto pasivo es el que recibe el dinero y contrae la obligación de devolverlo.

Tratándose de vínculos jurídicos más complejos, como el caso de una compraventa, el vendedor es sujeto activo por lo que respecta a la conducta del comprador de pagar el precio, pero es al mismo tiempo sujeto pasivo por lo que concierne a la conducta de entregar la cosa vendida. Recíprocamente, el comprador es sujeto activo en lo que respecta a la conducta del vendedor de entregar la cosa y sujeto pasivo por lo que toca a la conducta que consiste en pagar el precio convenido por la cosa.

El objeto de derecho.— Dijimos antes que el objeto de la norma jurídica es la prestación, esto es, una determinada conducta que debe ser realizada por algún sujeto de derecho. Sin embargo, convendría distinguir ese concepto, como hace Antonio Bascuñán, del concepto de objeto de derecho en cuanto objeto de la prestación misma. En este último sentido, *objeto de derecho* es "todo aquello susceptible de una relación o protección jurídica".

2. LA RELACION JURIDICA, LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA CONSECUENCIA JURIDICA

La relación jurídica y sus componentes. Los derechos subjetivos y los significados de esta expresión. La consecuencia jurídica.

La relación jurídica y sus componentes.— Siguiendo en esto nuevamente a Antonio Bascuñán, la relación jurídica es el vínculo entre dos sujetos de derecho, surgido de la realización de un supuesto normativo, y que coloca a uno de tales sujetos en posición de sujeto activo frente a otro en posición de sujeto pasivo en la realización de una prestación determinada.

Desde el punto de vista de su estructura, la relación jurídica consta de un *supuesto normativo*; un *hecho jurídico efectivamente acaecido*; un *deber jurídico* del sujeto pasivo; una *facultad jurídica* del sujeto activo; y la realización de la *prestación*.

En cuanto al *supuesto normativo*, se trata de la hipótesis a cuya realización efectiva la norma jurídica asocia una determinada consecuencia. Así, por ejemplo, una norma jurídica dispone que el padre debe proveer de alimentos a su hijo. Pues bien: el hecho de que alguien adquiera respecto de otro ser humano la condición de padre es ciertamente hipotético, puesto que tanto puede ocurrir como no ocurrir, aunque todos los sujetos de derecho están advertidos por la norma en referencia de que en caso de adquirir tal condición va a seguirse una determinada consecuencia, cual es, el deber de dar alimentos al hijo de que se trate.

Otra norma jurídica dispone que el que recibe dinero en préstamo tiene la obligación de devolverlo en la fecha convenida y con los intereses que hubiere pactado con su acreedor. He ahí otro supuesto normativo, otro hecho calificado jurídicamente que tanto puede suceder o no —que un sujeto reciba de otro una suma de dinero en préstamo—, pero se trata de un hecho que, una vez ocurrido, va a producir la consecuencia que la misma norma establece.

En otras palabras: las normas jurídicas describen o califican determinados hechos al modo de hipótesis que tanto pueden realizarse como no realizarse y a cuya realización efectiva vinculan determinadas consecuencias. Entonces, cada vez que un sujeto de derecho realice esa hipótesis, o cada vez que la hipótesis se realice por referencia a un sujeto determinado, deberán producirse las consecuencias que la norma hubiere previsto.

En cuanto al *hecho jurídico acaecido*, es el mismo que, supuesto por una norma, se realiza luego efectivamente, de modo que las consecuencias previstas también por la norma pasan a vincular ahora, indefectiblemente, a los sujetos de que se trate. Como escribe Antonio Bascuñán Valdés, "una vez realizado un hecho jurídico, convertido en realidad el supuesto de la norma, la consecuencia (prestación) indefectiblemente se imputa a ese supuesto".

Ya está dicho, asimismo, que la realización efectiva del supuesto normativo, con la consecuencia antes indicada, determina también la posición tanto del sujeto pasivo, sobre quien pesa el

deber de efectuar la prestación, como del sujeto activo, que es el que aparece dotado de la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación. En consecuencia, así como hay una vinculación entre el deber jurídico y la facultad jurídica, puesto que ésta supone la existencia de aquél, también la hay entre sujeto pasivo y sujeto activo, puesto que el primero asume frente al segundo su condición de tal.

El *deber jurídico* del sujeto pasivo es lo que éste tiene la obligación de dar, hacer o no hacer en relación con el correspondiente sujeto activo.

El derecho subjetivo y los significados de esta expresión.— Por su parte, la facultad jurídica, llamada también “derecho subjetivo”, o simplemente “derecho”, es la que tiene el sujeto activo frente al sujeto pasivo, como consecuencia de la efectiva realización del supuesto normativo cuyo acaecimiento efectivo fijó las posiciones de uno y otro sujeto.

Por tanto, se puede definir *derecho subjetivo* como la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación.

El concepto de derecho subjetivo se fue abriendo lentamente paso en la historia del pensamiento jurídico y la pregunta principal que plantea dicho concepto es la siguiente: las facultades en que consisten los así llamados derechos subjetivos, ¿proviene siempre de una norma jurídica del respectivo ordenamiento jurídico positivo de que se trate o pueden ellas ser tenidas y hechas valer por sus titulares al margen de si una norma jurídica positiva se las reconoce u otorga expresamente?

Es preciso advertir que con esa pregunta no se quiere examinar si el derecho en sentido *objetivo* tiene primacía sobre el derecho en sentido *subjetivo* o si la tiene éste sobre aquél, puesto que uno y otro se implican recíprocamente, lo cual significa que el derecho en sentido objetivo aparece cuando se fija la atención en las normas jurídicas que integran un determinado ordenamiento, mientras que el derecho subjetivo lo hace cuando la atención se concentra en determinadas facultades jurídicas de que están dotados los sujetos de derecho.

Retomando la pregunta anterior, Kelsen y otros autores la responden negativamente y afirman, en consecuencia, que lo

que se llama derecho subjetivo no es otra cosa que la misma obligación jurídica vista desde la perspectiva del sujeto activo. En tal sentido, el “derecho” de un sujeto no es más que el reflejo de la “obligación” de otro sujeto. Por lo mismo, si sólo existen las obligaciones jurídicas que las normas de este tipo imponen a determinados sujetos en ciertas circunstancias, sólo existen también los derechos o facultades que en carácter de correlativos de tales obligaciones corresponden a otros sujetos.

Otros autores, en cambio, consideran que la persona humana estaría dotada de ciertos derechos innatos, de carácter natural, que le pertenecerían con total independencia del hecho de que las normas del derecho positivo los reconozcan expresamente como tales. No todos los derechos o facultades jurídicas de una persona tendrían el carácter antes señalado, aunque sí los que se reputan más importantes, y, respecto de estos últimos, el cometido del derecho positivo sería reconocer, declarar y proteger esos derechos originarios de que estarían dotados todos los individuos, hasta el punto de que si no lo hiciere sería posible poner en duda la validez, esto es, la obligatoriedad del derecho positivo de que se trate.

En particular, las llamadas doctrinas del derecho natural afirman que los hombres tienen “derechos” (en sentido subjetivo) anteriores a los “derechos” (en sentido objetivo) dotados de realidad histórica que puedan regir en un lugar y tiempo dados. Tales derechos, según algunas de esas doctrinas, provendrían directamente de la divinidad, según otras de la naturaleza racional del hombre y según otras de la naturaleza de las cosas mismas. Pero cualquiera sea el origen que se atribuya a tales derechos, todas las doctrinas del derecho natural sostienen que ellos son anteriores a los ordenamientos jurídicos positivos, lo cual equivale a decir que estos últimos deben reconocerlos y protegerlos, y que son también superiores, lo cual quiere decir que se trata de derechos que continuarían existiendo y prevaleciendo como tales aun cuando un determinado ordenamiento jurídico positivo no los reconociera como tales.

Esas ideas son las que sustentan, por ejemplo, las primeras líneas de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en

derechos, y que entre tales derechos se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

En el caso de Kelsen, sobre todo si nos fijamos en lo que este autor expresó en la segunda versión de su libro *Teoría Pura del Derecho*, habría que ofrecer una cuenta más pormenorizada de lo que fueron sus ideas acerca de los derechos subjetivos. Lo que sigue, por lo mismo, es una presentación abreviada de su pensamiento sobre el tema:

Primero: Kelsen niega que exista base de sustentación suficiente para fundamentar una distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

Con ello, el jurista vienés se mantiene en su línea de pensamiento habitual, caracterizada por una similar negación de otros dualismos clásicos del pensamiento jurídico, tales como los que distinguen entre *derecho natural* y *derecho positivo*, y entre *derecho público* y *derecho privado*.

Segundo: Sin embargo, Kelsen admite que se acostumbra contraponer la obligación jurídica, o sea, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, esto es, el tener un derecho. Todavía más: advierte Kelsen que suele ponerse al derecho subjetivo en primer lugar, porque lo frecuente es que en el campo del derecho se hable de “derechos y obligaciones” y no de “obligaciones y derechos”.

Tercero: Según Kelsen, lo que refuerza ese primer plano en que suele colocarse al derecho subjetivo es que en determinados idiomas —el alemán y el francés, por ejemplo— la misma palabra que designa al derecho en cuanto orden normativo (“Recht”, “droit”) es la que se emplea para aludir a los derechos —en el sentido de facultades jurídicas— que tendría un sujeto. Algo similar ocurre en el caso de la lengua castellana.

En cambio, el inglés dispone de dos palabras, a saber, “law” para el derecho en sentido objetivo y “right” para el derecho en sentido subjetivo.

Cuarto: Concentrando luego su atención en el derecho subjetivo, Kelsen afirma que es difícil captar este concepto por el hecho de que con esa expresión se designan circunstancias jurídicas muy diversas entre sí.

En consecuencia, es preciso distinguir los *diferentes sentidos* de la expresión “derecho subjetivo” y aclarar qué es lo que se en-

cuentra realmente detrás de cada uno de los usos que hacemos de dicha expresión.

Siguiendo en esto las ideas de Kelsen expuestas en el libro antes mencionado, y utilizando también el esquema de que Carlos S. Nino se vale para explicar esta materia, podemos decir que los *sentidos* en que se emplea la expresión “derecho subjetivo” son los siguientes:

a) *Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido.*

Este sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque la conducta a que ese derecho se refiere no se encuentra jurídicamente prohibida, de modo que los sujetos pueden o no ejecutarla libremente.

“Tengo derecho a fumar al aire libre” sería un ejemplo de este primer uso de la palabra derecho en sentido subjetivo.

Por lo mismo, en este primer sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de expresar que cierta conducta *no está prohibida por el derecho en sentido objetivo*.

b) *Derecho subjetivo como equivalente a la ilegitimidad de prohibir.*

Este segundo sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque nadie tiene competencia para prohibir la conducta a que ese derecho se refiere.

Por ejemplo, “Tengo derecho a fumar en mi casa”.

Por lo mismo, en este segundo sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de decir a otro o a otros que *carecen de competencia para introducir como derecho objetivo una determinada prohibición*.

c) *Derecho subjetivo como equivalente a autorización.*

Este tercer sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque la conducta a que este derecho se refiere se halla jurídicamente permitida.

Por ejemplo, “Tengo derecho a virar con luz roja”.

Así, en este tercer sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de expresar que cierta conducta *está permitida expresamente por el derecho en sentido objetivo*.

d) *Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa.*

Este nuevo sentido aparece cuando se dice que un determinado sujeto tiene un derecho porque la conducta a que ese derecho se refiere constituye un deber u obligación activa para otro sujeto.

Por ejemplo, "Tengo derecho a que mi arrendatario me pague la renta".

En este cuarto sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de hablar para referirse, desde la perspectiva del sujeto activo o acreedor, a la *obligación que el derecho objetivo ha impuesto al correspondiente sujeto obligado o deudor*.

e) *Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva.*

Este sentido aparece cuando se dice que un sujeto tiene un derecho porque sobre otro u otros sujetos pesa una determinada obligación pasiva, esto es, una obligación de no hacer.

Por ejemplo, "Tengo derecho a que mi vecino no tape con un muro la vista que mi casa tiene sobre el océano".

De este modo, el quinto sentido de derecho subjetivo no sería otra cosa que una manera de hablar para referirse a una determinada *obligación de no hacer que el derecho objetivo impone a otro sujeto de derecho*.

f) *Derecho subjetivo como acción procesal.*

Este sentido aparece cada vez que decimos que alguien tiene un derecho porque está en posición de requerir la intervención de los órganos jurisdiccionales a fin de que el correspondiente sujeto pasivo cumpla con una determinada obligación jurídica.

Por ejemplo, "Tengo derecho a demandar a mi arrendatario si éste no paga la renta".

De tal modo, en este sexto sentido, derecho subjetivo aparece como una noción técnica, puesto que no es reducible a una obligación jurídica correlativa, aunque, a la vez, se trataría de una potestad que viene reconocida a un sujeto por el propio derecho en sentido objetivo. Así, se trataría nada más que de *acciones que las normas del derecho en sentido objetivo otorgan a los sujetos de derecho en determinadas circunstancias*.

g) *Derecho subjetivo como equivalente a derechos políticos.*

Este último sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque el sistema político lo convoca a participar en la producción del derecho objetivo en un sentido amplio de esta última expresión.

Por ejemplo, "Tengo derecho a votar en las elecciones".

Por tanto, este sentido de la expresión derecho subjetivo constituiría una manera de expresar *la participación que el propio*

derecho objetivo acuerda a los sujetos para que intervengan en su producción.

"La legislación democrática —escribe Kelsen— puede ser realizada en forma inmediata, por el 'pueblo', es decir, por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas 'democracias directas', el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legisferante, tomando la palabra y votando en la misma. O bien la actividad legislativa es efectuada por el pueblo sólo mediatamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo".

Así las cosas, los derechos políticos conceden una participación en la formación de la voluntad estatal, es decir, en la producción del derecho, ya sea en forma directa o indirecta.

Como se ve, en cualquiera de los diferentes sentidos que Kelsen le acuerda a esta expresión, "derecho subjetivo" siempre puede ser remitido, de un modo o de otro, al *derecho objetivo*, esto es, al derecho en cuanto orden normativo vigente, de donde se sigue que para este autor sólo es posible hablar de derechos subjetivos por referencia a un determinado orden normativo dotado de realidad histórica y vigencia efectiva. Por lo mismo, el primer plano en el campo jurídico no lo pueden ocupar aquellos derechos, sino las normas del respectivo ordenamiento y las obligaciones jurídicas de las que los derechos subjetivos no son comúnmente más que reflejos o correlatos.

La consecuencia jurídica.— La consecuencia jurídica expresa la fase o circuito de cumplimiento forzado de ésta, puesto que dado efectivamente el hecho ilícito previsto hipotéticamente por la norma, debe aplicarse una sanción por los órganos correspondientes del Estado.

Hecho ilícito, sanción e intervención del Estado son, por tanto, los componentes de la consecuencia jurídica.

Siguiendo en esto a Antonio Bascuñán Valdés, *hecho ilícito* es la conducta contraria a la prescrita por la norma, o, lo que es lo mismo, la conducta prohibida por la norma. Como dice por su parte Kelsen, el hecho ilícito no es otra cosa que la condición estatuida por el derecho para que tenga lugar un determinado acto coactivo también estatuido por el mismo derecho. "Sólo porque una acción u omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden

jurídico, se las califica de ilicitud o delito". Del mismo modo, sigue el autor, "sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción".

Más directamente aun, considera Kelsen que lo que hace de determinada conducta un acto ilícito no es ninguna propiedad inmanente de la conducta ni ninguna relación de ella con alguna norma metajurídica, ya sea natural o divina, sino la sola circunstancia de que alguna norma del ordenamiento jurídico positivo convierta a la conducta en condición de un acto coactivo, es decir, en antecedente de una sanción.

Por lo mismo, el hecho ilícito no constituye propiamente la negación del derecho, o sea, no es algo que amenace ni menos suprima la existencia del derecho como orden normativo, sino, todo lo contrario, representa la condición que, una vez acaecida, trae consigo la eficaz aplicación de las sanciones que el propio derecho ha previsto. En consecuencia, el hecho ilícito no es algo *exterior* al derecho, algo que estuviera fuera o en contra del derecho; por la inversa, se trata de un hecho *interno* al derecho, algo que se encuentra previsto y determinado por éste. "El acto ilícito —como escribe por su parte Antonio Bascuñán— no viola ni puede violar el derecho, porque el acto ilícito permite desempeñar al derecho su función 'esencial', cual es, reaccionar con sanciones coactivas cuando los sujetos se desvían de lo que sus normas prescriban o prohíban".

Tal vez no sea esa la característica "esencial" del derecho —la de reaccionar con sanciones que es posible y legítimo aplicar en uso de la fuerza socialmente organizada—, sino la de conseguir que en el curso de la vida social los sujetos normativos observen ciertas conductas que se consideran deseables y se abstengan de otras que se consideran dañinas. Pero tal es el cometido de todo orden normativo, no sólo del derecho, aunque la peculiaridad más notoria de éste como orden normativo consiste, precisamente, en la manera como reacciona frente a las conductas que se desvían de sus normas. Por tanto, quizás lo correcto sea decir que reaccionar con sanciones coactivas frente a los ilícitos es la propiedad no esencial, sino más peculiar del derecho.

En cuanto a la *sanción*, se trata de otro acto humano, lo mismo que el hecho ilícito, y que se aplica en presencia del acaecimiento de este último. Es, entonces, la consecuencia jurídica del

incumplimiento de un deber jurídico; y posee, consiguientemente, el carácter de una consecuencia desfavorable para el sujeto infractor.

Siguiendo nuevamente a Antonio Bascuñán, las sanciones pueden clasificarse en sanciones *de coincidencia con la prestación*, como es el caso de la ejecución forzada de la obligación que el correspondiente sujeto no cumplió voluntariamente; y sanciones *de no coincidencia con la prestación*, como es el caso del pago de una suma de dinero equivalente a la obligación que se dejó de cumplir, la *ineficacia* del acto, que consiste en la invalidación de las consecuencias jurídicas que se pretendía conseguir al ejecutar el acto de que se trate, y, por último, la *pena*, que consiste por su parte en la privación forzada de ciertos bienes del infractor, tales como la vida, la libertad, el honor o el patrimonio.

También existen las sanciones *combinadas*, que se producen cuando dos o más de las sanciones antes señaladas se asocian a un determinado acto ilícito.

En cuanto a las sanciones *premiales*, esto es, a ciertas consecuencias jurídicas favorables para un sujeto y que el derecho asocia a determinados actos, no se trata propiamente de sanciones. Por otra parte, lo propio del derecho es proceder sobre la base de anunciar sanciones negativas, no recompensas, de modo que estas últimas, cuando son previstas por una norma jurídica, deben entenderse más bien como la prestación a que un sujeto está obligado en presencia del acto lícito y positivo que ha sido ejecutado por otro sujeto.

Por último, en lo que concierne a la *intervención del Estado*, es también propio del derecho que la aplicación de las sanciones sea requerida ante órganos públicos especializados, los cuales son los únicos autorizados para *declarar* la procedencia de la sanción y para *ordenar* su posterior *ejecución*. A este respecto, recuérdese lo que se dijo a propósito de la coercibilidad como característica de las normas jurídicas: el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza.

CAPITULO II

EL CONCEPTO DE DERECHO,
LAS RELACIONES
ENTRE DERECHO Y MORAL
Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LA PERSONA HUMANA

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO

1. ¿QUE ES EL DERECHO?

Los desacuerdos sobre el concepto de derecho. La triple dimensión del fenómeno jurídico. El derecho como realidad normativa. Tres sentidos de la palabra "derecho". Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho.

Los desacuerdos sobre el concepto de derecho.— De conformidad a lo explicado en el capítulo precedente, podríamos concluir ahora que la palabra "derecho" designa nada más que a las *normas jurídicas*, o sea, al conjunto que hace una clase particular de normas de conducta que llamamos de ese modo. Poniendo esa conclusión de una manera analítica, podríamos decir que "derecho" es una palabra que se utiliza para designar a un determinado orden normativo de la conducta humana, cuyas normas tienen características de coercibilidad y bilateralidad, además de ser preferentemente exteriores y predominantemente heterónomas. Más sucintamente, y dado que la coercibilidad es una característica que se presenta sólo en el caso de las normas jurídicas, podríamos decir, simplemente, que el derecho es un orden normativo de carácter coactivo.

Sin embargo, si algo resulta difícil de conseguir es un acuerdo en el concepto de derecho, especialmente en el caso de los autores que asumen este problema de manera más seria y recurrente —los filósofos del derecho—, puesto que es la filosofía del derecho la disciplina que acostumbra preguntar por el concepto de derecho.

Por otra parte, resulta difícil comprender cómo el derecho pueda no tener todavía una conceptualización que todos pue-

dan compartir, establecido que se trata de un fenómeno cultural que acompaña la vida humana desde las más primitivas formas de asociación y que ha conocido expresiones históricas tan antiguas y deslumbrantes como es el caso del derecho romano. Sin embargo, una de las obras más importantes e influyentes de filosofía del derecho de la segunda mitad de este siglo —*El concepto de derecho*, de Herbert Hart—, más de dos milenios después de que los romanos dieron lugar a su derecho, vuelve a colocar en el primer plano la pregunta que nos preocupa en este instante: ¿qué es el derecho?

Por lo mismo, vale la pena conocer y comparar algunas de las respuestas que han sido dadas a esta pregunta por autores que procuraron asumirla en toda su profundidad.

“Ordenes bajo la amenaza de castigos” o “reglas de un poder supremo obligatorio habitualmente obedecido” (Austin); “producto cultural del espíritu del pueblo”, lo mismo que el lenguaje y el folclor (Savigny); “normatividad coactiva tendiente a fines históricamente condicionados” (Ihering); “orden de la conducta humana de carácter coactivo” (Kelsen); “unión de reglas primarias y secundarias” (Hart); “lo que los individuos miembros de una comunidad reconocen y obedecen como derecho” (Somlo); “conducta en interferencia intersubjetiva” (Cossio); “las profecías acerca de lo que harán los tribunales” (Holmes); “la cosa justa” (Tomás de Aquino); “la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico” (Radbruch); “querer entrelazante, inviolable y autárquico” (Stammler); “la voluntad de una clase erigida en ley” (Marx); “interacción dinámica y dialéctica de hechos, normas y valores” (Reale).

Dichas respuestas a la pregunta “¿qué es el derecho?” son muy diversas entre sí y producen una sensación de perplejidad. En todo caso, una manera de atenuar dicha perplejidad consiste en advertir que no todos esos autores asumen una misma perspectiva, puesto que algunas de tales definiciones ponen el acento en el origen del derecho, otras en sus funciones, otras en los fines que le corresponderían, otras en su carácter instrumental y otras, en fin, en alguna de las determinadas características que el derecho tiene en cuanto orden normativo.

La triple dimensión del fenómeno jurídico.— Por otra parte, algunas de esas respuestas ven al derecho como si fuera una rea-

lidad *normativa* (Austin, Ihering, Kelsen, Hart), otras como una realidad *fáctica* (Somlo, Cossio, Holmes) y otras como un algo que tendría que ver no propiamente con normas ni con conductas, sino con *valores* (Tomás de Aquino, Radbruch). Esto también produce desconcierto, puesto que es muy distinto apuntar a normas, a conductas o a valores a la hora de definir el derecho, y es por eso, asimismo, que no falta entre tales definiciones una —la de Miguel Reale— que trata de articular esas tres dimensiones y de definir el derecho como algo que tiene que ver tanto con normas como con conductas y valores.

No está de más retener esa triple dimensión del fenómeno jurídico, puesto que, sin necesidad de adoptar la respuesta de Miguel Reale, lo cierto es que todo el que se ocupa del derecho sabe que tiene que manejar *aspectos normativos* (las normas del respectivo ordenamiento); *aspectos fácticos y conductuales* (determinados hechos que se encuentran en el origen de las normas y que se llaman “fuentes materiales del derecho”, las conductas que frente a lo que las normas jurídicas prescriben observan de hecho los sujetos imperados, y el comportamiento efectivo de los jueces en cuanto aplican o no aplican las consecuencias de tipo coactivo que las normas jurídicas prevén para el caso de incumplimiento); y también *aspectos valorativos* (las valoraciones que hace una autoridad normativa al introducir, modificar o derogar normas jurídicas de un determinado ordenamiento, las valoraciones que como resultado de lo anterior quedan de algún modo ínsitas en las propias normas jurídicas, y las valoraciones socialmente dominantes en la sociedad y que, en la medida en que coinciden con las valoraciones de las autoridades normativas y de las propias normas, colaboran a la eficacia o ineficacia de éstas).

Por ello, en la parte final de este manual, cuando se hayan ya examinado esas tres dimensiones del fenómeno jurídico como resultado del tratamiento previo de temas como las normas jurídicas, su validez, su eficacia, las fuentes materiales y formales de las normas, la producción y aplicación de ellas, y sus fines, ofrecemos algún tipo de visión que, sin hacer perder de vista la entidad normativa del derecho, dé cuenta de esas dimensiones fácticas y valorativas que aparecen también en el fenómeno jurídico.

El derecho como realidad normativa.— Por el momento, sin embargo, continuaremos nuestras explicaciones sobre la base de

asumir una noción normativa del derecho, o sea, admitiendo que el derecho es una realidad específicamente normativa, esto es, un conjunto de normas, o —como dice Hart— algo que *contiene* normas o que tiene que ver *preferentemente* con normas. En consecuencia, en esta parte de un curso de Introducción al Derecho, por razones de tipo preferentemente metodológico, basta con una noción de derecho al estilo de las que proponen autores como Kelsen y Hart, sin perjuicio de advertir que el derecho presenta también dimensiones no normativas que deben ser siempre tenidas en cuenta si es que se quiere conseguir una comprensión cabal y no fragmentaria del fenómeno jurídico.

Una concepción normativista del derecho enfrenta desde luego varios problemas, a saber, tiene que tener una respuesta a la pregunta acerca de qué son las normas de conducta y cuáles las especificidades de las normas jurídicas en particular. Estos dos problemas, sin embargo, fueron ya desarrollados en el capítulo I.

Una concepción semejante del derecho, además, tiene que ofrecer alguna explicación acerca de las dimensiones fácticas y valorativas que presenta también el fenómeno jurídico, problema éste sobre el que volveremos en el capítulo final de este manual.

Asimismo, una concepción normativista del derecho tiene que explicar la presencia en todo ordenamiento jurídico de enunciados que no responden al esquema de las prescripciones, esto es, que no establecen determinadas conductas como debidas o prohibidas, sino que cumplen otras funciones, a saber, definir conceptos, otorgar competencias, interpretar, derogar, etc. Precisamente, al analizar más adelante el concepto que del derecho tienen Kelsen y Hart, vamos a presentar las explicaciones que ofrecen estos autores acerca de los enunciados que cumplen tales funciones.

Por último, una concepción normativista del derecho tiene que explicar también la presencia en todo ordenamiento jurídico de algunos patrones de conducta que no son normas y que no operan como normas, como es el caso de los *principios*. Sin ir más lejos, una de las críticas que Ronald Dworkin hace a la teoría de Hart consiste, precisamente, en advertir que es frecuente que en los razonamientos y en las decisiones que adoptan los jueces, así como en los razonamientos que llevan a cabo los juristas cuando hacen ciencia del derecho, especialmente cuando unos y otros tienen que vérselas con lo que Dworkin llama

“casos difíciles”, juegan un papel muy importante ciertos patrones de conducta que no son normas y a los cuales el propio Dworkin llama, genéricamente, “principios”. Pues bien: sobre los denominados *principios* trataremos en este manual en el capítulo relativo a las fuentes del derecho.

Tres sentidos de la palabra “derecho”. Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho.— Antes de pasar a exponer los puntos de vista de Kelsen y Hart acerca del derecho, así como acerca de las relaciones entre derecho y moral, conviene detenerse un instante en los tres diferentes sentidos que hemos manejado hasta ahora de la palabra “derecho”, así como en la distinción entre *normas jurídicas* y *proposiciones jurídicas*.

Las *normas jurídicas* son prescripciones, o sea, tienen el propósito de influir en el comportamiento humano, para lo cual, a diferencia de los demás tipos de normas, contemplan sanciones que es posible y legítimo imponer en uso de la fuerza socialmente organizada. Así entendido el asunto, puede decirse que las normas jurídicas constituyen el derecho, o, lo que es lo mismo, que el derecho es un conjunto de normas dotadas de las características que analizamos en su oportunidad, entre las cuales sobresale la coercibilidad.

Entendida de ese modo, esto es, como conjunto de normas, como un determinado orden de la conducta humana, la palabra “derecho” es utilizada en sentido *objetivo*, lo cual quiere decir que *derecho*, en el sentido *objetivo* del término, es o constituye un conjunto de *normas*.

De este modo, la palabra “derecho” se emplea en sentido *objetivo*, cuando se dice, por ejemplo, que de acuerdo con el *derecho* chileno todo individuo puede manifestar libremente sus opiniones, de palabra o por escrito.

Explicamos también en su momento que en sentido *subjetivo*, la palabra “derecho” es utilizada para aludir a determinadas *facultades* o *poderes* que tienen los sujetos de derecho.

De este modo, cuando alguien afirma que tiene *derecho* a expresar libremente sus opiniones, la palabra “derecho” no alude ya a una norma, sino a un poder o facultad del referido sujeto.

Pero la palabra “derecho”, escrita ahora generalmente con mayúscula, se emplea también en un tercer sentido, esto es, para

aludir al *saber* que hace objeto de estudio a las normas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico.

El derecho en sentido objetivo, esto es, como conjunto de normas, puede ser constituido en objeto de estudio y, de hecho, lo ha sido desde tiempos muy antiguos. Pues bien: a ese saber o conocimiento que cierta clase de personas —los juristas— acumulan acerca del derecho (en sentido objetivo), se le acostumbra llamar “Derecho” o “ciencia del derecho” y, también, “dogmática jurídica”. En consecuencia, y a fin de evitar confusiones entre el derecho como un conjunto de normas y como objeto de saber o de conocimiento, por una parte, y el determinado saber que se constituye sobre dicho objeto, por la otra, conviene reservar la palabra “derecho” para aludir al ordenamiento jurídico y “ciencia del derecho” para designar al saber que es posible constituir acerca del ordenamiento.

Ahondando un tanto más en la distinción precedente, el derecho, en cuanto orden de la conducta humana, está compuesto por *normas*; en cambio, la llamada ciencia del derecho lo está por *enunciados o proposiciones acerca de las normas*. De este modo, una cosa es la norma de un Código Penal que establece que “El que mate a otro sufrirá X pena” y otra distinta son los enunciados de tipo cognoscitivo que un especialista en derecho penal formula en un tratado acerca de esa y otras normas que tratan del delito de homicidio. Una cosa es el Código Penal, que está compuesto por normas, y otra es el manual o tratado de derecho penal, que está compuesto por enunciados o proposiciones acerca de esas normas.

Recogiendo esta distinción, Kelsen propone llamar “normas jurídicas” a las que constituyen el ordenamiento, o al derecho en sentido objetivo, y “reglas de derecho” a las que provienen de la ciencia del derecho. Las primeras *son* el derecho, mientras que las segundas *informan* sobre el derecho. Las primeras provienen de *autoridades normativas* que, como tales, se encuentran facultadas para producir normas jurídicas, en tanto que las segundas son el resultado de la actividad cognoscitiva que respecto del derecho llevan a cabo los *juristas*. Por lo mismo, sólo de las *segundas* tiene sentido preguntarse si son *verdaderas o falsas*, mientras que de las primeras tiene sentido preguntarse otras cosas, a saber, si son o no *válidas*, si son o no *eficaces*, si son o no *justas*.

Para ilustrar su distinción, Kelsen se vale del siguiente ejemplo: la norma estatuida por el legislador, que prescribe la reparación de los daños y la ejecución forzosa ante el incumplimiento de un contrato por una de las partes, y el enunciado formulado por la ciencia del derecho describiendo esa norma, tienen características lógicas diferentes, puesto que en el primer caso lo que tenemos es una *prescripción* y en el segundo una *descripción*.

Por lo anterior, puede decirse que tanto el derecho (en sentido objetivo) como la ciencia del derecho son *normativos*, aunque en sentidos bien diferentes en uno y otro caso: el derecho es normativo porque consiste en *ser* norma, o porque *contiene* normas, mientras que la ciencia del derecho es normativa porque *recae o versa* sobre normas.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HANS KELSEN

Filosofía y teoría general del derecho. El derecho como orden coactivo de la conducta humana.

Filosofía y teoría general del derecho.— Antes de informar acerca de cuál es el concepto de derecho que es posible localizar en la obra del destacado jurista austriaco, conviene detenerse en el análisis de lo que Kelsen propone acerca del cometido o competencia de dos distintas disciplinas que hacen del derecho su objeto de estudio, aunque desde diferentes perspectivas o puntos de vista. Estas disciplinas son la *teoría general del derecho* y la *filosofía del derecho*.

En su número correspondiente a 1962, la prestigiosa revista francesa “Archives de Philosophie du Droit”, publicó el resultado de una encuesta que se efectuó en esa época entre los principales filósofos del derecho que se encontraban entonces con vida y en plena actividad intelectual y académica. La encuesta constaba de una sola pregunta, a saber: “¿Qué es la filosofía del derecho?”.

En cuanto a la respuesta de Kelsen a dicha pregunta, podría resumírsela de la siguiente forma:

Dijo Kelsen, en primer término, que tanto la teoría general del derecho como la filosofía del derecho tienen cada cual su razón de ser. La filosofía del derecho, añadió, “busca responder

a la pregunta que inquiere acerca de qué normas el derecho debe adoptar o establecer. En otras palabras, su materia específica es el problema de la justicia". Y agregó todavía sobre el particular: "y en cuanto la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral".

Por otra parte, "la teoría general del derecho —escribió— tiene por materia el derecho tal cual es en el hecho, efectivamente, o sea, el derecho positivo, tanto nacional como internacional". Y en cuanto al objetivo de esta disciplina, señaló que "consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales del conocimiento del derecho".

Cabría decir, por otro lado, que "Teoría pura del derecho" es no sólo el título del principal libro de Kelsen, sino, además, la denominación que se acuerda a la doctrina del propio Kelsen estimada como un todo.

La aclaración anterior nos permite decir ahora que Kelsen considera que su teoría pura del derecho —no el libro respectivo, sino su doctrina en general— constituye no una filosofía jurídica, sino una teoría general del derecho que, como tal, recae sobre el derecho positivo, esto es, sobre el derecho producido por actos de voluntad del hombre. Puntualiza Kelsen, sin embargo, que se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no sobre un ordenamiento jurídico determinado, con lo cual el jurista vienés quiere decir que "es una doctrina general sobre el derecho" y que no consiste en "la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales".

Al expresarse del modo que acabamos de recordar, Kelsen nos advierte acerca de que su teoría pura del derecho es una ciencia general del derecho y no, por el contrario, una ciencia jurídica particular, en cuanto no tiene por finalidad la identificación, interpretación y sistematización de las normas jurídicas que se articulan en un ordenamiento jurídico determinado, esto es, en un ordenamiento provisto de realidad histórica.

Ahora bien, en cuanto *teoría* y, sobre todo, en cuanto *teoría general del derecho*, la doctrina de Kelsen pretende únicamente distinguir su objeto, esto es, "dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea", pero no, en cambio, "a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho". "Es —concluye el autor— ciencia jurídica (general); no, en cambio, política jurídica".

Con lo anterior, se pone de manifiesto la diferencia que existe entre la teoría pura del derecho como teoría general del derecho y la filosofía del derecho, puesto que esta última, para Kelsen, según se anticipó, trata no del derecho que *es*, sino del derecho que *debe ser*, o sea, trata del problema de la justicia, que no es para este autor un problema específicamente jurídico, sino de orden moral.

Habría que precisar un punto: cuando Kelsen trata el problema de la justicia —por ejemplo, en su ensayo *¿Qué es justicia?*—, lo hace únicamente dentro de los límites que fueron indicados anteriormente, a saber, no buscando determinar él o los contenidos posibles de un ideal de justicia que pudiese ser compartido universalmente, sino preguntándose por la posibilidad de determinar racionalmente tales contenidos. Por lo mismo, la preocupación de Kelsen en este sentido podría ser calificada no como una preocupación *ética*, sino *metaética*. En otras palabras, Kelsen no intenta tomar parte en la discusión acerca de lo que sea o no moralmente correcto o equivocado en relación con el derecho, sino que se limita a discurrir acerca de las distintas maneras en que los filósofos utilizan términos morales como "bueno" o "justo" cuando pronuncian juicios morales, así como sobre las posibilidades de fundamentación racional de estos mismos juicios.

El derecho como orden coactivo de la conducta humana.— En cuanto al concepto de derecho, Kelsen admite, ante todo, que "una teoría del derecho tiene que determinar conceptualmente su objeto".

Ahora bien, para alcanzar una definición del derecho, Kelsen recomienda partir del uso lingüístico, esto es, establecer el significado que tiene la palabra alemana "Recht", así como sus equivalentes en otras lenguas, tales como "law", "droit", "diritto" y "derecho".

De lo que se trata, en suma, es de determinar si los fenómenos sociales que han sido designados con esas palabras a lo largo de la historia exhiben o no algunas notas comunes mediante las cuales puedan ellos ser suficientemente distinguidos de otros fenómenos igualmente sociales. También se trata de inquirir acerca de si tales notas comunes "son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto", en este caso, como es obvio, del concepto de derecho.

Ahora bien, Kelsen cree que si se comparan los fenómenos de índole social que en los más variados pueblos y en las más distintas épocas han sido designados con la palabra "derecho", resulta por lo pronto, como primera nota común a todos ellos, que aparecen como *ordenamientos* de la *conducta humana*. Como *ordenamiento* u *orden*, en primer término, esto es, como un conjunto de normas cuya unidad se encuentra en que todas ellas tienen, a fin de cuentas, un mismo fundamento en cuanto a su validez, lo cual quiere decir que de una misma norma fundante —la llamada norma básica o norma fundamental— derivan su validez todas las normas pertenecientes al orden o al ordenamiento de que se trate, sin perjuicio de que, de una manera más inmediata, el fundamento de validez de una norma se encuentre, directamente, en la norma jurídica de rango o jerarquía superior que regula su creación, y la de ésta a su vez en la norma también superior que regula a su turno quién, cómo y dentro de qué límites puede crearla o producirla. Así, escribe Kelsen, "una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden". Esto último quiere decir, desde luego, que el fundamento común o último de la validez de las normas de un mismo ordenamiento se encuentra en una norma única —la norma básica o fundamental—, la que, al fundamentar la validez de la primera Constitución histórica que pueda haber sido introducida, por ejemplo, en virtud de una revolución triunfante, acaba por fundamentar asimismo, en último análisis, la validez de todas las demás normas de ese ordenamiento que han seguido a esa primera Constitución histórica.

Este punto de vista de Kelsen acerca de la validez y fundamento de validez de las normas es desarrollado en el capítulo IV de este Manual.

Y como ordenamiento de la *conducta humana*, dice Kelsen, en segundo lugar, aunque este rasgo del derecho pareciera circunscribirse a los sistemas sociales de los pueblos civilizados, "puesto que en sociedades primitivas —admite el autor citado— también el comportamiento de los animales, las plantas e inclusive de cosas inanimadas, es regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres".

Es evidente que el derecho, en cuanto ordenamiento de la

conducta humana, regula el comportamiento de los hombres y pretende dirigir este mismo comportamiento en determinadas direcciones, ya sea demandando ciertas acciones positivas o proscribiendo otras que se consideran negativas. Ahora bien, cabría agregar que la circunstancia de "que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, plantas o la de cosas inanimadas, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquéllos y no contra éstos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban a veces una determinada conducta humana no sólo en relación con seres humanos, sino también en relación con animales, plantas u objetos inanimados". Así, por ejemplo, la caza de ciertos animales en épocas determinadas, como los daños causados a determinadas especies vegetales o a edificios históricamente valiosos, pueden hallarse prohibidos por el derecho y penalmente sancionados.

Una segunda nota común a todos los fenómenos sociales que se acostumbra designar con la palabra "derecho", la encuentra Kelsen en la circunstancia de que el derecho regula la conducta de los hombres en cuanto ésta se refiere, inmediata o mediatamente, a otro u otros hombres. "Se trata —escribe— de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los hombres". Así, "es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto" de la regulación jurídica.

Seguidamente, y en una tercera propiedad común de los órdenes sociales designados habitualmente como "derecho", Kelsen apunta que se trata de órdenes coactivos, en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, esto es, con un mal, ante determinadas conductas que se consideran socialmente indeseables. Es propio del derecho ordenar determinadas conductas, o prohibirlas, bajo la amenaza de un acto coactivo, lo cual quiere decir que las normas jurídicas ordenan una determinada conducta "en cuanto enlazan a la conducta contrapuesta un acto coactivo, dirigido contra el hombre que así actúa", es decir, facultan a un determinado sujeto para dirigir contra otro sujeto un acto coactivo a título de sanción.

Así, es en cuanto orden propiamente coactivo, en el sentido antes explicado, que el derecho se diferencia de otros órdenes sociales que, si bien reaccionan igualmente con algún tipo de sanción ante las conductas discrepantes, no es posible ni legítimo, en el caso de estos últimos, y a diferencia de lo que ocurre

en el ámbito de las regulaciones jurídicas, imponer o aplicar estas sanciones por medio del uso de la fuerza socialmente organizada.

Es más: en el carácter coactivo de sus sanciones ve Kelsen "el criterio decisivo" que permite diferenciar el derecho respecto de otros órdenes sociales. "El momento de la coacción —escribe Kelsen—, es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física, es el criterio decisivo".

Cabe señalar a este respecto la insistencia de Kelsen en punto a que si el derecho es un orden coactivo, no lo es en cuanto imponga por la fuerza la conducta obligatoria, esto es, *la conducta debida* o exigida por el derecho, sino únicamente en cuanto impone por la fuerza el *acto coactivo*, esto es, la consecuencia desfavorable que deba seguir una vez que se ha producido la conducta prohibida, o sea, la conducta contraria al ordenamiento jurídico.

En relación con el carácter coactivo del derecho, Kelsen advierte también acerca de que los ordenamientos jurídicos de las distintas comunidades denotan, desde sus primitivos orígenes hasta el presente, una tendencia común, cual es la de excluir el uso de la fuerza en las relaciones entre los individuos. Para ello, entonces, el derecho hace del empleo de la fuerza entre los individuos la condición o antecedente de una sanción, con lo cual busca impedir que el empleo de la fuerza encuentre campo propio en las relaciones entre las personas. Sin embargo, hay que advertir que el acto coactivo que el derecho establece como consecuencia de determinadas conductas, entré éstas, precisamente, la que consiste en el empleo de la fuerza por un individuo contra otro es, en sí mismo, un acto de fuerza, lo cual muestra, por su parte, que la prohibición del empleo de la fuerza tiene únicamente un carácter relativo: el derecho prohíbe el uso de la fuerza, pero, a la vez, reserva este uso para sí, atribuyéndose incluso el monopolio del empleo de la fuerza.

Pero si el derecho se atribuye, como hemos visto, el monopolio del uso de la *fuerza*, no es para reducirse a mera fuerza, sino, por el contrario, para conseguir una *paz* relativa en las relaciones sociales, o sea, para favorecer la ausencia de toda otra

fuerza entre los miembros del grupo social. Así, podríamos decir, el derecho emplea la fuerza para evitar el empleo de la fuerza, y, en tal sentido, el derecho promueve simultáneamente la paz. Pero se trata, ciertamente, de una paz relativa, en cuanto la fuerza queda prohibida únicamente como entuerto, es decir como condición (en la norma), pero está simultáneamente permitida como sanción, o sea, como consecuencia.

De acuerdo a todo cuanto ha sido explicado precedentemente, para Kelsen el derecho no es otra cosa que una específica normatividad coactiva reguladora de la conducta humana.

Ahora bien, que el derecho sea visto o presentado como una realidad normativa, o sea, como un conjunto de normas, tiene cuando menos la dificultad de no poder explicar cómo resulta posible hallar en esa realidad normativa enunciados que no son normas estrictamente hablando, esto es, disposiciones que, en rigor, no prescriben comportamientos de manera coactiva. Pues bien: Kelsen reconoce la existencia en todo derecho de estos enunciados no normativos, denominándolos "normas jurídicas no independientes".

Entre tales normas jurídicas no independientes, Kelsen distingue las clases que se indicarán a continuación.

En primer lugar, forman parte de la categoría de las *normas jurídicas no independientes* aquellas que obligan a una determinada conducta, aunque dejan entregado a otra norma el cometido de estatuir la sanción para el caso de no ser observada la primera.

Son también *normas jurídicas no independientes* aquellas que permiten una conducta a ciertos sujetos en determinadas circunstancias, y que, como tales, no *prescriben* un comportamiento, ni tampoco lo *prohíben*, sino meramente lo *franquean* como posible o tolerado desde un punto de vista jurídico. Se trata, como se ve, de las llamadas "normas permisivas" positivamente, esto es, de normas permisivas que no resultan de la ausencia de prohibición de una determinada conducta por parte del ordenamiento, sino de una norma que, positivamente, franquea o tolera un cierto comportamiento. Para Kelsen, en todo caso, estas normas sólo hacen limitar la validez de una norma prohibitiva más general, como es el caso, a su entender, del Artículo 2, párrafo 4, del texto de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Esta disposición, como se sabe, prohíbe el recurso

a la fuerza por parte de los Estados miembros y, al enlazar a ese recurso a la fuerza las sanciones estatuidas en el Artículo 39, es obviamente una norma prohibitiva. Pero, por otra parte, el Artículo 51 permite el recurso a la fuerza como legítima defensa, y, en tal sentido, se trata por su parte de una norma permisiva que limita el ámbito de validez de la norma prohibitiva del Artículo 2.

También las normas derogatorias, esto es, las que eliminan o clausuran la validez de otras normas, pertenecen, según Kelsen, a la categoría de normas que venimos analizando.

Lo propio ocurre con las normas que facultan a alguien para la producción de nuevas normas jurídicas, esto es, las llamadas normas de competencia, como resultan, por ejemplo, las normas de nuestra Constitución que autorizan al Congreso Nacional para la discusión y la aprobación de las leyes.

A las *normas jurídicas no independientes* pertenecen también aquellas que definen conceptos jurídicos o que interpretan otras normas; en suma –por decirlo con las propias palabras de Kelsen–, se trata de aquellas normas que “determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan auténticamente una norma”.

Por último, los propios sujetos de derecho pueden, convencionalmente, esto es, a través de los negocios jurídicos que celebran entre ellos, producir *normas jurídicas no independientes*, en la medida en que establezcan por ese medio derechos y obligaciones recíprocos, aunque sin estatuir las sanciones correspondientes, sino que sujetándose en esto a las sanciones que dispongan las normas jurídicas generales de la legislación.

Pues bien: lo propio de todas las distintas clases de *normas jurídicas no independientes* –y de allí la denominación que les acuerda el autor– es que no pueden ser entendidas por sí solas, sino en conjunción con otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento jurídico. Así, las normas que obligan a una determinada conducta y que entregan a otra norma el cometido de establecer la sanción que deba seguir en caso de incumplimiento, sólo pueden ser entendidas en combinación con esta última norma. Lo mismo, las normas permisivas positivamente sólo tienen sentido en relación con las normas prohibitivas más generales cuya validez ellas limitan. Por su parte, las normas de-

rogatorias sólo cobran sentido en relación con las normas jurídicas cuya validez clausuran. También las normas de competencia sólo cobran significación propiamente jurídica si se las vincula con las normas que resultan creadas o producidas como consecuencia de que aquéllas facultan a alguien para producir éstas. Y, por último, las normas estatuidas convencionalmente en un negocio jurídico, y que no establecen directamente sanciones para el caso de incumplimiento, sino que se remiten en este aspecto a las normas generales de la legislación, sólo pueden ser cabalmente entendidas en relación con estas últimas.

Una de las dificultades de una concepción normativista del derecho, consiste, como acabamos de ver, en la presencia en todo derecho de enunciados que, como los que Kelsen llama “normas jurídicas no independientes”, propiamente no prescriben comportamientos bajo la amenaza de sanciones coactivas, sino que cumplen otras funciones jurídicas relevantes e indispensables al interior de todo ordenamiento jurídico desarrollado, tales como permitir, otorgar competencias, derogar, definir conceptos, e interpretar.

Quizá si esa dificultad, que Kelsen trata de salvar del modo que ha sido señalado antes, sea asumida en mejor forma por Herbert Hart y su distinción, que analizaremos acto seguido, entre *reglas primarias* y *reglas secundarias*.

3. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HERBERT HART

La teoría jurídica analítica de Hart. ¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias.

La teoría jurídica analítica de Hart.– En su elucidación de un concepto de derecho, el punto de partida de Hart no es muy diferente del que pudimos apreciar antes en el caso de Kelsen. En efecto, en el prefacio a la edición inglesa de su libro más importante –*El concepto de derecho*–, el jurista de Oxford destaca que esta obra “se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica”. Además –reconoce–, en muchos aspectos el libro plantea problemas que versan “sobre el significado de términos”

—entre otros, desde luego, de la expresión “derecho”—, y ello en atención a que “muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”. Y luego, citando a J. L. Austin, añade: debemos conseguir “una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”.

En cuanto a la calificación de su propia obra, Hart admite que se trata de un ensayo de “teoría jurídica analítica”, con lo cual quiere decir que se trata únicamente de un intento por clarificar la estructura general del pensamiento jurídico, “y no de la crítica del derecho o política jurídica”, según se expresó antes.

Por otro lado, y no obstante su preocupación por el análisis, estima Hart que su doctrina sobre el concepto de derecho puede ser considerada también como un ensayo de “sociología descriptiva”, con lo cual quiere decir que por muy sugestivas que puedan ser las investigaciones de las palabras, “no arrojan, en verdad, mucha luz sobre éstas, sino cuando se las examina en sus usos típicos y en la dependencia que reconocen respecto de un contexto social dado”.

¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente.— La palabra fundamental de toda teoría jurídica —“derecho”— es de aquellas que, según Hart, mayores perplejidades provoca al interior de esa misma teoría. “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana —escribe el autor— han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?”.

Ahora bien, el punto de partida para acercarse a una noción satisfactoria de derecho, lo encuentra Hart en la definición de John Austin, que sin embargo él no comparte, pero que, seguida de un análisis de las dificultades y carencias que es posible hallar en ella, permite aproximarse a una idea más depurada acerca del derecho.

Austin define el derecho como “órdenes o mandatos bajo la amenaza de castigos”, o bien, como “reglas de un poder supremo obligatorio habitualmente obedecido”.

Hart reprocha a esa noción austiniana el utilizar en la caracterización del derecho las palabras “órdenes” o “mandatos”, pues-

to que si se observan las variedades de normas que muestra cualquier ordenamiento jurídico, podrá comprobarse que muchas de éstas no corresponden, en modo alguno, al modelo de las “órdenes” o de los “mandatos”. En primer lugar, porque las normas jurídicas extienden su ámbito de aplicación hasta alcanzar, incluso, a quienes las han dictado o instituido, lo cual no acontece si pensamos en una “orden” en sentido estricto. Seguidamente, y en cuanto al contenido de las normas jurídicas, dicho modelo es también insuficiente, puesto que algunas de las normas jurídicas, lejos de hacer lo propio de las órdenes, esto es, imponer deberes, otorgan o conceden facultades, como acontece, por ejemplo, con las denominadas normas de competencia, o sea, aquellas que autorizan a alguien para producir nuevas normas jurídicas. Por último, la idea de “órdenes” o de “mandatos”, con las salvedades antes apuntadas, podría corresponderse, hasta cierto punto, con las normas jurídicas que se crean o producen por vía de autoridad —por ejemplo, las normas del derecho legislado—, o sea, con las normas que son producidas heterónomamente, esto es, por un órgano o voluntad ajena y superior a los sujetos imperados a quienes las normas se dirigen y cuyo comportamiento regulan; pero dicha idea no se corresponde, sin embargo, con aquellas normas jurídicas que son producidas por los propios sujetos que quedan luego imperados por ellas, como sucede, por ejemplo, con las normas del derecho consuetudinario y, sobre todo, con las que los propios sujetos de derecho crean a través de los negocios jurídicos.

Descartada la definición de derecho propuesta por Austin, ¿qué noción propone Hart en su reemplazo?

El aserto central de Hart a este respecto es que el derecho constituye una realidad normativa compleja, compuesta de reglas primarias y secundarias.

A este respecto, hay que considerar que si bien Hart estima que el intento de definir el derecho sobre la base de establecer el género y la diferencia específica de éste no conduce a ningún resultado propiamente útil y esclarecedor, lo cierto es que, a fin de cuentas, el jurista inglés se sitúa en un determinado género de objetos para fijar el concepto de derecho —el de las *reglas* o *normas de conducta*—, para concluir diciéndonos que constituye un dato central para la comprensión del derecho el ver a éste como una *unión de reglas primarias y secundarias*. Reconocer esto

último, o sea, admitir, como hace Hart, que el derecho es algo que contiene reglas o que está compuesto principalmente por reglas, es muy importante de ser tenido en cuenta para todo cuanto sigue en la elucidación del concepto de derecho por parte de este autor, puesto que, si fuera posible decir qué es el derecho en términos de establecer su *género* y de identificar su *diferencia* específica, lo cierto es que la mayor dificultad consistiría precisamente en lo primero —establecer el género— y no tanto en la precisión de la diferencia específica que cualificaría al derecho al interior del género correspondiente.

Ahora bien, si las reglas se nos presentan como prescripciones obligatorias de conducta cuya inobservancia debe ser seguida de una sanción, ¿cuándo podremos decir que nos encontramos frente a una regla de conducta?

Enfrentado a esa pregunta, Hart desecha, en primer término, la explicación de que una regla existe cuando un grupo de personas acostumbra generalmente comportarse del modo como la regla en cuestión establece, observando, con razón, que una cosa es la simple *convergencia de conducta* entre los miembros de un grupo social (todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana), y otra cosa distinta son las *reglas o normas de conducta*, como la que establece, por ejemplo, que los hombres deben estar descubiertos en la iglesia.

La diferencia se encuentra, obviamente, en el componente de *deber* que acompaña a las normas de conducta y que se encuentra ausente en los meros comportamientos convergentes del grupo. Así, en el caso de una norma de conducta, se dice que *hay que hacer* o no hacer tal o cual cosa, o bien que *tenemos que* emitir o no emitir tal o cual comportamiento, lo cual no ocurre cuando nos referimos a los comportamientos meramente convergentes, en los que la regularidad de la correspondiente conducta es una cuestión puramente fáctica.

Por lo mismo, el grupo social tolera las conductas divergentes de los comportamientos habitualmente observados cuando estos últimos constituyen simples usos no normativos, en tanto que reacciona con sanciones cuando tales conductas divergentes se producen respecto de un comportamiento que sea observado en virtud de un uso normativo.

Como ya vimos en el capítulo I, lo anterior permite introducir la distinción entre *reglas o normas de conducta*, por un lado, y

simples *hábitos de conducta convergente*, por el otro; o, si se prefiere, entre usos normativos y usos no normativos, distinción que es presentada por Hart como crucial “para la comprensión del derecho, desde el momento en que este último se constituye como un cierto tipo o clase de normas de conducta, o sea, como un sector normativo diferenciado y autónomo, o, cuando menos, como algo que contiene reglas o que está compuesto principalmente por ellas”.

Por todo ello, y empleando palabras del propio Hart, “la categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en una definición del derecho, es la familia general de las reglas de conducta”. Sin embargo, añade Hart acto seguido, “el concepto de regla... es tan desconcertante como el de derecho mismo”.

El derecho como unión de reglas primarias y secundarias.— A pesar de las afirmaciones precedentes, no hay inconveniente en calificar la concepción de Hart acerca del derecho como una concepción normativista. Ni las dudas que tiene este autor acerca de la posibilidad de una definición del derecho *per genus et differentiam*, ni el carácter vago y confuso que atribuye a nuestra idea sobre las normas, ni, por último, la identificación de tipos muy diferentes de reglas, nada de esto impide finalmente a Hart su adscripción a una idea del derecho como conjunto de normas.

Volvamos, entonces, a la afirmación central del autor, a saber, la de que el derecho debe ser visto como *una unión de reglas primarias y secundarias*. ¿Qué quiere decir con esto el jurista inglés?

A este respecto, Hart parte de la constatación de que en el derecho es posible identificar variedades de normas jurídicas y es precisamente a raíz del espectro heterogéneo que las normas componen que el autor concluye diciéndonos que el derecho es una realidad normativa compleja, compuesta de reglas primarias (llamadas también normas de obligación o de deber) y reglas secundarias (que serían todas aquellas que no imponen propiamente deberes ni obligaciones a las personas).

Ahora bien, Hart llama “reglas primarias” a todas aquellas que establecen directamente obligaciones y deberes, entendiendo que una norma impone obligaciones “cuando la exigencia

general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande".

Además, las reglas primarias tienen otras dos características, a saber, *primero*, que se las reputa importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social; y, *segundo*, que se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas normas, aunque pueda beneficiar a otro, puede también hallarse en conflicto con lo que la persona obligada por ellas tiene el deseo o el impulso de hacer.

Sin embargo, las reglas primarias acusan a lo menos tres carencias de importancia, que son las que serán corregidas, precisamente, por lo que Hart llama reglas secundarias. Tales carencias son:

- a) *falta de certeza*, porque no tienen ellas una marca común identificatoria, de modo que no proveen órganos ni procedimientos explícitos para la certificación de su existencia, ni para solucionar las dudas acerca de cuáles son, ni para determinar el alcance preciso que haya de dárseles;
- b) tienen también las reglas primarias un *carácter estático*, en el sentido de que van produciéndose y sustituyéndose por un proceso social lento y difuso, mediante el cual ciertas líneas de conducta consideradas en un principio optativas, pasan luego a ser habituales y, finalmente, obligatorias; y
- c) por último, las reglas primarias acusan una *ineficiencia* en la difusa presión social ejercida para hacerlas cumplir, puesto que, al faltar un órgano autorizado para ello, no se podrá determinar en forma definitiva cuándo han sido violadas y qué castigo debe aplicarse al correspondiente sujeto infractor.

La sola existencia de las reglas primarias del derecho en una sociedad dada, precisamente en atención a las carencias antes apuntadas, configura únicamente una forma rudimentaria o primitiva de derecho, porque en virtud de este tipo de reglas se consigue tan solo una forma muy simple de control social.

Por ello, y para alcanzar a constituir derecho en plenitud, es preciso que las reglas primarias se complementen con otro tipo de reglas —las reglas secundarias—, las cuales, al corregir las tres insuficiencias antes indicadas de las primarias, se presentan como aquellas que especifican la manera en que las reglas primarias

pueden ser identificadas en forma concluyente, introducidas, modificadas y su violación determinada de una manera incontrovertible.

La *falta de certeza* de las reglas primarias se salva mediante la introducción de una regla secundaria llamada por Hart "regla de reconocimiento", o sea, de una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias.

Por su parte, el carácter *estático* de las mismas reglas primarias se enmienda mediante la presencia en todo ordenamiento jurídico evolucionado de otro tipo de reglas secundarias —las llamadas "reglas de cambio"—, que son aquellas que facultan a un individuo o grupo de personas para introducir nuevas normas jurídicas, así como para modificarlas, sustituir las o dejarlas sin efecto en el futuro.

Finalmente, la *ineficiencia* de la presión social que acusan las reglas primarias, es corregida por las llamadas "reglas de adjudicación", o sea, por aquellas que facultan a alguien para determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión determinada se ha transgredido o no una regla primaria.

Por último, y a título de conclusiones, podríamos decir lo siguiente:

En cuanto al derecho, nos parece que Hart adscribe a una concepción que ve o considera a éste en términos de una realidad normativa.

En cuanto a la realidad normativa, el derecho exhibe una variedad o diversidad de normas no siempre reducibles al esquema simple y restringido de las prescripciones.

Las variedades de normas jurídicas pueden ser apreciadas no sólo desde el punto de vista del contenido de las mismas, sino, además, por el diverso origen o modos de producción que las normas reconocen entre sí, como también por sus distintos ámbitos de validez.

Tal variedad de normas al interior de la realidad normativa en que el derecho se estructura, conduce a Hart a la afirmación central de su teoría, a saber, que el derecho puede ser visto como una unión de reglas primarias y secundarias.

Por otra parte, no sólo existen diferencias entre las reglas primarias y secundarias, que se podrían resumir diciendo que las reglas primarias son *acerca de la conducta de las personas*, en tanto que las secundarias son *acerca de las propias reglas primarias*, sino

que también existen diferencias al interior de las mismas reglas secundarias.

Hart atribuye decisiva importancia a esta visión del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, estimándola como "la médula de un sistema jurídico", como "una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto a los juristas como al teórico de la política", como aquello que "está en el centro de un sistema jurídico", como "la manera más provechosa de ver un sistema jurídico".

LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

1. LOS DISTINTOS AMBITOS DE LA MORAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO

Moral personal y derecho. Moral de los sistemas religiosos y derecho. Moral social y derecho.

Moral personal y derecho.— El concepto de derecho que proponen Kelsen y Hart se complementa bien con la posición que uno y otro autor tiene acerca de las relaciones entre derecho y moral.

Sin embargo, antes de exponer dicha posición conviene recordar los distintos ámbitos o esferas de la moral que fueron identificados en el capítulo I y precisar luego el tipo de relaciones que cada uno de tales ámbitos tiene con el derecho. Ello porque el resultado de la comparación del derecho con la moral, destinado a una identificación tanto de las proximidades como de las diferencias entre uno y otra, va a depender de cuál sea el determinado ámbito de la moral que se compare con el derecho.

La diferencia más marcada del derecho con la moral se da en el caso de la moral personal o autónoma y, asimismo, en el de la moral de los sistemas religiosos. En cambio, las mayores proximidades se dan entre moral social y derecho.

En efecto, si la moral personal es *interior*, el derecho es *exterior*; si la moral personal es *autónoma*, el derecho es *heterónomo*; si la moral personal es *unilateral*, el derecho es *bilateral*; en fin, si la moral personal es *incoercible*, el derecho es siempre *coercible*.

Sin embargo, un antagonismo tan manifiesto se atenúa si se repara en que el derecho es sólo preferentemente exterior, y que

en él sólo domina una dimensión de heteronomía, tal como fue explicado en el capítulo anterior. Por su parte, la moral personal no es puramente interior ni es tampoco absolutamente autónoma.

Por lo que respecta a la *interioridad* de la moral personal y a la *exterioridad* del derecho, tiene razón Henkel cuando advierte que “ni la moral autónoma tiene que ver exclusivamente con el querer y la motivación, ni el derecho tiene que ver exclusivamente con el comportamiento externo”. Por lo mismo, si la moral personal es un orden antes de la *conciencia* que del *comportamiento*, ello no quiere decir que para dicho ámbito de la moral resulten suficientes las buenas intenciones. “El camino al cielo está empedrado de buenas intenciones”, dice el refrán, de modo que la moral autónoma exige también que la interioridad buena de los sujetos se exprese en comportamientos exteriorizados de ese mismo carácter. Es más: podría decirse que lo que acontece no es que la moral personal sea antes un orden de la motivación que del comportamiento, sino que se trata de un orden que exige de los sujetos no sólo determinados comportamientos correctos, sino, además, una cierta interioridad igualmente correcta.

Tratándose ahora del derecho, y tal como tuvimos ocasión de mostrar también en el capítulo I, su exterioridad constituye sólo una nota o propiedad preferente, con lo cual quiere decirse que se trata de un orden que no excluye del todo el examen de la interioridad de los sujetos. Por tanto, si es efectivo que el derecho es un orden antes del *comportamiento* que de la *motivación*, también lo es que en determinadas situaciones al derecho le interesa penetrar en la interioridad de los sujetos para determinar qué vínculo pudo o no existir entre dicha interioridad y la conducta efectivamente emitida por el sujeto en una situación dada.

Al respecto, Henkel expresa lo siguiente: uno y otro orden normativo —derecho y moral personal— designan “centros de gravedad dispuestos diversamente en cada uno de los dos sectores”, lo cual trae consigo que “el camino del enjuiciamiento sea también distinto. El camino de la valoración moral lleva de dentro afuera: del núcleo de la interioridad moralmente valiosa, y mediante la proyección hacia afuera, nace un juicio total sobre el acontecimiento. En cambio, en el derecho el camino lleva de fuera —en el Derecho penal parte, significativamente, del corpus

delicti— adentro, siendo variable la cantidad de interioridad del suceso a la que el derecho concede relevancia”.

En consecuencia, la afirmación de que el derecho puede darse por cumplido bastando con que lo que el sujeto haga o deje de hacer externamente sea lo mismo que el derecho le exigía hacer o no hacer, tiene sólo un alcance relativo, porque en ocasiones la interioridad “entra también en el campo visual del derecho”. En cambio, tratándose de la moral personal, lo que puede decirse es que ella sólo puede darse por satisfecha después de examinar la interioridad del sujeto, lo cual constituye, en su caso, una afirmación absoluta, sin perjuicio de que, situados en esta esfera de la moral, se espere también que una buena interioridad se exprese en buenas acciones.

Por otra parte, el derecho presta apoyo a la moral autónoma en la medida que declara y garantiza la libertad de pensamiento y de conciencia de los sujetos, que tienen un alcance que va más allá del ámbito puramente religioso. Esto quiere decir que la libertad de conciencia permite formarse no sólo las ideas religiosas que parezcan más adecuadas, sino también las propias convicciones morales y planes de vida que cada cual quiera llevar adelante para realizar su idea del bien y de la perfección moral individual.

Por otro lado, la moral autónoma da apoyo al derecho en la medida que refuerza el cumplimiento de aquellos deberes jurídicos que coinciden con obligaciones de índole moral. Así, por ejemplo, el deber jurídico que los padres tienen de proveer lo necesario para la subsistencia y desarrollo de sus hijos, se ve favorecido en la medida que los padres suelen admitir ese mismo deber como una obligación de carácter moral.

Sin perjuicio de lo anterior, Henkel ve también un vínculo entre derecho y moral autónoma en la medida en que se admite la existencia de un deber moral de obediencia al derecho, aunque un deber semejante no existiría por referencia a *cada norma* del ordenamiento jurídico, sino por referencia al derecho *como un todo*. Este deber se basaría en que, a pesar de sus habituales defectos, el derecho se presenta siempre como una contribución ordenadora de la sociedad, esto es, como un orden que provee, aunque sea relativamente, de ciertos bienes como la paz y la seguridad y, en tal sentido, el derecho representaría para los individuos un auténtico valor moral.

No puede descartarse que, en el hecho, los individuos, al estimar bienes como el orden, la paz y la seguridad, desarrollen lo que Henkel llama "fuertes impulsos" a favor de la observancia de un orden que, como el derecho, apunta a la realización de esos fines. Sin embargo, nos ofrece dudas que desde semejante comprobación pueda derivarse un deber moral de obediencia al derecho. Para un mayor análisis de este tema, sugiero revisar el capítulo correspondiente de mi libro *Derecho y moral ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, cuya segunda edición apareció en 1999.

Por otra parte, a la *heteronomía* del derecho se opone la *autonomía* de la moral personal. Sin embargo, la heteronomía del derecho, según mostramos en su momento, es sólo una característica dominante, puesto que admite importantes salvedades, una de las cuales, de índole precisamente *moral*, se vincula a la objeción de conciencia, mientras que otra, de tipo específicamente *jurídico*, se relaciona con la existencia de modos de producción de normas jurídicas que muestran una importante dimensión de autonomía. Precisamente, una norma jurídica cuyo obedecimiento por parte de un sujeto puede ser evitado en razón de la objeción de su conciencia tiene heteronomía únicamente en cuanto a su origen, mas no en cuanto al imperio que ejerce sobre dicho sujeto.

Por su lado, la moral personal, si bien tiene un carácter *autónomo*, está influenciada por la educación que recibe cada sujeto normativo, así como por el medio en que se desenvuelve, todo lo cual trae consigo que en el caso de esta esfera de la moral el sujeto muchas veces no forje en su conciencia las respectivas pautas de comportamiento moral, sino que meramente las recepcione y apruebe. Esto último quiere decir que en ocasiones las normas de la moral personal son heterónomas en cuanto a su origen y autónomas en cuanto al imperio que ejercen sobre el sujeto.

En consecuencia, derecho y moral personal se diferencian en razón de la heteronomía del primero y de la autonomía de la segunda, aunque dicha contraposición no es absoluta, atendidas las salvedades que reconoce la heteronomía del derecho y los alcances que es preciso hacer a la autonomía de la moral.

Con la *bilateralidad* del derecho y la *unilateralidad* de la moral ocurre otro tanto, a saber, se trata de una pareja de características contrapuestas que sirven también para diferenciar uno

y otro orden normativo, aunque la contraposición tampoco es absoluta, puesto que si bien el derecho es bilateral, en la medida que impone deberes para con los demás y no para consigo mismo, y la moral personal unilateral, en la medida que impone deberes para con uno mismo, no puede omitirse que la moral personal no es sólo vida de introspección, sino, en alguna medida, vida de relación con los otros.

Tratándose de la moral personal, es efectivo que los sujetos distintos del sujeto obligado no están en posición de exigir a este último el cumplimiento de los deberes morales autoimpuestos con vistas a realizar el tipo de vida buena que se hubiere propuesto realizar, pero es igualmente cierto que todo sujeto moralmente obligado está siempre en diálogo con sus semejantes y en alguna medida dispuesto a revisar su moral personal como resultado de ese diálogo. Si quisiéramos poner una idea como esa valiéndonos de la imagen de las *brújulas* y los *radares*, podría decirse que en asuntos de moral personal cada individuo es un hombre brújula y, a la vez, en alguna proporción, también un hombre radar: un hombre brújula, porque frente a un asunto moral cualquiera determina cuál es su posición y la dirección que de acuerdo a ella debe tomar en una situación dada; y un hombre radar, porque está también preocupado de determinar la posición de los demás, especialmente si éstos van a ser afectados de algún modo por el curso de su comportamiento moral, y de tener en cuenta esa posición a la hora de decidir el rumbo moral que adoptará finalmente.

Por último, en cuanto a la *coercibilidad* del primero e *incoercibilidad* de la segunda, derecho y moral personal resultan claramente diferenciados, puesto que la moral personal es incoercible y el derecho no puede ser sino coercible.

Tal como se ve, la comparación entre moral personal y derecho arroja tanto diferencias como canales de unión entre uno y otro orden normativo. Sin embargo, tales "canales de unión", según los llama Henkel, y a los cuales preferiríamos llamar "canales de comunicación", no deben hacernos olvidar que también pueden darse "antinomias" e incluso "situaciones de conflicto" entre ambos. Tales antinomias y conflictos van a producirse cuando el derecho, por un lado, y la conciencia del sujeto, por la otra, demanden de éste comportamientos que sean opuestos o incompatibles.

Cada vez que acontezca alguna de esas antinomias o conflictos, y a menos de que esté autorizada la objeción de conciencia, el sujeto normativo correspondiente estará en un auténtico problema. Nadie podrá liberarlo del drama, aunque tampoco privarlo de la dignidad, de tener que resolver por sí mismo a cuál de los deberes en conflicto se someterá finalmente.

Moral de los sistemas religiosos y derecho.— Lo primero que habría que decir a este respecto es que el derecho toma una distancia deliberada respecto de la moral religiosa. Es efectivo que por una parte garantiza la libertad de conciencia, de manera que cada individuo pueda formarse las ideas que desee en el ámbito religioso, pero, a la vez, mantiene una total independencia respecto de los distintos credos religiosos. De esta última exigencia deriva el hecho de que en el mundo moderno el Estado no adopte religión oficial alguna y que no exista posibilidad legítima alguna de emplear el poder estatal para imponer la observancia de deberes religiosos ni para ejecutar sanciones sobre los sujetos que puedan haberlos infringido.

Fijándonos ahora en las otras características de uno y otro orden normativo, la *exterioridad* del derecho contrasta con la *interioridad* de las normas de la moral religiosa, aunque comparten la característica de heteronomía. Con todo, la heteronomía de las normas de la moral religiosa, lo mismo que en el caso de la moral autónoma, se da únicamente en el *origen* de las normas, mas no en el *imperio* de éstas. Las normas de un sistema moral religioso cualquiera son efectivamente heterónomas en cuanto provienen no de la conciencia de cada sujeto obligado, sino del fundador del respectivo credo o de sus representantes, aunque suponen también la libre adhesión al credo de que se trate de parte de los correspondientes sujetos normativos.

Moral social y derecho.— Por último, si lo que se compara con el derecho es la moral social, surge una primera y evidente aproximación, a saber, que ambos son órdenes sociales, esto es, que conciernen a la vida de relación de cada sujeto con los demás y no a la vida de introspección que cada sujeto lleva a cabo en lo que concierne a la búsqueda de su perfección moral individual. Por lo mismo, tanto el derecho como la moral social determinan lo que se debe hacer u omitir por cada sujeto en

cuanto miembro de una determinada comunidad y como parte de sus relaciones con los demás miembros de ésta.

Mientras que en las esferas de la moral personal y de la moral religiosa, como dice Henkel, “las normas de comportamiento apuntan a la realización del bien por el bien mismo, sin injerencia de intereses y consideraciones de oportunidad de otra naturaleza, en la moral social se abren paso intereses y necesidades colectivas que tienden al aseguramiento de una convivencia tolerable y conciliadora en la sociedad. No se trata tanto de movilizar en el individuo las fuerzas por lo moralmente bueno como de combatir en él las tendencias a lo moralmente malo en el tráfico social: de combatir la mala fe, la insinceridad, la desconsideración, lo sexualmente escandaloso, etc.”. Por lo mismo, en tales fines “la moral social tiene una orientación en gran medida igual a la del derecho”.

De este modo, derecho y moral social comparten la característica de ser *exteriores*, puesto que en ambos órdenes normativos “el centro de gravedad del enjuiciamiento no reside en las motivaciones, sino en el comportamiento externo”.

A la vez, ambos órdenes normativos son predominantemente *heterónomos*, tanto en el *origen* como en el *imperio* de las normas respectivas, puesto que los sujetos normativos deben acatar pautas de comportamiento en cuya producción no han intervenido directamente, las cuales suelen obedecer sin consideración al juicio de aprobación que esas normas puedan o no merecerles.

Derecho y moral social son también *bilaterales*, puesto que ambos imponen deberes que los sujetos reconocen para con los demás, no para consigo mismos.

Por otra parte, si el derecho es *coercible* y la moral social *incoercible*, no puede omitirse que la segunda opera sobre la base de una fuerte presión social del grupo sobre los individuos, aunque, precisamente por su carácter incoercible, la moral social no dispone de un aparato coercitivo socialmente organizado para garantizar el cumplimiento de sus normas ni para ejecutar las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento.

Además, cada vez que el derecho se remite a la moral, ya sea empleando fórmulas explícitas de referencia a ésta con ese mismo nombre o valiéndose de expresiones como “buenas costumbres” u otras equivalentes, debe entenderse que las referencias se hacen a la moral social y no a la moral personal ni a la de carác-

ter religioso. Como vuelve a decirnos Henkel, la opinión general es que ciertas cláusulas habituales en el derecho, tales como "buenas costumbres" y "buena fe", no contienen una referencia a una "ética subjetiva" ni a las "acrisoladas ideas morales" de una ética superior de tipo religioso, sino a la moral "que predomina actualmente en la sociedad". Por lo tanto, los operadores jurídicos que utilizan esas cláusulas, o que tienen que darle un contenido y alcance preciso en un caso dado, como acontece tratándose de legisladores y de jueces, deben tener presentes los dictámenes que surgen de esa moral media que es la moral social, cuyos criterios de enjuiciamiento son los que pueden "esperarse coincidentemente de todos los miembros prudentes de la comunidad jurídica que sienten moral y responsablemente".

Al exponer a continuación las ideas que Kelsen y Hart tienen acerca de la relación entre derecho y moral, comprobaremos que ambos autores, al tratar de dicha relación, tienen a la vista la moral social y no los otros dos ámbitos o esferas de la moral. Por lo mismo, la presentación de las ideas que sobre el particular tienen esos dos autores, permitirá profundizar algo más en las proximidades y diferencias que existen entre moral social y derecho.

2. LA RELACION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGUN KELSEN

Derecho y ciencia del derecho; moral y ética. Obligaciones morales y obligaciones jurídicas. Derecho y justicia. Moral social y derecho. Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen.

Derecho y ciencia del derecho; moral y ética.— En el inicio el primer capítulo de su libro *Teoría pura del derecho*, el autor enuncia una distinción necesaria de ser tenida en cuenta para evitar confusiones y malentendidos, a saber, la que pone de una parte al *derecho* y a la *ciencia del derecho*, y, de otra, a la *moral* y a la *ética*.

Ahora bien, siguiendo el pensamiento del autor a propósito de esta doble distinción, habría que decir lo siguiente:

a) el *derecho*, entendido como una específica normatividad coactiva reguladora de la conducta humana, constituye el obje-

to de un saber o conocimiento específico que se denomina *ciencia jurídica*. El derecho, en consecuencia, no es lo mismo que el saber que se ocupa de él, por mucho que en el lenguaje común se utilice a veces la misma palabra —"derecho"— tanto para referirse al objeto de un determinado saber como para aludir al saber que se constituye acerca de ese mismo objeto.

El derecho es, en síntesis, una *realidad normativa*, en tanto que el saber acerca del derecho —la ciencia del derecho o ciencia jurídica—, es una *realidad cognoscitiva*. Por lo mismo, si se puede afirmar que la ciencia jurídica es una ciencia normativa, ello es únicamente en cuanto *versa* o *trata* sobre normas, aunque no en cuanto pueda ella *producir* o *establecer* normas;

b) por su parte, la *moral* es para Kelsen la denominación que se da a otras normas sociales, distintas de las normas jurídicas, pero que regulan también el comportamiento recíproco de los hombres; *ética*, en cambio, es la disciplina orientada al conocimiento y la descripción de las normas sociales en que consiste la moral. De este modo, y lo mismo que en el caso del derecho y de la ciencia del derecho, la moral sería el objeto de conocimiento de la ética. Del mismo modo, si puede decirse que la ética es *normativa* es tan solo en cuanto ella aspira a *conocer* y a *describir* las normas morales establecidas por una autoridad, o bien por la costumbre, pero no en cuanto la ética *imponga* normas y estatuya consiguientemente deberes de tipo moral.

Obligaciones morales y obligaciones jurídicas.— El derecho y la moral son para Kelsen dos órdenes normativos distintos uno del otro. Sin embargo, en cuanto ambos son órdenes normativos, derecho y moral se traducen en deberes para los correspondientes sujetos imperados.

Por lo mismo existen, por una parte, obligaciones morales y, por otra, obligaciones jurídicas, y no hay propiamente la obligación jurídica de comportarse de determinada manera, sino en el caso de que una determinada norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria.

Como consecuencia de lo anterior, cuando un jurista propone un enunciado de tipo cognoscitivo acerca de alguna norma jurídica y expresa, por ejemplo, que una cierta consecuencia *debe* seguir a la condición determinada por esta misma norma, no

adjudica a la palabra "debe" ninguna significación de orden moral, lo cual quiere decir que si una conducta es prescrita por el derecho no significa que lo sea necesariamente por la moral, y -viceversa- que si una conducta es exigida por la moral ello no quiere decir que lo sea igualmente por una norma jurídica.

Con todo, la distinción entre derecho y moral como dos órdenes normativos distintos, no significa, por lo pronto, negar que exista la moral; antes bien, esa distinción refuerza la idea contraria, esto es, que existe, además del derecho, un orden normativo diferente al que damos precisamente el nombre de moral.

Dicha distinción tampoco significa atribuir ninguna suerte de superioridad al derecho sobre la moral, de modo que al distinguir el derecho de la moral, Kelsen no está en modo alguno sugiriendo que en caso de conflicto entre deberes jurídicos y morales deba darse preferencia a los primeros.

Por otra parte, esta misma distinción tampoco significa renunciar al postulado de que el derecho deba ser moral, y de que siempre, en consecuencia, será posible calificar como moral o inmoral un determinado derecho, según sea precisamente el criterio moral que se emplee para, contrastándolo con el derecho, concluir acerca de la mayor corrección o incorrección moral de este último.

En otras palabras: si la distinción entre derecho y moral como dos órdenes normativos distintos refuerza la existencia y autonomía normativa de esta última, dicha distinción, a la vez, refuerza el papel que puede cumplir todo orden moral como modelo o criterio a partir del cual un derecho dado pueda ser valorado en su mayor o menor corrección desde un punto de vista igualmente moral. En palabras de Kelsen, "gracias a esto último resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen".

De este modo, la posibilidad de emitir, desde la perspectiva de un determinado orden moral, juicios de valor, ya positivos, ya negativos, sobre un ordenamiento jurídico estimado como un todo, al igual que sobre cualquiera de sus normas, configura una posible relación entre derecho y moral. Por otra parte, la distinción entre derecho y moral, lejos de menoscabar a la moral y de perjudicar la posibilidad de utilizarla para

emitir juicios de valor acerca de la corrección o incorrección del derecho, reserva a la moral como instancia diferenciada del derecho, y por tanto autónoma respecto de éste, desde la cual se podrá enjuiciar la mayor o menor moralidad de un derecho dado.

Otra relación entre derecho y moral admitida por Kelsen consiste en que el derecho puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales, como acontecería, por ejemplo, con aquellas normas jurídicas que castigan ofensas a la moral o a las buenas costumbres.

Derecho y justicia.— Retomando la distinción entre derecho y moral, ésta se expresa, según Kelsen, en la distinción consiguiente entre derecho y justicia.

Para este autor, los criterios o ideales de justicia, esto es, los criterios o ideales acerca de cómo debería ser el derecho, se fundan en normas de moral positiva, o sea, en normas morales que han sido *puestas* por alguien —un profeta, por ejemplo—, o bien en una o más normas morales que dan por establecidos ciertos valores superiores.

Sin embargo, y utilizando en verdad un lenguaje muy fuerte y necesitado de algunos matices o salvedades, Kelsen concluye que la justicia es un "ideal irracional", lo cual quiere decir que ninguno de los diversos y contrapuestos ideales o criterios que acerca de lo justo han sido ideados y propuestos históricamente puede demostrarse como racionalmente verdadero y, por tanto, como superior a los demás.

Para el conocimiento racional —cree Kelsen— sólo existen intereses y conflictos de intereses. Racionalmente no es posible demostrar que una determinada solución o respuesta a la pregunta por la justicia pueda legítimamente reclamar para sí un mayor valor de verdad y excluir a las restantes como erróneas. Si existiera una justicia absoluta, esto es, si pudiera demostrarse por métodos racionales que una determinada idea acerca de la justicia es la verdadera, el derecho positivo —concluye Kelsen— sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Quizá si antes de pasar a las páginas que Kelsen dedica al tema del derecho y la moral en su obra póstuma, sea conveniente establecer cuál es la consecuencia política que el autor deriva de su relativismo moral. Este punto es explicado por Kelsen en

varias de sus obras y trabajos, aunque en ninguno, tal vez, con la concisión y la claridad con que lo hace en el último acápite de su *Teoría general del Estado*.

En la obra antes mencionada, Kelsen discurre acerca de la democracia y de la autocracia como formas de gobierno, considerando que ambas no son más que “métodos de creación de un orden social” que difieren porque en la primera todos los ciudadanos tienen el derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la adopción de las decisiones colectivas, mientras que en la autocracia estas mismas decisiones se adoptan por una sola persona o por un grupo restringido de gente.

Democracia y autocracia, en consecuencia, no difieren por el *contenido* de las decisiones colectivas que ambas formas de gobierno permiten adoptar, sino por el *procedimiento* que una y otra establecen para la toma de las decisiones. La primera recurre para estos efectos a la *regla de la mayoría*; la segunda, en cambio, a la sola voluntad de quien sea identificado previamente como la *autoridad*. La democracia se distingue así de toda otra forma de gobierno en que no sólo promueve el imperio de la mayoría, sino que, además, presupone por esencia una oposición –la minoría– a la que reconoce políticamente y protege en sus derechos fundamentales y en el principio de proporcionalidad.

Pues bien: el relativismo, o sea, la idea de que el conocimiento humano no puede alcanzar valores absolutos, se corresponde según Kelsen con el ideario democrático en cuanto “concede igual valor a la voluntad política de cada cual y respeta por igual toda creencia y opinión” en que esa voluntad se manifieste. El *relativismo* –no es posible establecer de manera indudable para todos el mayor valor de verdad de una determinada de las múltiples y contrapuestas ideas acerca de lo que debe ser– conduce así a la *tolerancia* –todas las convicciones políticas y de orden valorativo tienen la misma posibilidad de manifestarse y de luchar en libre concurrencia “por la conquista de la inteligencia y de los corazones”–, y la tolerancia, por último, conduce por su parte a la *democracia* –debe gobernar la convicción política que obtenga para sí la mayoría.

En cambio –dice Kelsen–, una concepción “metafísico-absolutista” del mundo y de los valores se corresponde más bien con una actitud autocrática, porque quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo rechazará enérgica-

mente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de ese orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquellos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más les conviene”. En efecto –se pregunta Kelsen–, si hay “alguien que se halla en posesión del Bien sumo, ¿qué puede pedir sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquellos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó la “verdad” ha de ser la salvación?”.

Por la inversa, y retornando ahora a la democracia, “la relatividad del valor de cualquier profesión de fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda validez absoluta, inducen a renunciar al absolutismo de un monarca, de una casta sacerdotal, aristócrata o guerrera, de una clase o de un grupo privilegiado cualquiera”.

De sobra está decir, como un comentario personal a esta parte del pensamiento de Kelsen, que si el relativismo es un modo posible de fundamentar la democracia, no constituye, por cierto, el único modo de fundamentar ni el único motivo para preferir esta forma de gobierno.

En el capítulo final, a propósito de la justicia como uno de los fines del derecho, volveremos sobre la posición de Kelsen a este respecto.

Moral social y derecho.– En su obra *Teoría general del Derecho y del Estado*, Kelsen introduce dos ideas que el autor tendrá ocasión de desarrollar más tarde en la segunda versión de la *Teoría pura del derecho*, como asimismo en su *Teoría general de las normas*, y que son, *primero*, la de que la moral es un fenómeno colectivo, un producto social, lo cual se expresaría en el hecho de que la moral difiere en cada caso de acuerdo al tipo de sociedad en cuyo seno ella surge e impera; y, *segundo*, la idea de que –en consonancia con lo anteriormente expresado– la sanción que sigue a la infracción de los deberes morales consiste en la desaprobación moral de nuestros semejantes.

En consecuencia, y desde el punto de vista de esta moral social a que alude el autor citado –y siguiendo aquí el mismo ejemplo que él proporciona–, si un individuo se abstiene de matar a otro es porque, sencillamente, teme a la desaprobación moral de sus semejantes. De este modo, las sanciones morales consis-

tirían únicamente en el reproche, desaprobación y posiblemente en el aislamiento de que el grupo social haría objeto al correspondiente sujeto infractor. Por su parte, esta reacción típicamente social en que encarnarían las sanciones morales, se corresponde con la idea anterior del autor, a saber, la de que la moral es un fenómeno colectivo.

Retomando nuevamente la distinción entre derecho y moral, Kelsen es de opinión que dicha distinción no puede ser fundada en la conducta a que obligan las normas de uno y otro orden normativo, puesto que es frecuente que un mismo comportamiento se encuentre a la vez exigido o prohibido tanto por la moral como por el derecho.

Tampoco considera posible fundar esta distinción en el carácter *externo* que poseería el derecho, por oposición a la llamada *interioridad* de la moral.

Desechadas por Kelsen tanto la autonomía como la interioridad preferentes que se predicán habitualmente de la moral como propiedades que contribuirían a diferenciarla del derecho —el cual, por su parte, sería predominantemente heterónomo y exterior—, el jurista austríaco encuentra la diferencia entre ambos órdenes normativos en el carácter *coactivo* del derecho, esto es, en la circunstancia de que el derecho, lo mismo que la moral, trata de producir determinadas conductas, pero, a diferencia de ésta, lo hace de un modo que es propio y exclusivo suyo, a saber, enlazando a la conducta opuesta un acto coactivo cuya declaración y ejecución se encuentran socialmente organizadas. No es, pues, que la moral social sea un orden normativo que no estatuya sanciones, sino que éstas se reducen a la desaprobación por parte del grupo, sin que en modo alguno entre en juego el empleo de la fuerza socialmente organizada.

Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen.— Desearíamos puntualizar ahora algunas observaciones críticas al pensamiento de Kelsen.

Ante todo, querría decir que la distinción que Kelsen lleva a cabo entre derecho y moral, así como más específicamente entre derecho y justicia, es necesaria —según expresamos antes en este mismo trabajo— para cautelar la autonomía relativa de estos dos órdenes normativos, preservando y haciendo más ope-

rativa la posibilidad de enunciar y mantener juicios morales sobre el derecho.

Sin embargo, y en relación con la afirmación de Kelsen en el sentido de que la justicia es “un ideal irracional”, quisiéramos expresar críticamente lo siguiente:

a) la historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia;

b) esa misma historia muestra, por otra parte, que los hombres no han elaborado uno, sino múltiples ideales de justicia; y

c) igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre los mismos y resultan, a menudo, contrapuestos entre sí.

Es evidente que de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados y propuestos históricamente, resulta un problema, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la verdad, y, por tanto, la preeminencia, de uno determinado de esos criterios de justicia sobre los restantes. Kelsen, como ha sido mostrado, no cree en esta posibilidad.

Ahora bien, si entendemos por juicios de justicia aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de quienes producen el derecho, como también el contenido de éste, nos parece que se puede concluir —a diferencia de lo que sostiene Kelsen— que tales juicios son no sólo posibles, sino inevitables, y que, además, son racionales, si no propiamente en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como *verdaderos*, al menos en el sentido de que es *plausible* que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional. La pregunta por la justicia tiene un fundamento suficiente, que deriva de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como una tarea ineludible. En consecuencia, la racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un

determinado fundamento o explicación, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

En el capítulo VI de este Manual vamos a volver sobre este punto.

3. LA DISTINCION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGUN HART

Derecho y justicia. La moral social y sus características. Moral y normas jurídicas inicuas.

Derecho y justicia.— El primero de esos problemas se refiere a la distinción, dentro de la esfera general de la moral, de la idea específica de justicia, para trazar entonces la relación más bien de ésta que de aquélla con el derecho.

Lo primero que advierte el autor sobre este punto es que los términos que los juristas utilizan para aprobar o censurar un derecho dado son palabras tales como “justo” e “injusto”, y que, muy a menudo, por lo mismo, actúan como si las ideas de justicia y de moral fueran coextensivas, cuando en verdad —según cree Hart— la justicia es un segmento de la moral, con lo cual quiere decir que la idea de justicia tiene un carácter especial respecto de la idea de la moral: esta última palabra, en suma, tendría una mayor cobertura que el término “justicia”. Así, “de un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente malo, o que ha transgredido su *obligación* o *deber moral* frente a su hijo. Pero sería extraño que se criticara su conducta como *injusta*.”

Una característica distintiva de la justicia surge si se observa que la mayor parte de las alabanzas y críticas hechas mediante el uso de las palabras “justo” e “injusto” podrían ser expresadas casi igual mediante las expresiones “equitativo” y “no equitativo”.

“Equitativo” es un término bien específico, no coextensivo con el de “moral” en general, y ello porque las referencias a la equidad son relevantes principalmente en *dos situaciones* de la vida social.

Una de ellas ocurre cuando nuestro interés no se dirige a una conducta individual aislada, sino a la manera en que son tratados *clases* de individuos cuando una carga o un beneficio tiene que ser distribuido entre ellos. De allí que lo típicamente equitativo o no equitativo sea una *participación*.

La *segunda* situación ocurre cuando se ha causado algún daño y la víctima reclama una compensación o indemnización.

Pero no sólo aludimos a distribuciones y a compensaciones como justas o equitativas; también decimos que un juez es justo o injusto, o que un proceso ha sido equitativo o no equitativo.

Por lo mismo, Hart concluye que el principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Por ello es que la justicia es concebida como un *equilibrio* o *proporción* y su precepto principal se formula frecuentemente diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera y tratar los casos diferentes de diferente manera”.

La moral social y sus características.— El segundo de los problemas que Hart identifica y repasa a propósito del tema de la relación entre derecho y moral es el que se refiere a las características que distinguen a las reglas y a los principios morales no sólo respecto de las normas jurídicas, sino de todas las otras clases de normas sociales.

Es evidente que, según lo expresado previamente, Hart se refiere aquí a la moral como *fenómeno social*, o sea, a la moral de una sociedad dada, a la moral *aceptada* o *convencional* de un grupo social concreto, con lo cual se quiere aludir a “pautas o criterios de conducta que son ampliamente compartidas en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestas a los principios o ideas morales que puedan regir la vida de un individuo, pero que éste no comparte con ningún número considerable de aquellos con quienes convive”.

Sobre el particular, dice Hart que si bien “hay una diversidad, entre los códigos morales” de las distintas sociedades, la moral social “de las sociedades que han alcanzado la etapa en que ella puede ser distinguida de su derecho, incluye siempre ciertas obligaciones y deberes esenciales para que sobreviva cualquier sociedad”, como acontece, por ejemplo, con las normas

que prohíben el libre uso de la fuerza, las que exigen honestidad y veracidad en las relaciones interpersonales y las que prohíben la destrucción de cosas o su apropiación en perjuicio de otros. "Si la observancia de estas reglas elementalísimas no fuera concebida como cosa corriente en cualquier grupo de individuos que viven en proximidad vecina los unos con los otros —agrega Hart—, vacilaríamos en describir a ese grupo como una sociedad, y tendríamos la certeza de que no podría durar mucho tiempo".

Ahora bien, en cuanto a las propiedades de las normas pertenecientes a la moral social, Hart señala entre ellas su *importancia*, la *inmunidad al cambio deliberado*, el *carácter voluntario de las transgresiones* y la *forma que adopta la presión social*.

Por lo que se refiere al carácter *importante* de este tipo de normas —lo cual parece algo "perogrullesco" y "vago", según expresiones del propio Hart—, habría que decir que, al revés de lo que puede acontecer con una norma jurídica —que se la considere sin importancia, pero que, no obstante, continúe rigiendo mientras no se la derogue formalmente—, sería absurdo pensar que una norma continuara formando parte de la moral de una sociedad, aun cuando nadie la considerara ya importante y digna de ser observada.

Con lo anterior quiere decirse que las normas de la moral social exigen ciertamente el sacrificio de intereses personales o privados, pero, a la vez, su "observancia asegura intereses vitales en los que todos participan por igual".

La *inmunidad al cambio deliberado* —como segunda característica de las normas de la moral social— marca también una diferencia entre éstas y las normas jurídicas, puesto que es propio de todo derecho que puedan introducirse nuevas normas con relativa facilidad, o bien modificarse o derogarse las ya existentes, "aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una Constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema". Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera.

El *carácter voluntario de las transgresiones morales*, por su parte, apunta al perfil preferentemente interno de la moral, por oposición también al carácter predominantemente externo del derecho.

Es obvio que el derecho no se refiere únicamente a la conducta externa y la moral a la conducta interna, pero es evidente también que el centro de gravedad de la responsabilidad y de la reprobación jurídicas es antes externo que interno, mientras que en la moral es antes interno que externo.

Lo anterior quiere decir que si una persona ha faltado a un deber moral y consigue probar que lo hizo en forma no voluntaria y a pesar de todas las precauciones que pudo adoptar, puede resultar excusada de responsabilidad moral; en cambio, ese tipo de excusas —falta de intencionalidad y adopción de precauciones— están obviamente mucho más limitadas en el ámbito del derecho.

Por último, la característica final que Hart atribuye a la moral es la *forma peculiar de presión* que se ejerce en su apoyo, y que consiste en que, a diferencia nuevamente del derecho —que intenta disuadir las conductas prohibidas ante todo mediante la amenaza de sanciones—, en la moral la "forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas", respeto que, por lo demás, "se presume compartido por aquellos a quienes se dirige la exhortación".

Como se puede apreciar, los cuatro criterios de que se vale Hart para caracterizar a las normas morales, a la vez que para distinguirlas de las normas jurídicas, son puramente *formales*, esto es, ninguno de ellos "hace referencia directa a ningún contenido necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni a ningún propósito que deban servir en la vida social".

Sin embargo, el mismo autor insiste en considerar como algo común a todos los códigos morales de cualquier sociedad, más allá de esas cuatro propiedades formales de sus reglas, la proscripción del uso de la violencia sobre las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas, y la prohibición, por último, de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros.

Estas reglas básicas demandan un cierto sacrificio personal a cada individuo, pero, a la vez, "son el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad", además de que "la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para seres como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad". Estos hechos simples —añade Hart— "constituyen un indiscutible núcleo de verdad en las doctri-

nas del derecho natural", porque "tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social [...] Tales principios, de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural..."

Moral y normas jurídicas inicuas.— En un punto que nos parece crucial en su doctrina sobre la relación entre derecho y moral, Hart se pregunta enseguida lo siguiente:

Si el derecho y la moral son órdenes normativos distintos, que utilizan criterios también diferentes para decidir acerca de la validez u obligatoriedad de sus respectivas normas, ¿qué acontece con las normas jurídicas inicuas, esto es, con aquellas normas que vulneran esos contenidos mínimos que el derecho comparte con la moral?

La respuesta a esta pregunta, según el autor, dependerá de si se adopta un concepto *amplio* de derecho o un concepto *restringido*.

Un concepto *amplio* de derecho considerará como tal a todas las normas jurídicas que se ajusten a los criterios formales de validación de las mismas, aun cuando estas normas puedan atentar contra la moral de la sociedad.

Un concepto de derecho más *restringido* considerará como tal únicamente a las normas que, además de satisfacer los criterios formales de su validación señalados por otras normas del sistema, resisten, en cuanto a su contenido, un análisis o inspección desde la perspectiva de la moral, de donde resulta que quedarán excluidas del derecho aquellas normas que sean moralmente ofensivas o inicuas.

Hart se inclina por el concepto más amplio, y no ciertamente porque propicie una suerte de capitulación de los juristas ante las normas jurídicas moralmente ofensivas, sino todo lo contrario. Su razonamiento sobre el punto podría ser resumido de la siguiente manera:

Nada se ganaría para el estudio científico del derecho con la adopción del punto de vista que hemos llamado "restringido",

puesto que, al adoptarlo, tendríamos que excluir del ámbito del conocimiento jurídico a todas las normas moralmente ofensivas, aun cuando pudieran exhibir todas las características del derecho. "Nada, por cierto, sino confusión, resultaría —dice Hart— de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo".

Por otra parte, cuando nos enfrentamos a exigencias jurídicas moralmente inicuas, parece preferible, aun desde un punto de vista moral, decir "Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado", que afirmar "Esto no es derecho en ningún sentido". Hart cree que la primera respuesta, y no la segunda, favorece mejor la claridad en la percepción de las cosas y la disposición de los hombres a desobedecer el derecho cuando la moral lo exija, puesto que "lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho". Como se preguntan sobre el particular Baurmann y Kliemt, "¿promete acaso más éxito, o tiene un mayor peso argumental, una crítica que invoca el hecho de que una ley inmoral no puede ser "derecho" que aquella otra que denuncia públicamente el derecho vigente en un Estado por su inmoralidad?".

Por lo mismo, y en una no precipitada comprensión del mismo, el grito de guerra de Austin —"la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra"—, lejos de servir a la obediencia incondicional al poder establecido y a las normas jurídicas que éste instituya como derecho, abre la posibilidad del juzgamiento moral de todo derecho y la posibilidad, asimismo, de la decisión de no obedecer ese derecho.

En otras palabras, si todo derecho fuera correcto, meritorio o justo por el mero hecho de ser derecho –lo cual obviamente no es así–, entonces no tendría sentido llevar a cabo una evaluación moral del mismo ni podrían justificarse razones para su desobediencia desde un punto de vista moral. En cambio, si se admite la posibilidad de que un derecho pueda ser incorrecto o injusto –como de hecho ocurre a veces históricamente–, entonces quiere decir que la posibilidad de su evaluación desde un punto de vista moral permanece abierta, lo mismo que la justificación de su desobediencia por razones igualmente morales.

En palabras del propio Hart, habría que decir que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del slogan “El derecho es el derecho”, o de la distinción entre derecho y moral, es la siguiente: “Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace”.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. DENOMINACION, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento.

El problema del nombre.– El problema del *nombre* o denominación de los llamados derechos humanos está ligado con el de su *concepto*, y éste, a su vez, con el de su *fundamentación*. En efecto, y establecido que existen distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre, una determinada de esas maneras puede conducir a un determinado concepto de éstos y, asimismo, a una denominación que esté de acuerdo con dicho concepto y fundamentación. Por lo mismo, la fundamentación que se prefiera para esta clase de derechos va a determinar en cierto modo el concepto que se tenga de éstos, mientras que la idea o concepto que se tenga de los derechos humanos va a influir también en la denominación que se elija para esta clase de derechos. Sin embargo, en lo que sigue, cediendo a conveniencias pedagógicas antes que a exigencias de tipo metodológico, vamos a seguir el camino inverso, esto es, vamos a tratar en primer término la cuestión del nombre o denominación de los derechos humanos, luego la de su concepto y, por último, la de los distintos modos de fundamentarlos.

La denominación más frecuente para esta clase de derechos es “derechos humanos”, o “derechos del hombre”, con la cual se quiere enfatizar el carácter universal de estos derechos, o sea, la circunstancia de que adscriban a todos los hombres sin ex-

cepción. La filósofa española Adela Cortina prefiere la denominación "derechos humanos" sobre las que veremos a continuación por tres razones: tal denominación muestra el fundamento de estos derechos –el hecho de ser hombre– y su extensión –todo hombre, en cuanto tal, tiene estos derechos–, a la vez que evita que los fervorosos defensores de los derechos de los animales y plantas propongan –llevados de su entusiasmo por la dignidad de estos seres– redactar una única declaración de derechos de los seres vivos.

También se les llama "derechos fundamentales" de la persona humana, con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente aquellos que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman parte de esta clase de derechos.

En ocasiones se les llama también "derechos naturales", o bien "derechos morales". Estas denominaciones son menos frecuentes y pueden ser entendidas en la medida en que la primera de ellas se apoya en una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos y la segunda en una fundamentación ética de los mismos. Estas dos denominaciones, por lo mismo, reflejan bien lo que afirmamos hace un instante, a saber, que una determinada fundamentación de los derechos humanos conduce a un determinado concepto de los mismos y a una cierta denominación que se acuerda a esta clase de derechos. En todo caso, estas dos nuevas denominaciones –"derechos naturales" y "derechos morales"–, sobre todo en el caso de la primera de ellas, pone de manifiesto otra de las propiedades que suele atribuirse a los derechos del hombre, a saber, la de ser previos a la formación del Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica que los consagran y garantizan.

Se ha empleado también la expresión "derechos del ciudadano", como hizo en Francia la Declaración de 1789, denominación que sugiere que los redactores de ese texto, como dice Simone Goyar-Fabre, "pensaban menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombre en tanto que *persona* que en el estatuto del hombre en cuanto *ciudadano* en el Estado".

En ocasiones se alude a los derechos humanos con las expresiones "derechos constitucionales", o bien "garantías constitucionales", con lo cual se quiere poner de manifiesto que se

trata de derechos que tienen consagración en los ordenamientos jurídicos nacionales a nivel de la Constitución, esto es, a nivel de la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. Sin embargo, otros cuerpos legales, distintos de la Constitución, consagran y desarrollan también determinados derechos humanos, de modo que estas dos denominaciones resultan en cierto modo restrictivas.

Por último, "libertades públicas" es también una denominación que se utiliza para referirse a los derechos humanos, con lo cual se destaca que algunos de esos derechos se basan en el valor de la libertad. Sin embargo, en tanto otros de los derechos humanos se basan en valores distintos, por ejemplo, la igualdad y la solidaridad, se trata también de una denominación restrictiva.

Detengámonos ahora en las denominaciones más frecuentes, a saber, "derechos humanos" y "derechos fundamentales".

Se trata de dos expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos. Sin embargo, se trata también de dos denominaciones que podrían tener distintos alcances. Así, por ejemplo, no faltan quienes sugieren reservar la expresión "derechos fundamentales" para designar a los derechos que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, dejando la denominación "derechos humanos" para aquellos derechos que han sido positivados en declaraciones y acuerdos de carácter internacional o que provienen de determinadas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas y que aun no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

De acuerdo a un criterio como ese, la expresión "derechos humanos" sería más amplia que "derechos fundamentales", puesto que la primera abarcaría al "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional". Por su parte, la expresión "derechos fundamentales" aludiría nada más que a "aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada". Como continúa diciendo a este respecto Pérez-Luño,

“los derechos humanos aunan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que, *debiendo* ser objeto de positivación, no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamental* del sistema jurídico político del Estado de Derecho”.

Ahora bien, la importancia de la distinción entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” puede ser apreciada si se repara en que si los primeros se confundieran con los segundos, bastaría con no consagrar uno o más derechos humanos en el derecho interno de un Estado para que los atropellos a tales derechos no pudieran ser considerados en ese Estado como atropellos a los derechos humanos. Por la inversa, si los derechos humanos no se confunden con los derechos fundamentales, constituirían violaciones a los primeros aquellas que se perpetraran por las autoridades de un Estado, aun en el caso de que el ordenamiento jurídico interno de éste no reconociera o limitara fuertemente uno o más derechos humanos.

Por lo mismo, si las dos denominaciones antes expuestas se proyectan a la experiencia práctica, es posible advertir, en palabras de Pérez-Luño, que “mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos”.

Detrás del problema de la denominación de los derechos humanos, y en especial detrás del dualismo “derechos humanos”-“derechos fundamentales”, se esconde una cuestión de la mayor importancia, a saber, la que concierne a la base de sustentación que el derecho positivo, tanto nacional como internacional,

presta a esta clase de derechos. Nadie niega la importancia de que los derechos humanos estén efectivamente reconocidos por cada ordenamiento jurídico estatal y que sus titulares cuenten con un efectivo respaldo institucional al momento de hacerlos efectivos. Sin embargo, mientras hay quienes consideran que el hecho de estar reconocidos y protegidos por el derecho interno, o al menos por el derecho internacional, resultaría indispensable para la existencia de los derechos del hombre, otros, sabiendo que el reconocimiento y protección de estos derechos no siempre se producen a nivel del derecho interno o nacional de todos los Estados, sostienen que los derechos humanos existirían al margen de ese hecho si es que se encuentran reconocidos a nivel del derecho internacional, y que podría incluso invocárselos cuando no estuvieran positivados ni siquiera en el propio derecho internacional.

El problema del concepto.— Hay *dos* dificultades principales para concordar en un concepto de derechos humanos. Una proviene de las distintas maneras que han sido propuestas para fundamentarlos, puesto que cada una de ellas conduce a un concepto no exactamente coincidente de esta clase de derechos. La *otra* dificultad surge a partir del proceso de expansión experimentado por los derechos del hombre en el curso de los últimos dos siglos.

Como resultado de esa expansión, cuyos alcances explicaremos más adelante, el catálogo de los derechos humanos ha ido incrementándose gradual y progresivamente, lo cual quiere decir que los derechos humanos son hoy más que los que hace 200 años eran reconocidos como tales. Pues bien: al incrementarse el número de los derechos humanos, ha aumentado también la diversidad de los mismos, configurándose distintas *generaciones* de derechos humanos, todo lo cual dificulta la tarea de ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de cubrir toda la diversidad que éstos muestran. Determinados bienes que se consideran indispensables; auténticos derechos en sentido subjetivo; limitaciones a la acción de la autoridad; libertades; modalidades de participación en la generación y en el ejercicio del poder político; aspiraciones hacia una igualdad no sólo jurídica y política, sino también en las condiciones materiales de vida de las personas; deseos de vivir en paz y en un medio ambiente no

contaminado, tanto a nivel local como planetario: todo ello suele ser cubierto por los llamados "derechos humanos", a raíz de lo cual resulta difícil ponerse de acuerdo en el uso y alcance que deberíamos dar a esa expresión. Por lo mismo, tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando advierte que la noción de derechos humanos se utiliza con "excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual", hasta el punto de que podría decirse que "los derechos humanos son un concepto tan difundido como difuso".

Por otra parte, hay autores, como es el caso de Francisco Laporta, que muestran preocupación ante "la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos". Me parece razonable suponer —escribe este autor— "que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencias, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente". En cambio, otros autores, como Prieto Sanchís, por ejemplo, sostienen que por incorrectas que puedan parecer algunas apelaciones a los derechos humanos, muchas veces responden "a una saludable preocupación hacia nuevas necesidades o exigencias humanas".

Así, atendida la posición del segundo de tales autores, la expansión de los derechos del hombre, y la consiguiente ampliación del campo lingüístico de la expresión "derechos humanos", produce evidentes dificultades de precisión a la hora de ofrecer un concepto unitario y completo para esta clase de derechos y puede favorecer un uso liviano y demagógico de la expresión. Por otra parte, un cuadro semejante ha creado condiciones favorables para que nuevas necesidades o exigencias humanas puedan abrirse paso con mayor facilidad en lo que a sus posibilidades de reconocimiento y protección se refiere.

Es la idea de dignidad de la persona humana, en todo caso, la que se encuentra a la base de los derechos humanos, puesto que estos derechos tendrían por objetivo primario concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esa idea, esto es, exigencias que no pueden ser omitidas ni soslayadas, sin perjuicio de que el desarrollo histórico experimentado por los derechos humanos, así como una posible ampliación de los alcances y efectos que se atribuyen a la misma noción de digni-

dad de la persona humana, hayan traído como consecuencia el hecho de que no pocas necesidades humanas básicas estén siendo asumidas en nombre de estos mismos derechos, confiriéndoles de ese modo mayores posibilidades de ser satisfechas con eficacia.

A raíz de lo anterior, y valiéndose de expresiones que Herbert Hart utiliza a propósito de las normas, Luis Prieto admite que los derechos humanos presentarían también un *núcleo de certeza* y una *zona de incertidumbre*, porque, en efecto, somos capaces de delimitar un concepto de derechos humanos "susceptible de ser reconocido en nuestra comunidad lingüística y que permitiría desacreditar buena parte de los usos arbitrarios o demagógicos de la expresión"; pero, a la vez, tenemos que reconocer que existe "un área bastante extensa de indeterminación para albergar distintas concepciones que entienden los derechos humanos desde perspectivas ideológicas diferentes".

En cuanto a lo que el autor antes citado llama "núcleo de certeza" de los derechos humanos, constaría él de dos elementos, a saber, que los derechos del hombre son la expresión normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, o sea, el vehículo empleado en los últimos siglos para conducir determinadas aspiraciones humanas importantes, y que, además, tales derechos asumen una función legitimadora del poder, esto es, se presentan como reglas para medir el grado de justificación y aceptabilidad de las distintas formas de organización política. Esto último quiere decir que los derechos humanos constituyen un modelo de convivencia y que, por tanto —como escribe Eusebio Fernández— "el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un derecho que intenten ser aceptados desde el punto de vista moral".

En cuanto a la primera de las dificultades apuntadas para concordar en un concepto de derechos humanos, recordemos que distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre conducen a conceptos no del todo similares de éstos. Sin embargo, no es conveniente exagerar al respecto, puesto que, tal como se dijo antes, siempre subsiste algún núcleo de certeza acerca de qué son estos derechos. Por otra parte, las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, si bien constituyen una dificultad para ajustar un concepto de éstos, presen-

tan, por otro lado, la ventaja de presentarse como distintos modos de argumentar en favor de estos derechos. Esto último quiere decir que las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos podrían ser vistas como distintos modos de argumentar a favor de los mismos.

La fundamentación *iusnaturalista* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *naturales*, esto es, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferirle o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica, conduce a un concepto de los derechos humanos como el que se expresa, por ejemplo, en la Encíclica católica "Pacem in terris", de Juan XXIII, fechada el 11 de abril de 1963. Allí se lee que "en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables". Una idea semejante expresa entre nosotros Jorge Iván Hübner, quien define los derechos humanos como el "conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas que la autoridad pública debe respetar y amparar". Estos atributos —añade el autor— "se fundan en la naturaleza misma de la persona humana, entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, estado civil y situación económica o social".

Por su parte, una fundación *ética* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *morales*, esto es, como expresiones de ciertas exigencias morales básicas y comunes a toda la humanidad, conduce a una definición como la que propone Carlos S. Nino. Dice este autor que los derechos humanos son "los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres".

Una fundamentación *historicista* de los derechos del hombre, que ve a éstos como derechos *históricos*, esto es, como unos derechos que en nombre de su dignidad y de valores como la libertad y la igualdad los hombres han conseguido que sean reconocidos y protegidos gradualmente por los ordenamientos jurídicos en el curso de los dos últimos siglos, conduce a un concepto como el que nos ofrece Dino Pasini. Dice Pasini que estos derechos implican "el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador", y comprenden, por tanto, "no sólo los derechos personales, civiles y políticos, sino también los derechos económicos sociales y culturales".

Por último, una fundamentación *racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *pragmáticos*, esto es, como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos, lleva a una noción de derechos del hombre como la que propone Adela Cortina. Afirma ella que "cualquier discurso práctico, para reclamar sentido y validez, presupone ya lo que yo llamaría unos *derechos pragmáticos* de cuantos se encuentran afectados por las decisiones que en ellas puedan tomarse. Serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndosele el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

El problema del fundamento.— Fundamentar los derechos humanos equivale a ofrecer algún tipo de razón en favor no sólo de la existencia de esta clase de derechos, sino también de su condición de ser derechos *universales*, *absolutos* e *inalienables*. *Universales* en cuanto adscriben a todos los seres humanos sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas; *absolutos* en cuanto no se admite su violación en caso alguno; e *inalienables* en cuanto se

trata de derechos inseparables de la condición de persona y que nadie podría renunciar.

La *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos, para la cual, según vimos, tales derechos son derechos naturales, considera que esta clase de derechos se basan en la naturaleza de la persona humana y que, por lo mismo, son anteriores al Estado y al derecho positivo, los cuales, sin embargo, tienen el deber de reconocerlos y garantizarlos para todos los individuos sin excepción. Por lo mismo, se trataría de derechos de los que cada hombre es titular no por una concesión del Estado o del respectivo ordenamiento jurídico, sino por el simple hecho de ser hombre, de modo que la existencia de los derechos humanos sería *anterior* y a la vez *independiente* de las normas jurídicas positivas que los puedan o no consagrar en un lugar y tiempo determinados.

Esta fundamentación de los derechos humanos supone la existencia de un ordenamiento jurídico natural, anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad y vigencia históricas, y que ese ordenamiento natural —como dice Peces-Barba— sería la “sede de los derechos naturales”. En consecuencia, esta manera de fundamentar los derechos humanos acepta el dualismo *derecho natural-derecho positivo* y entiende que los derechos humanos pertenecen al primero de esos derechos y que no son propiamente una creación del segundo de ellos.

Esta manera de fundamentar los derechos del hombre tiene cuando menos a su favor que estos derechos, en el momento que empieza a hablarse de ellos bajo tal denominación hace poco más de dos siglos, fueron efectivamente considerados como derechos naturales, esto es, como derechos previos al Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos, ya sea que se los considerara como derechos directamente otorgados por Dios o se los entendiera como prerrogativas que se encontrarían inscritas en la naturaleza racional del hombre. Esto es lo que explica las palabras iniciales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la que se afirma que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, o que la Declaración francesa de 1789 hablara de “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, o que

un autor contemporáneo —Antonio Fernández Galiano— sostenga que los “derechos fundamentales son aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.

Es efectivo, en consecuencia, como anota Angel Latorre, que “la idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que puede hacer valer frente a los poderes públicos, es fruto del iusnaturalismo racionalista imperante en Europa en los siglos XVII y XVIII. En el mundo antiguo y medieval la situación jurídica del individuo y los derechos que se le atribuyen dependían de su posición en los diferentes grupos jurídicamente diferenciados que formaban las sociedades de esas épocas”.

Con todo, la circunstancia de que los derechos humanos hayan surgido históricamente como derechos naturales, esto es, que se los haya considerados en tal carácter cuando empieza tanto a hablarse de ellos como a invocárselos en la cultura jurídica y política europea, no valida por sí sola la fundamentación iusnaturalista de los mismos, porque ésta, como toda fundamentación, tiene una pretensión antes filosófica que puramente histórica.

La *fundamentación historicista* de los derechos humanos, para la cual tales derechos son derechos históricos, nos recuerda que los derechos del hombre aparecen bajo ese nombre recién a inicios del mundo moderno y que son consecuencia de un proceso de evolución activado por luchas y movimientos sociales que han traído consigo la consagración de sucesivas generaciones de derechos del hombre, desde los primitivos derechos de autonomía hasta los más recientes derechos de promoción, pasando por los llamados derechos de participación.

La evolución tenida por los derechos humanos quedará de manifiesto cuando poco más adelante analicemos la historia de estos derechos y el proceso de expansión que han experimentado a lo largo de los dos últimos siglos, aunque el núcleo de la fundamentación historicista se encuentra en la afirmación de

que el concepto y la expresión lingüística “derechos del hombre” o “derechos humanos”, por una parte, así como las primeras declaraciones efectivas de estos derechos, por la otra, se producen en un momento histórico determinado —el tránsito de la edad media a la edad moderna—, momento a partir del cual estos derechos han experimentado procesos no sólo de expansión, sino también de generalización, positivación, internacionalización y especificación que los muestran como una realidad dinámica y evolutiva muy distinta a un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana y de las cuales pueda realmente decirse que los hombres han sido titulares en todo tiempo y lugar.

Para esta manera de ver las cosas, el concepto de derechos humanos es *histórico*, como también lo son las declaraciones que les han ido confiriendo una base de sustentación cada vez más objetiva, porque la idea de dignidad de la persona humana, así como los valores de la libertad y la igualdad, sólo se plantean desde la perspectiva de los derechos a partir de un momento histórico dado, a saber, el advenimiento de la modernidad. Como advierte a este respecto Gregorio Peces-Barba, no es que antes se careciera de una idea de la dignidad, de la libertad o de la igualdad, porque ideas semejantes se encuentran ya en el pensamiento de filósofos como Aristóteles, Platón y Santo Tomás, aunque estas ideas “no se unificaban en un concepto como el de derechos humanos”.

En consecuencia, si tanto el concepto, el nombre, las declaraciones que los expresan y la reflexión teórica sobre los mismos tienen una data que se remonta a los siglos XVI y XVII, quiere decir que estamos frente a unos derechos históricos que no se tienen desde siempre ni se descubren de pronto, sino que se conquistan. Esta circunstancia va a quedar suficientemente acreditada cuando más adelante presentemos una breve historia de los derechos humanos, aunque dicha historia mostrará también que antes del tránsito del medioevo a la modernidad es posible identificar algunos antecedentes de lo que a partir de ese instante empezó a configurarse como los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso que Bobbio ha podido decir de los derechos humanos que éstos “nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que

sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consiente nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se contrarrestan con demandas de límites al poder y remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a un abstenerse del Estado, a las segundas los derechos sociales o a un comportamiento positivo del Estado”. En consecuencia, dice todavía Bobbio, las demandas que en relación a los poderes constituidos dirigen los derechos humanos son dos: “impedir maleficios del poder” (derechos de libertad o de la primera generación) u “obtener beneficios del poder” (derechos de igualdad o de la tercera generación), aunque habría que agregar que las demandas son también de participación en el poder, lo cual explica la aparición en un momento histórico dado de los derechos políticos o de la segunda generación.

Sin perjuicio de que más adelante explicaremos cómo se configuraron, sucesivamente, esas tres generaciones de derechos, lo cierto es que, según nos parece, una concepción historicista de los derechos humanos, como la que acabamos de presentar, constituye antes una *explicación* que una *fundamentación* de esta clase de derechos. Si fundamentar los derechos humanos es dar razones no sólo de su existencia, sino también de su valor, la llamada fundamentación historicista sólo explica la aparición y el posterior desarrollo de estos derechos en la cultura política y jurídica del mundo occidental, aunque no da propiamente razones en favor de por qué estos derechos deben estar siempre declarados y suficientemente protegidos.

En cuanto a la *fundamentación ética*, que considera a estos derechos como derechos morales, estima que se trata de derechos vinculados a exigencias de carácter específicamente moral que se consideran inexcusables de una vida digna y para cuyo goce la pertenencia a la especie humana es condición necesaria y también suficiente.

Según esta manera de entender y justificar los derechos humanos, éstos serían previos al Estado y al ordenamiento jurídico que éste produce, aunque no se trataría por ello de derechos naturales, sino, como dice Dworkin, de una especie de “carta de

triunfo" que los hombres tienen frente al Estado, de modo que tales derechos, si bien deben ser reconocidos, protegidos y garantizados por parte del poder político y del derecho, existen sin necesidad de que el Estado y el ordenamiento jurídico los reconozca y ampare efectivamente.

Ello explica que Dworkin afirme que "los hombres tienen derechos morales en contra del Estado", y que Carlos S. Nino diga por su parte que los derechos humanos son aquellos derechos morales que "versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares" y se tienen por todos los hombres. Por su parte, Eusebio Fernández considera que "ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducible de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (para la cual el fundamento estaría en la historia, cambiante y variable) responden, coherentemente a esa pregunta por el fundamento". Cree Fernández, en cambio, que la fundamentación ética contesta a esa misma pregunta en forma más satisfactoria, puesto que hace "hincapié en la presentación de los derechos humanos como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones que la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo".

Para una fundamentación ética de los derechos humanos, el centro de la cuestión, en palabras de Francisco Laporta, es la siguiente: "si aceptamos que tenemos el orden jurídico empírico (nacional o internacional) por un lado, y la moralidad por otro, y que tenemos en el primero derechos *legales* y en la segunda derechos *morales*, ¿dónde situamos los 'derechos humanos'? Y responde enseguida el autor: "si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen 'derechos humanos' aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos", de donde se sigue —en ejemplos que coloca el propio Laporta— que ni el régimen de Pinochet ni el régimen de Franco violaron los derechos humanos, puesto que, bajo uno y otro gobernante, chilenos y españoles no tuvieron derechos humanos o no tuvieron ciertos derechos humanos". Es cierto, agrega, que en ambos casos podríamos apelar a la Declaración "Universal" de las Nacio-

nes Unidas, aunque en tal caso tendríamos que admitir que "el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó los derechos humanos". Por eso, concluye Laporta, es que tenemos que mantener que los derechos humanos "son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconozcan traicionan exigencias morales de gran importancia y *violan* derechos".

Así las cosas, en la fundamentación ética hay un evidente propósito de superar una visión puramente histórica de los derechos del hombre y, a la vez, un intento por no confundirse con la fundamentación iusnaturalista. Sin embargo, la distinción entre "derechos naturales" y "derechos morales", como observa Peces-Barba, no es del todo clara, de modo que la primera de tales fundamentaciones "cumpliría las mismas funciones ideológicas" que la segunda. Esta interpretación del autor español se ve favorecida si se repara en que el propio Dworkin declara que él prefiere evitar la expresión "derechos naturales" sólo "porque para muchas personas tiene asociaciones metafísicas que la descalifican". Esta declaración de Dworkin refuerza la idea de que la introducción de la expresión "derechos morales" se asentaría más bien en consideraciones prácticas de conveniencia que conciernen más al poder de penetración e influencia de esa denominación que a su auténtica claridad y consistencia.

La *fundamentación racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos pragmáticos, procura conjugar dos polos, a saber, el de la *trascendentalidad*, que aparece muy nítido en la fundamentación iusnaturalista, y el de la *historia*, que es por su parte muy visible en la fundamentación historicista.

De este modo, se trata de un esfuerzo por fundamentar los derechos humanos, o sea, de dar razón de ellos de una manera que no acoja sólo uno de esos dos polos, que es lo que ocurriría si se opta por la visión de los derechos del hombre como unos derechos atemporales determinados (fundamentación iusnaturalista) o sólo por aquellos que han recibido una expresión positiva en un contexto histórico dado (fundamentación historicista).

Por lo mismo, "una fundamentación racional adecuada debe conjugar los dos polos que la componen: *trascendentalidad* e *historia*" —escribe Adela Cortina—, y ello "porque las exigencias de

satisfacción de los derechos humanos, aunque sólo en contextos concretos son reconocidos como tales, rebasan en su pretensión cualquier contexto y se presentan como exigencias que cualquier contexto debe satisfacer; mientras que, por otra parte, es claro que sólo en sociedades con un desarrollo moral determinado y con unas peculiaridades jurídicas y políticas son de hecho reconocidas”.

La autora recién citada, basándose en la ética discursiva de Habermas, según la cual “la ética discursiva no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un *procedimiento* lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio”, sostiene que la fundamentación racional que propone “posibilita una mediación entre *trascendentalidad* e *historia*”. Aclara, asimismo, que la noción de racionalidad que ella utiliza es la *racionalidad discursiva*, tal como ésta se muestra en el pensamiento de Habermas y Apel, y concluye diciendo lo siguiente: “serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndole el ejercicio de alguno de los derechos anteriores”.

Para concluir ya con esta parte relativa a las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos, quisiéramos precisar lo siguiente:

1. Fundamentar es una acción que puede significar dos cosas distintas: dar razón de algo u ofrecer para algo una base de sustentación cierta y absoluta.

Por lo mismo, la fundamentación historicista de los derechos humanos no sería propiamente una *fundamentación*, sino una *explicación* acerca de cómo surgen y se desarrolla esta clase de derechos, o, en el mejor de los casos, constituiría una fundamentación *débil* en el sentido de dar alguna razón acerca de ellos. Por su parte, la fundamentación ética y la racional serían auténticas fundamentaciones en cuanto procuran dar razones *fuertes* acerca de esta clase de derechos. Por último, la fundamentación iusnaturalista sería también un modo de fundamentar los derechos humanos, mas no ya en el sentido de dar razón de éstos, sino en el sentido de ofrecer una base de sustentación absoluta, cierta e irresistible

para esta clase de derechos. Sería, por lo mismo, una fundamentación *fortísima*.

Por lo mismo, tiene razón Rober Alexi cuando nos dice que “sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente”. Así, “las teorías históricas explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas se ocupan de su fundamentación y las teorías sociales de la función de los derechos fundamentales en el sistema social”.

Sin embargo, profundizando en las dificultades de ofrecer un fundamento absoluto para los derechos humanos, Bobbio advierte que “no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo”. Y, no obstante, “este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes, por ejemplo, que llamaba “teoremas” a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado”.

2. Las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, no obstante las diferencias que reconocen entre sí y las adhesiones que cada una de ellas suscita en los diversos autores, podrían ser todas valoradas si se las observa como distintos modos de argumentar en favor de esta clase de derechos.

3. Tal vez sea difícil ofrecer un fundamento único y común para un conjunto de así llamados “derechos” humanos a cuyo interior coexisten auténticos derechos en sentido subjetivo, junto a bienes, principios generales, y a simples aspiraciones de carácter colectivo.

4. Otra dificultad en orden a ofrecer un fundamento único y común para los derechos humanos se produce por el hecho

de que el proceso de expansión experimentado por esta clase de derechos ha ido introduciendo nuevas y distintas generaciones de derechos. Tampoco puede decirse que ese proceso de expansión esté ya agotado, de modo que nuevas generaciones de derechos podrían pasar a engrosar mañana el actual catálogo de derechos fundamentales. Como dice Bobbio, "el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc."

5. Habría que rescatar el punto de vista de Dworkin cuando el autor norteamericano declara que sus argumentaciones en apoyo de los derechos humanos constituyen sólo "uno de los fundamentos posibles para los derechos", de donde se sigue que la diversidad de derechos individuales "deja margen para que haya diferentes clases de discursos". Por lo mismo, ni los derechos que Dworkin califica como derechos humanos, esto es, como derechos morales, ni tampoco el método que él utiliza al respecto, según propias palabras del autor norteamericano, "tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación".

Así las cosas, uno podría tomarse los derechos en serio, como propone el mismo Dworkin, tanto si adopta una u otra de las distintas maneras que hay para fundamentarlos. La seriedad en punto a los derechos humanos sería algo que tiene que ver antes con las demandas que seamos capaces de dirigir para la debida consagración, garantía y promoción de estos derechos que con la adscripción a una u otra de las determinadas doctrinas o puntos de vista acerca de la fundamentación de estos derechos.

6. Establecidas las dificultades que existen para ofrecer una fundamentación compartida de los derechos humanos, lo más importante "no es basarlos, sino protegerlos", como dice Bobbio, puesto que "una demostración suficiente de su importancia en la sociedad actual se basa en el hecho de que no ya tal o cual Estado, sino que todos los Estados existentes, han declarado de común acuerdo, empezando por la Declaración Universal de 1948 y paulatinamente por numerosas declaraciones que vinieron posteriormente y que siguen produciéndose, que hay

derechos fundamentales y que hemos además propuesto una extensa relación de los mismos".

2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.

La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución.— El surgimiento de la idea de los derechos humanos, la reflexión teórica sobre los mismos y las primeras manifestaciones de esta clase de derechos en documentos y declaraciones de diversa naturaleza jurídica y política, son hechos históricos que acaecieron a partir de un momento dado y que han ido luego sucediéndose de algún modo hasta nuestros días. Ese momento puede ser situado en el tránsito de la edad media a la modernidad.

Lo anterior no significa que las ideas de dignidad del hombre, de libertad y de igualdad no existieran antes, aunque es a partir del momento antes indicado que tales ideas se expresan en la noción de unos derechos de que los hombres estarían dotados universalmente. Si lo nuevo se teje en lo viejo, lo cierto es también que lo nuevo se forma muchas veces gracias a la "ruptura y contraposición con lo viejo". Por lo mismo, como señala Gregorio Peces-Barba, "la idea de dignidad humana, de libertad y de igualdad se encuentran ya en la cultura precedente, pero serán necesarias situaciones nuevas para que los hombres a partir del renacimiento las empiecen a pensar desde un nuevo concepto: los derechos fundamentales".

Como advierte el propio autor español, tres son los puntos de vista históricos para entender la aparición y el posterior desarrollo de esta clase de derechos: el *contexto económico, social y cultural de su aparición*; los *ámbitos de su génesis histórica*; y los *rasgos generales de su evolución política* desde el momento en que se incorporan por primera vez al derecho positivo, con la revolución liberal en el siglo XVII, en Gran Bretaña, y en el siglo

XVIII en las colonias inglesas de Norteamérica y en la Francia de 1789.

En cuanto al *primero* de esos puntos de vista, lo que el mencionado autor denomina "tránsito a la modernidad" es un "período profundamente transformador, donde muchas estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen y otras se adaptan y sobreviven".

En lo económico, surge un nuevo sistema, que en su evolución posterior "será el sistema capitalista". En lo social se configura la burguesía como una clase "individualista y en ascenso", que contrasta con "el enmarcamiento de los hombres en gremios y corporaciones, propio de la edad media". En lo político, "las estructuras plurales del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder, racional, centralizado y burocrático que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza".

Dadas esas tres nuevas condiciones, los derechos humanos aparecen inicialmente como una manera tanto de limitar el poder del Estado como de expandir el protagonismo social y la actividad económica de la burguesía, confiriéndole a tales derechos el carácter de naturales, con lo cual se reforzaban, las propiedades de absolutos, perentorios e irrenunciables que desde entonces se postulan para esta clase de derechos.

En cuanto al *segundo* de los puntos de vista antes señalado, los ámbitos en que surgen los derechos humanos son tres: el debate sobre la tolerancia, el debate sobre los límites del poder y el debate sobre la humanización del derecho en el campo procesal penal.

El debate sobre la tolerancia se produce como resultado de la ruptura de la unidad religiosa que existió en Europa hasta la aparición del protestantismo. Como esa ruptura perjudicaba el proyecto de estados nacionales fuertes y centralizados, se ensayaron distintos caminos con el propósito de reponer la unidad religiosa perdida: los llamados "coloquios", que reunían a expertos en los distintos credos religiosos en pugna; la aplicación del principio de que cada nación debía seguir la religión de su gobernante; y las guerras de religión, o sea, el enfrentamiento armado entre quienes tenían creencias religiosas dispares.

Ninguno de tales caminos resultó adecuado para el fin que se perseguía, aunque el primero de ellos —los coloquios— abrieron una senda que pudo ser retomada una vez que las guerras

de religión fracasaron en el intento de imponer la hegemonía de un credo religioso sobre otro. En efecto, agotado el camino del enfrentamiento armado por motivos de índole religiosa, "empiezan a aparecer doctrinas que defienden el respeto a la conciencia y el derecho individual a adorar a Dios de acuerdo con los criterios de cada uno, sin intervención del poder en tales materias". En palabras nuevamente de Gregorio Peces-Barba, "la defensa de la tolerancia se produce al negar al poder competencia para decidir y para intervenir en materia de fe. En ese ámbito, la iniciativa corresponde al individuo: el poder está limitado y no puede ejercer la fuerza para orientar la conciencia de cada uno". Este "será el primer paso para la protección de un ámbito de autonomía para la conciencia, para el pensamiento y después para la opinión y para sus formas de expresión".

La *idea de tolerancia religiosa*, como simple aceptación de la existencia de credos distintos que proponen diferentes maneras de reconocer y adorar a Dios, abrió así paso a la *idea de libertad religiosa*, esto es, a la aceptación de que corresponde a cada individuo decidir cuál religión profesar o si acaso debe profesar alguna, mientras que la idea de libertad religiosa abrió curso a la más amplia *libertad de conciencia*, o sea, al reconocimiento de la autonomía de cada sujeto para formarse sus propias creencias en materia no sólo religiosa, sino también morales y de cualquier otro orden. Esta secuencia, si bien correcta desde un punto de vista *histórico*, se invierte si se la mira desde un punto de vista *conceptual*, puesto que, en este último terreno, es la aceptación de la libertad de conciencia la que conduce a la aceptación, entre otras, de la libertad religiosa, en tanto que la libertad religiosa es la que exige de todos una tolerancia en este tipo de materias.

La idea de tolerancia penetraría también en el campo de las ideas y convicciones políticas, o sea, se admitirá también que las personas son libres para formarse sus propias ideas acerca de cómo organizar y ejercer el gobierno de la sociedad.

La tolerancia, en un sentido *pasivo* del término, esto es, como mera aceptación de creencias distintas que reprobamos en cualquiera de esos campos (religioso, moral y político) es una virtud, o sea, una práctica efectiva que casi nadie se atreve ya a impugnar abiertamente. Sin embargo, se abre paso ahora, dificultosamente, una tolerancia *activa*, que consiste no sólo en la

resignación a aceptar la existencia de creencias distintas que reprobamos, sino en aproximarnos a quienes sustentan tales creencias, en entrar en diálogo con ellos, en aprender eventualmente de quienes las profesan, y en manifestarnos dispuestos a corregir nuestros propios puntos de vista como resultado de un diálogo semejante.

h. En cuanto al debate sobre los límites del poder, éste se produjo como consecuencia de la secularización tanto de las teorías justificatorias del poder como de las concretas relaciones de poder entre gobernantes y gobernados. Se abandona la justificación teológica del poder y se adoptan otras de carácter consensual, esto es, se desplaza a Dios como el origen del poder político de los gobernantes y se coloca en su lugar la idea de un pacto o convención en virtud de la cual los ciudadanos delegan en sus autoridades el ejercicio de la soberanía y limitan a la vez el poder de los gobernantes. Todo esto, como se comprende, sólo pudo ser hecho en nombre de "unos derechos naturales, previos al poder y que éste debe respetar".

i. Por último, se produce también un movimiento por la humanización del derecho penal, de los procedimientos judiciales y de los tipos y modos de ejecución de las penas. Este movimiento, como afirma Peces-Barba, es "propriadamente una dimensión particular de la lucha por la limitación del poder, como lo es también el problema de la tolerancia, aunque se trató de un movimiento que tuvo su dinámica propia, con independencia de sus conexiones últimas con lo que hemos denominado lucha por los límites del poder".

Como parte de este movimiento, se empiezan a abrir paso ideas como la de la independencia de los tribunales; las garantías de los procesados; la distinción entre infracción a deberes religiosos y morales y la infracción a deberes propiadamente jurídicos; la impugnación de la tortura como medio para obtener pruebas en un juicio; la impugnación, asimismo, de castigos físicos innecesarios a quienes hayan sido condenados en un proceso penal; la certidumbre de las penas que deban aplicarse a los responsables de los delitos y la proporción que aquéllas deben guardar con la gravedad de éstos. Por otra parte, este movimiento encarnó en autores como Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, y Voltaire, y aparece reflejado nítidamente en el Acta de Habeas Corpus, de 1679, en la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1791.

Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre.— Sobre las bases que hemos explicado precedentemente, se pueden entender mejor los cinco procesos de carácter histórico por los que han pasado los derechos humanos, a saber, *positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación*, aunque antes de pasar a explicar cada uno de esos procesos conviene detenerse en la presentación de los principales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos que han ido dando expresión y sustentación a los derechos humanos, primero en el derecho interno de los Estados y luego en el derecho internacional.

Un buen texto de recopilación de tales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos es *Derecho positivo de los derechos humanos*, de Gregorio Peces-Barba, Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas. En esta obra, como dicen sus autores, se presentan, ordenan y reproducen los "instrumentos que, a lo largo de la historia de la cultura jurídica y política, han configurado una conquista de la moralidad humana en el plano de la convivencia civil, núcleo esencial de la sociedad democrática". Por lo demás, el libro incluye textos que van desde la "prehistoria de los derechos humanos hasta su regulación internacional en nuestros días".

En cuanto a dicha *prehistoria*, ella está constituida por documentos anteriores al tránsito a la modernidad y, por lo mismo, no se trata propiadamente de textos de derechos humanos, aunque sí de antecedentes remotos o próximos de éstos, según los casos.

Entre tales documentos, cabe mencionar desde un libro del Antiguo Testamento, como el Deuteronomio, hasta la Pragmática de los Reyes Católicos, en España, que declaró la libertad de residencia (1480), pasando por el VI y VIII Concilio de Toledo (años 638 y 653), la Carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Tudela (1119), los Decretos de la Curia de León (1188), la Carta Magna inglesa (1215), las Disposiciones de Oxford (1258) y la Constitución Neminen Captivabimus (1430).

Así, en el Deuteronomio, por ejemplo, se lee "No entregarás a su amo un esclavo que se haya refugiado en tu casa"; y "Nunca dejará de haber pobres sobre la tierra; por eso te doy este mandato: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra".

En cuanto al VI Concilio de Toledo (638), declaró que "es justo que la vida de los inocentes no sea manchada por la malicia de los acusadores, y, por tanto, nadie que esté acusado por otro será entregado al suplicio hasta que el acusador se presente y se examinen las normas de las leyes y de los cánones". Por su parte, el VIII Concilio (563), llamó a "que ninguno de los reyes, por propio impulso o por cualesquiera coacciones o fuerzas, altere o haga que se alteren en su favor las escrituras de cualesquiera cosas que se deban a otro, de manera que pueda ser privado injustamente, contra su voluntad, del dominio de las cosas".

La Carta del Rey Alfonso I de Aragón (1119) buscó proteger a los moros de Tudela y dijo que "el que quisiere salir o ir de Tudela a tierra de moros, o a otra tierra de moros o a otra tierra, que sea libre y vaya con seguridad con las mujeres y los hijos y con todo su haber, por agua o por tierra, a la hora que quisiere, de día o de noche".

Por medio de los Decretos de la Curia de León (1188), el Rey Alfonso de León y Galicia, declarando que lo hacía ante "todos los de mi reino", se comprometió a "cumplir las leyes que están establecidas por mis predecesores", juró "que ni yo ni nadie entrará en la casa de otro por la fuerza, ni hará ningún daño en ella o en su heredad", y confirmó que si se "denegare justicia al demandante o se la rechazare maliciosamente, podrá éste tomar testigos por cuyo testimonio conste la verdad y obligar al que denegó justicia a indemnizar al demandante".

Un texto de gran importancia entre los antecedentes de las modernas declaraciones de derechos del hombre lo constituyó la Carta Magna inglesa, que el Rey Juan Sin Tierra otorgó en 1215 luego de que la nobleza, unida con el clero y los comerciantes, formare un ejército de mil hombres montados a caballo para oponerse a la corona, circunstancia esta última que muestra cómo los derechos humanos no siempre han sido propiamente reconocidos u otorgados, sino conquistados, y en cierto modo arrancados, a quienes tenían en un momento dado el poder dentro de la sociedad.

En la Carta Magna se declaró la libertad de la Iglesia de Inglaterra y se otorgó, asimismo, un conjunto de libertades "a todos los hombres libres de nuestro reino, para que las posean y las guarden para ellos y sus sucesores". A la vez, se dijo que el monarca ni ninguno de sus funcionarios incautaría "ninguna tierra ni renta para el pago de una deuda mientras el deudor tenga bienes suficientes para pagarla"; que "por un delito leve un hombre libre sólo será castigado en proporción al grado del delito, y por un delito grave también en la proporción correspondiente"; y que "ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país".

Por su lado, las Disposiciones de Oxford (1258) fijaron condiciones precisas para servir el cargo de *sheriff* (administrador ejecutivo de un condado), y establecieron un Tribunal del Condado "para recibir todas las demandas a los daños y perjuicios que hubieran sido causados por los *sheriffs*".

Por medio de la Constitución *Neminem Captivabimus* (1430), el Rey Wladislav Jagiello, de Polonia, juró "no castigar nunca a un noble de ninguna forma cualquiera que sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los tribunales de justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los jueces de su propia provincia".

Finalmente, la Pragmática de los Reyes Católicos (1480), ordenó a todas las autoridades que permitieran vivir a las personas en las ciudades y villas que éstas quisieran, que les permitieran desplazarse a otras villas y ciudades, y que no les perturbaren en sus acciones destinadas a vender o a arrendar los bienes raíces de que fueran propietarios.

✱ Llama la atención que los textos que hemos mencionado reconozcan derechos con miras únicamente a limitar el poder de los monarcas y, además, que el reconocimiento de los derechos se circunscriba a determinados segmentos o estamentos de la sociedad.

Si pasamos ahora a la *historia* propiamente tal de los derechos humanos, los textos respectivos proliferan a partir del si-

glo XVI en adelante. Por lo mismo, nos limitaremos a mencionar los que nos parecen más importantes.

El Edicto de Nantes, dado por Enrique IV en 1598 y que fue registrado por el Parlamento de París un año más tarde, puso término a casi medio siglo de guerras religiosas, reguló las condiciones y límites del culto protestante, y declaró que "todos los que hacen o hagan profesión de la dicha Religión Reformada son capaces de obtener todos los estados, dignidades, oficios y cargos públicos de cualquier tipo".

La Petición de Derechos, de 1628, emanada del Parlamento inglés, declaró que "de aquí en adelante nadie será obligado a entregar préstamos al Rey contra su voluntad; que nadie será gravado con ninguna carga o exacción a título de donación, ni por ningún otro tipo de cargas", de modo que nadie puede ser obligado "a contribuir con ningún impuesto, crédito u otra carga no aprobada por el Parlamento; y que "ningún hombre libre será arrestado o encarcelado, o será obstaculizado en el ejercicio de sus libertades o de sus costumbres, o será proscrito o desterrado, ni sancionado de ninguna forma, sino conforme a un juicio legal formado por sus pares o según el derecho de su tierra".

El Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts, otorgado por el Rey Carlos II en 1629 a los primeros colonos de Norteamérica, concedió a éstos un conjunto de poderes y es considerado como el primer catálogo norteamericano de derechos humanos. Se trata de un texto bastante completo, dotado de un preámbulo y de un conjunto de normas sobre derechos y libertades relativas a procedimientos judiciales, sobre libertades generales y sobre libertades particulares de mujeres, niños, siervos y forasteros, parte esta última donde el texto anticipa lo que hoy conocemos como proceso de *especificación* de los derechos humanos.

En cuanto a la célebre Acta de Habeas Corpus, de 1679, fue acordada también en Inglaterra y tuvo su origen en el encarcelamiento arbitrario de que había sido objeto un grupo de opositores políticos al Rey Carlos II. Precisamente, el habeas corpus es un procedimiento que se lleva a cabo ante un juez para poner término a la detención o prisión arbitraria de una persona.

El Acta de Habeas Corpus, de especial importancia en la historia de los derechos humanos, vuelve a ser un documento que no es fruto de la sola inspiración de sus autores, sino que lo es,

ante todo, de determinadas circunstancias de hecho lesivas para la libertad, a las que en un momento dado se decide enfrentar y poner término.

En efecto, el Acta en referencia se inicia con la denuncia de que alguaciles y carceleros, a quienes se ha confiado la custodia de algún detenido por asuntos criminales, suelen eludir los mandamientos de habeas corpus que se les dirigen, o sea, acostumbran desoír o retardar las órdenes que se les dan para no retener por más tiempo a una persona y presentarla ante el juez encargado de verificar la legalidad de su detención. Por lo mismo, el Acta establece la obligación de tales funcionarios en orden a que, en el mismo momento en que sean requeridos para ello, "lleven o manden llevar la persona detenida o encarcelada ante el Lord Canciller o el Lord Depositario del Gran Sello de Inglaterra", o "ante los jueces o barones del referido tribunal que haya emitido el habeas corpus", debiendo además "certificar las verdaderas causas de la detención o prisión".

Por lo tanto, en sus orígenes el Habeas Corpus no tuvo por finalidad obtener la inmediata libertad de un detenido, sino asegurar la presencia física del detenido ante el tribunal correspondiente, esto es, tuvo por finalidad asegurar un juicio pronto a las personas que sea veían privadas de libertad.

El Bill of Rights, o Declaración de Derechos, de 1688, se originó también en un hecho político concreto, en este caso la proclamación como reyes de Inglaterra de Guillermo de Orange y de su esposa María, quienes habían destronado al rey Jacobo II. La Declaración, preparada en el Parlamento, fue presentada a los nuevos monarcas en la misma fecha en que iban a ser proclamados reyes, de modo que la aceptación de la Declaración por parte de éstos constituyó una auténtica condición para hacerse de la corona.

La Declaración, invocando en su comienzo las arbitrariedades de Jacobo II, y como una manera de precaverse de que éstas pudieran repetirse en el futuro, reivindicó "antiguos derechos y libertades", y declaró, entre otras cosas, que "el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal"; que "la exacción de tributos en dinero por o para el uso de la Corona, sin permiso del Parlamento, es ilegal"; que "es derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey y que todo encarcelamiento

basado en tal petición es ilegal"; y que "la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre".

Trasladándonos ahora a Norteamérica, en 1776, un mes antes de la Declaración de Independencia, encontramos la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que afirmó la existencia de "ciertos derechos innatos" que tienen "todos los hombres", de los cuales, una vez que los hombres "entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto". Además, este documento afirmó que "todo poder es inherente al pueblo y procede de él"; que "los magistrados son mandatarios del pueblo y sus servidores, y, en cualquier momento, responsables ante él"; que "los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados"; y que "la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despoticos".

En cuanto a la propia Declaración de Independencia de los Estados Unidos, cabe destacar sus expresiones iniciales: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios".

Cabe señalar que esta Declaración de Independencia no incluyó una declaración explícita de derechos, como tampoco lo hizo la Constitución de 1787, lo cual explica que algunos años después, en 1791, se aprobaran diez enmiendas a la Constitución, las cuales jugaron precisamente ese papel. Quizás si la principal de esas enmiendas sea la primera de ellas, que declaró lo siguiente: "El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios".

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es posterior en trece años a la Declaración de Independencia

de los Estados Unidos. La Asamblea Nacional la aprobó el 26 de agosto de 1789 y el Rey Luis XVI la aceptó en octubre del mismo año. Sin perjuicio de la influencia que tuvo en ella la obra de autores como Rousseau y Montesquieu, es un hecho cierto que en sus redactores influyeron también los textos norteamericanos señalados previamente.

En la Declaración de 1789 se reitera que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos", que "la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", y que "el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación", de modo que "ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella". Añadió, asimismo, que "la ley es la expresión de la voluntad general" y que "todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ha ejercido hasta hoy una poderosa influencia, aunque no consagró el derecho de asociación y restringió el derecho de sufragio a los propietarios. Sin embargo, sus redactores avizoraron la importancia de que los derechos humanos tuvieran una consagración efectiva en el derecho positivo, especialmente a nivel constitucional, no obstante considerarlos derechos naturales. Así, en el Art. 16 de la Declaración se estableció que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

En lo que concierne ahora al siglo XIX, otros textos de importancia para la historia de los derechos humanos fueron la Constitución Política de la Monarquía española, de 1812; la Constitución belga de 1831; la Constitución francesa de 1848; tres nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, que fueron aprobadas entre 1865 y 1870; y la Constitución española de 1876.

En el siglo XX, antes de las decisivas Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fines del mismo año, cabe mencionar la Constitución mexicana de 1917; la Constitución alemana de 1919; nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, entre las que se cuenta el reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres, en

1920; la Constitución de la República española de 1931; y la Constitución italiana de 1947.

Se trata de textos cada vez más completos, en los que se van reflejando gradualmente no sólo el proceso de *positivación* de los derechos a nivel del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino también los procesos de *generalización* y de *expansión* que analizaremos más adelante.

En cuanto a la *internacionalización* de los mismos derechos, se trata de un proceso, como también analizaremos más adelante, que tiene lugar sólo a partir de la mitad del siglo XX, y cuyas primeras manifestaciones fueron, en ese mismo orden, la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948.

La primera de esas dos declaraciones fue producto de la IX Conferencia Panamericana que se celebró en Bogotá a inicios de 1948, ocasión en la que se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En esta misma Declaración, su preámbulo, tal como lo habían insinuado algunos documentos anteriores de carácter interno o estatal en la historia de los derechos humanos, propugna una articulación entre derechos y deberes, lo cual se ve reflejado luego en que su capítulo primero trata precisamente de los derechos, en tanto que el segundo y último desarrolla lo concerniente a los deberes.

En el mencionado capítulo primero, junto a la consagración de la igualdad ante la ley y de las libertades de conciencia y de expresión, se mencionan un conjunto de derechos de carácter social, por ejemplo, a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la seguridad social, a la participación en la vida cultural, todos los cuales no importan límites al poder político sino compromisos que deben asumir quienes ejercen el poder para mejorar las condiciones materiales de vida de las personas.

En el capítulo relativo a los deberes, la Declaración menciona, entre otros, el de "obedecer a la ley", el de "adquirir a lo menos la instrucción primaria", el de "votar en las elecciones populares", y el de "cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con las posibilidades y las circunstancias de cada cual".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no estableció órganos ni mecanismos destinados a controlar el cumplimiento de la misma en el ámbito propiamente

internacional, aunque reconoció en su Art. 18 que "toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos", debiendo "disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Esta Declaración constituyó la primera pieza de lo que puede considerarse el sistema internacional de derechos humanos en el ámbito regional americano, y a ella siguieron luego otros documentos de importancia, a saber, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Convención Interamericana de Derechos Civiles de la Mujer. En 1965 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en 1970 se suscribió la Convención Americana que retoma la distinción entre derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y que establece dos órganos competentes para conocer de "los asuntos relacionados con los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención", a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, tuvo también un carácter declarativo y no propiamente el de un pacto internacional vinculante. Pero si bien no creó obligaciones legales a los Estados que la suscribieron, lo cierto es que constituye un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, puesto que junto con marcar en cierto modo el inicio del proceso de internacionalización de los mismos, influyó en numerosas constituciones, posteriores a ella, a nivel del derecho interno de los Estados. Con todo, es preciso aclarar que la opinión prácticamente unánime de los actuales tratadistas sobre el tema, es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha pasado a ser vinculante tanto por vía consuetudinaria como porque recoge o consagra normas llamadas de *jus cogens*, esto es, normas imperativas del derecho internacional.

Su Preámbulo, en una manifiesta alusión a los horrores de la segunda guerra mundial, advierte acerca de que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la

humanidad". Por otra parte, en otro de sus razonamientos consideró "esencial que los derechos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Por lo mismo, tiene razón Bobbio cuando apunta que "la Declaración Universal representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre".

En cuanto a su contenido, la Declaración consta de 30 artículos y un estudio particularizado de ella permite advertir como los derechos individuales, que se asientan en el valor de la *libertad*, ocupan la mayor parte del texto (Arts. 3 al 20), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, que se fundan en la idea de *igualdad*, son tratados apenas en tres artículos (22 al 25). Por su parte, y en lo que concierne a los derechos políticos o de participación, aparecen tratados en el Art. 21.

Por su lado, el Art. 28 da un claro impulso a la internacionalización de los derechos, al declarar que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", en tanto que el Art. 30 y final dice que "nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

Dos años más tarde, en 1950, en el ámbito regional europeo se da otro paso importante para la internacionalización de los derechos, al firmarse en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Se trata ya de un auténtico tratado internacional que establece obligaciones para los Estados en orden a introducir en sus respectivos derechos internos las modificaciones que permitan adoptar las normas e instituciones de éstos a lo dispuesto por el Convenio. Como escriben los autores del libro "Derecho positivo de los derechos humanos", no se trata de "un texto que sustituya a la protección de los derechos en los sistemas jurídicos nacionales, sino una garantía internacional de los mismos en el ámbito euro-

peo". Tocante a los destinatarios del Convenio, "no son sólo los ciudadanos de los Estados que lo han ratificado, sino que se extiende a cualquier persona que resida o que, simplemente, se encuentre en el país". Por otra parte, "es importante señalar que el Convenio establece, por primera vez, a la persona como sujeto del Derecho Internacional, al permitir las demandas individuales, siempre que un Estado del que depende el litigante haya declarado aceptar el procedimiento de ese recurso por las denuncias de personas que se consideren víctimas de una violación de sus derechos fundamentales". Todo ello explica, en fin, que este Convenio haya creado la Comisión Europea de Derechos Humanos, y, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

✧ Como inicio del proceso de especificación de los derechos fundamentales, cabe mencionar ahora distintas convenciones y declaraciones que adoptó la Organización de las Naciones Unidas respecto de la mujer, en 1952 y 1967, así como respecto del niño, en 1959. Respecto de la mujer, las convenciones se refirieron, en ese orden, a sus derechos políticos, a la nacionalidad de la mujer casada y a la eliminación de la discriminación contra la mujer. Tratándose del niño, la Declaración correspondiente parte de la base de que, sin perjuicio de los derechos que se reconocen a toda la especie humana sin distinción, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

✧ Respecto siempre de la mujer y del niño, la especificación de sus derechos se consolida en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, y en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

Siempre en el ámbito de las decisiones de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, permitieron superar el carácter meramente declarativo que tuvo la Declaración Universal de 1948. Su misma denominación ("pactos") indica su finalidad de convenios presentados a la firma y ratificación de los Estados que entrarían en vigor cuando hayan sido firmados por 35 países miembros de la Organización.

Ambos pactos, como sus respectivas denominaciones lo indican, tratan de las libertades civiles y políticas, y de los dere-

chos económicos, sociales y culturales, reconociendo que tanto aquéllas como éstos son indispensables para realizar "el ideal de ser humano libre", por lo cual es necesario "que se creen las condiciones que permitan a cada persona" gozar tanto de unas como de otras. En el fondo, según nos parece, una declaración como esa refuerza no sólo la idea de que hay distintas clases o generaciones de derechos del hombre, todas indispensables, sino que el valor de la libertad, que está a la base de las dos primeras generaciones, precisa para su efectiva realización de una cierta igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas, igualdad a la que apuntan los derechos económicos, sociales y culturales, o de tercera generación, puesto que para personas que desde el punto de vista material padecen condiciones de vida miserables se torna completamente ilusorio y vacío el disfrute y ejercicio de las libertades.

Con posterioridad a 1966, concretamente en mayo de 1985, el Consejo Económico Social de la ONU emitió la resolución que establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de vigilar la aplicación del pacto del mismo nombre. Por su parte, en 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó el segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En 1990, la misma Asamblea General aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

En 1992 se aprueban dos declaraciones de importancia, una sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y otra sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Un paso muy importante en materia de jurisdicción internacional de los derechos humanos lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Internacional, de julio de 1998, que asume que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto o deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia", y que, además, recuerda en su preámbulo que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Sobre bases como las antes indicadas, el Estatuto de Roma establece una Corte Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas "que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", aunque, a la vez, se establece que "la Corte Penal Internacional será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

En cuanto a la competencia de la Corte, ella se limita a los crímenes más graves de trascendencia internacional, como es el caso del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cabe señalar, asimismo, que el Estatuto de Roma establece cuáles son los actos constitutivos de genocidio, qué se entenderá por crímenes de lesa humanidad, y qué por crímenes de guerra.

Respecto de lo primero, se establece que se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por "crimen de lesa humanidad" se entiende cualquiera de los siguientes actos cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación; tortura; desaparición forzada de personas; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia; y el crimen de *apartheid*.

En cuanto a los "crímenes de guerra", se entiende un conjunto importante de actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra, de 1949, tales como matar intencionalmente; someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; obligar a un prisionero de guerra a prestar servicios en las fuerzas

de una potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; y tomar rehenes.

Por último, el propio Estatuto de Roma declara que entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se desposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.— El desarrollo histórico tenido por los derechos humanos permite identificar distintos procesos por los que estos derechos han pasado desde que fueron declarados e introducidos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho internacional.

El primero de esos procesos, llamado de *positivación*, es aquél en virtud del cual los derechos del hombre, al margen de la discusión filosófica acerca de si son derechos naturales, derechos morales, derechos históricos o derechos de carácter pragmático, se han ido de hecho incorporando progresivamente al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones de éstos. Este proceso, como es evidente, ha venido a suministrar a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, ha favorecido también su mayor efectividad.

Tal como mostramos en el apartado anterior, este proceso comienza propiamente en el siglo XVII y se desarrolla fuertemente en los siglos siguientes, hasta el punto de que hoy todos los Estados democráticos consagran los derechos fundamentales en un capítulo destacado de su ley constitucional, como también en otras clases de leyes, de inferior jerarquía a la Constitución, que desarrollan luego los preceptos constitucionales sobre la materia.

Anteriores o no al derecho positivo, superiores o no a ese mismo derecho, configurados o no antes que en el derecho positivo en algún posible derecho natural o en exigencias éticas que se consideran insoslayables, lo cierto es que los derechos humanos, como resultado del proceso que estamos analizando, se han incorporado al derecho interno de los Estados, lo cual, junto al proceso de internacionalización del que trataremos más

adelante, permite que podamos hablar con propiedad de un auténtico *derecho positivo de los derechos humanos*.

La base que presta hoy el derecho positivo a los derechos humanos no nos responde a la cuestión de *qué son* estos derechos, pero sí a la de *cuáles son*. No resuelve tampoco la discusión acerca de la fundamentación de esta clase de derechos, pero permite argumentar en su favor desde una cierta realidad objetiva —el propio derecho positivo— que todos pueden reconocer y admitir. Dicha base, por último, tampoco disuelve la paradoja de que los derechos humanos hayan aparecido históricamente como derechos naturales, pero, a la vez, resulta evidente que ella produce mejores resultados en cuanto a la eficacia de las reclamaciones en favor de la protección y garantía de los derechos.

“Recién con su ‘positivización’ por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible —expresa Eugenio Bulygin—, en una especie de realidad, aun cuando esa ‘realidad’ sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales”.

No es poco, en consecuencia, lo que los derechos humanos han ganado con su incorporación progresiva al derecho positivo, sin perjuicio de que se mantengan en pie muchas interrogantes acerca de tales derechos y que este proceso de positivación no puede ni pretende responder por sí solo.

El mismo autor antes citado, como parte de su crítica a la doctrina de los derechos humanos como “derechos morales”, y como expresión también de la importancia que atribuye al proceso de positivación de los derechos, escribe lo siguiente: “Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque, podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra. Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles,

sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución".

Por *generalización* de los derechos humanos se entiende el proceso en virtud del cual estos derechos han llegado a pertenecer a todos los hombres, por el solo hecho de ser tales, esto es, sin distinción de raza, color, sexo, posición social o económica, ideas políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otro orden.

Como dijimos en su momento, lo nuevo se teje en lo viejo y, en cierto modo también, en contra de lo viejo. Los derechos humanos son un producto de la modernidad, aunque es posible hallar, antes de ese momento, antecedentes de importancia en textos y documentos como los que analizamos al presentar la historia de los derechos del hombre, en especial textos y documentos medievales como los Decretos de la Curia de León y la Carta Magna inglesa. Pero esos textos y documentos tenían la característica de ser estamentales, como lo era también la propia sociedad del momento, y, en consecuencia, reconocieron ciertos derechos y prerrogativas únicamente a determinados segmentos de la población, quedando al margen de ellos los restantes. Ni siquiera la revolución francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano reconocieron a todos los hombres el derecho de sufragio, sino que con su distinción entre ciudadanos activos y pasivos —una distinción basada únicamente en el patrimonio de las personas— radicó sólo en los primeros la titularidad de este derecho político fundamental. "Frente a los privilegios medievales, con destinatarios específicos, como los nobles, los miembros de un gremio o corporación, o los vecinos de una ciudad —escribe Peces-Barba—, los derechos humanos en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios *genéricos*, los *hombres* y los *ciudadanos*", todo lo cual es expresivo de una deseada igualdad ante la ley.

La generalización de los derechos humanos ha sido posible gracias a la idea de que se trata de derechos universales, con lo cual queremos decir que la generación o extensión de esta clase de derechos se ha visto favorecida en los hechos porque tan-

to en el plano conceptual como en el deontológico, esto es, tanto a la hora de ofrecer un concepto de derechos humanos como a la de señalar una dirección deseada para los mismos, se ha insistido siempre en la universalidad de los mismos. Por consiguiente, la universalidad de los derechos del hombre es antes "un postulado de la razón que un dato de la experiencia", como dice Benito de Castro Cid; "una nota de la definición de los derechos", aunque no plenamente "una cuestión de hecho", como señala por su parte Javier de Lucas

En cuanto al proceso de *expansión*, ha consistido en el gradual y progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos, lo cual ha ocurrido por medio de la incorporación a ese catálogo de nuevos derechos, o de nuevas generaciones de derechos del hombre, que pasan a ser reconocidos y protegidos en el carácter de tales.

Este proceso puede ser apreciado con toda nitidez si se examinan los distintos momentos por los que han ido pasando los derechos humanos en su devenir histórico hasta nuestros días.

Así, en un primer momento, los derechos humanos aparecen como simples limitaciones al poder de la autoridad pública, y se traducen, por lo mismo, en el compromiso de ésta en orden a no interferir en ciertos y determinados ámbitos de la vida y actividad de cada individuo, o a hacerlo sólo bajo determinadas condiciones. Se trata de la *primera generación* de derechos humanos, la de los llamados *derechos civiles*, o derechos de autonomía, entre los que se cuentan, por ejemplo, el de la inviolabilidad del domicilio, el de no ser detenido y preso en forma arbitraria, el de no ser gravado con impuestos sólo por decisión del monarca y sin la aprobación del parlamento, etc.

Si tuviera razón Bobbio cuando afirma que "toda la historia de la filosofía política es una larga, continua y atormentada reflexión acerca de la pregunta ¿cómo es posible limitar el poder?", se comprenderá entonces la importancia de esta primera generación de derechos humanos, llamada también de *derechos personales*, en virtud de la cual, sin embargo, el Estado asume únicamente obligaciones de carácter pasivo, esto es, de no interferencia ilegítima en la vida y propiedad de las personas.

En un segundo momento de su historia, los derechos humanos se configuran no ya como meros límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder político, esto es, en

la discusión y adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Como se ve, con esta *segunda generación* de derechos, la de los llamados *derechos políticos*, como derechos de participación, no se trata ya sólo de *limitar* el poder, sino de *participar* en la gestación y ejercicio del poder político dentro de la sociedad. Surgen así los derechos políticos, en particular el de sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

En un tercer momento del proceso de expansión de los derechos humanos surge luego una nueva categoría o generación de derechos, la de los *derechos económicos, sociales y culturales*, o derechos de promoción, que son unos derechos que no aspiran a limitar el poder ni a participar en éste, sino a demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo en favor de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas. En el caso de esta *tercera generación*, se trata, por lo mismo, de derechos que se fundan en el valor de la *igualdad*, y no en el de la *libertad*, como acontece con las dos primeras generaciones. En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales no representan límites a la acción del Estado —como ocurre con los derechos de la primera generación—, ni encarnan tampoco la aspiración a participar en el poder —como acontece con los de la segunda—, sino que representan la adopción de unos fines orientadores de la acción del Estado y suponen una cierta intervención de éste en la vida social y económica de la sociedad. El derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a una previsión oportuna y justa, constituyen ejemplos de derechos de esta tercera generación.

De este modo, si el Estado de Derecho liberal se asentaba en las dos primeras generaciones de derechos, el Estado social de Derecho se funda además en la tercera generación que acabamos de identificar.

A los derechos económicos, sociales y culturales se les considera a la vez como *prestaciones* y *créditos*, según se les observe desde la perspectiva del Estado y otro tipo de organizaciones que deben procurar satisfacerlos o desde la de los sujetos que pueden reclamarlos. Por lo mismo, como se ha dicho muchas veces, son derechos que cuestan dinero, mucho dinero, y eso explica que algunas de sus debilidades consistan en la inevitable gradualidad de su realización y en su dependencia de los recursos financieros de que disponga efectivamente el Estado. El problema radica aquí,

como se advierte, en que la expansión acelerada que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales, así como las demandas consiguientes que ellos plantean, no se corresponden con el volumen limitado de recursos destinados a satisfacerlos. Para agudizar esa dificultad, los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la igualdad, tienen que bregar hoy con “el progresivo descenso del principio de *igualdad* en el nivel de aprecio de las sociedades, como apunta Benito de Castro, y la creciente tendencia a su sustitución por los principios y valores de la autonomía individual, la eficiencia económica y la competitividad”. Por otra parte, semejante manera dominante de pensar, unida a la efectiva escasez de recursos para satisfacerlos, ha traído consigo que los derechos económicos, sociales y culturales aparezcan en la actualidad casi como “derechos contra la corriente” —por utilizar la expresión de Luis Prieto—, esto es, de derechos que no las tienen todas consigo y en cuyo nombre es preciso reivindicar a cada instante la punzante pregunta que Elías Díaz se hace sobre la materia: “¿podemos tener Estado de Derecho sin derechos económicos, sociales y culturales?” Este último autor va todavía más lejos: sostiene que si los derechos fundamentales constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, entre tales derechos no pueden entrar únicamente aquellos de la primera y segunda generaciones, basados en la libertad, sino también los de tercera generación, basados por su parte en la igualdad, puesto que un Estado de Derecho que no integre todos esos derechos se parecería más a un “Estado de Derechas”.

Es evidente que la incorporación al catálogo de los derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la *igualdad*, introduce una cierta tensión con los derechos de la primera generación, basados en el valor de la *libertad*, una tensión que no es sino el reflejo de la que existe entre esos dos mismos valores. Ello porque el compromiso del Estado con un tipo de sociedad más igualitaria desde el punto de vista de las condiciones materiales de vida de las personas, asumido en nombre de los derechos económicos, sociales y culturales, puede llegar a transformarse en una amenaza para las libertades individuales que garantizan los derechos de la primera generación. Por otra parte, el compromiso del Estado con las libertades, asumido en nombre de los derechos humanos de primera generación, puede llegar a transformarse en una renun-

cia a la realización más efectiva de los derechos de la tercera generación.

El liberalismo, como enseña reiteradamente Bobbio en varios de sus trabajos, se inspiró sobre todo en el ideal de la libertad. Pero es inútil ocultar que la libertad de iniciativa económica puede llegar a producir grandes e injustas desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre un Estado y otros Estados. Por su lado, el socialismo, que se inspiró en el ideal de la igualdad, produjo inaceptables limitaciones al ejercicio de la libertad de las personas. En consecuencia, si se acepta que libertad e igualdad son dos valores que están en la raíz de los derechos humanos, es preciso cuidar que la primera no se inmoles en nombre de la segunda y que ésta no se sacrifique con el pretexto de la primera, con lo cual quiere decirse que así como la libertad no puede perecer en el altar de la igualdad, ésta tampoco debe hacerlo en el altar de la libertad. Por lo mismo, y aun reconociendo que llegado un cierto punto ambos valores pueden colisionar entre sí, es preciso levantar un ideal que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales. Iguales, valga decir, no sólo en el sentido *jurídico y político* del término (iguales ante la ley e iguales en cuanto a que todos pueden participar en las elecciones y el voto de cada cual cuenta por uno), sino iguales también en las *condiciones materiales de vida*, con lo cual, sin embargo, no se quiere propiciar que *todos deban ser iguales en todo* respecto de sus condiciones de vida, sino que *todos sean a lo menos iguales en algo*, a saber, la satisfacción de sus necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social.

Si en nombre de que en una sociedad cualquiera unos pocos comen torta mientras muchos se quedan sin poder comer pan alguien llama a que nadie coma torta para que todos puedan comer pan, entonces estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en todo*. Por la inversa, si ante una situación semejante se llama a que todos puedan comer a lo menos pan, sin perjuicio de que algunos, o muchos, gracias a su capacidad, esfuerzo o a su suerte, puedan acceder también a las tortas, estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en algo*.

Por lo demás, es preciso advertir no sólo la posibilidad de que libertad e igualdad colisionen a partir de un cierto punto, sino también que se trata de valores que se imbrican de algún

modo. Tal como señalamos antes a este mismo respecto, el goce y ejercicio de las libertades presupone que los titulares de éstas vivan en condiciones materiales mínimas que no tornen completamente ilusorio y vacío ese goce y ejercicio de las libertades, lo cual quiere decir que una igualdad básica en las condiciones materiales de vida es condición para el goce y ejercicio real de las libertades, de donde se sigue que buscar esa igualdad básica no es ya una amenaza para la libertad, sino, todo lo contrario, un favor que se hace a la propia expansión de la libertad, de modo que ésta no sea en los hechos privilegio de unos cuantos, sino prerrogativa de todos.

Eusebio Fernández, en un artículo de título sugerente –“No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano”– ha escrito sobre el particular, con toda razón, que “ni el desarrollo de la autonomía ni el de la libertad pueden ser reales si no existe una suficiente igualdad de oportunidades sociales y económicas y un marco mínimamente igualitario”. Los derechos económicos, sociales y culturales, como dice ahora Peces-Barba, pretenden resolver carencias “en relación con necesidades que impiden el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida”, puesto que la no satisfacción de las necesidades básicas por un número importante de individuos “puede dificultarles seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo para considerarse como personas, y, consiguientemente, para usar y disfrutar plenamente de los derechos individuales, civiles y políticos”. Por tanto, como añade José Joaquín Gomes Canotilho, puede decirse que los “derechos y libertades individuales son indisociables de los referentes económicos, sociales y culturales”. Con lo cual quiere decir que si tenemos derecho a la vida, también debemos tener derecho a cuidados y prestaciones que aseguren un cuerpo y espíritu sanos; que si tenemos derechos a la inviolabilidad del domicilio, también debemos tener derecho a poseer una vivienda; y, por colocar otro ejemplo, si tenemos derecho a elegir una profesión libremente, también debemos tener derecho a un puesto de trabajo, o a un seguro en caso de perderlo.

Pero el proceso de expansión de los derechos humano no se ha detenido en el momento que acabamos de señalar, esto es, en la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se prolonga todavía en una *cuarta generación* de

derechos, basados en el valor de la *solidaridad* a nivel planetario, y que tienen que ver, por ejemplo, con las expectativas de paz para el mundo, de vida en un medio ambiente sano y libre de contaminación, y de un desarrollo económico que sea sustentable, esto es, que el mayor desarrollo de que puedan disfrutar las actuales generaciones que habitan la tierra no sea conseguido al precio de aquél al que tienen también derecho las generaciones que la poblarán mañana. Cabe señalar, sin embargo, que los llamados "derecho a la paz", "derecho al desarrollo", "derecho a un medio ambiente sano", y otros semejantes que se entienden pertenecer a esta cuarta generación de derechos, no constan en normas vinculantes de derecho positivo, sino en resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas o de otros organismos, y tiene, por tanto, el valor de recomendaciones.

Del modo que ha sido antes indicado, las distintas generaciones de derechos humanos, como dice Pérez-Luño, "no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados".

En cuanto al proceso de *internacionalización* de los derechos del hombre, que se inicia recién en el siglo actual, es aquél en virtud del cual estos derechos, en cuanto a su reconocimiento y protección efectivas, superan ya el ámbito de los derechos internos o nacionales y pasan a incorporarse, primero a través de declaraciones y luego a través de pactos y tratados, a lo que podríamos llamar el *derecho positivo internacional de los derechos humanos*.

Por lo mismo, este proceso de internacionalización podría ser visto como una fase o expresión del proceso de positivación de los derechos humanos, puesto que mientras este último proceso daría cuenta de la incorporación de los derechos al ordenamiento jurídico interno de los Estados, aquél manifestaría el modo como los derechos se incorporan a la legislación de tipo internacional, afianzándose de este modo la base de sustentación objetiva que esta clase de derechos ha encontrado en el derecho positivo, tanto nacional como internacional. Sin embargo, cabe advertir que la internacionalización de los derechos huma-

nos discurre no sólo a través de la legislación internacional, sino también de la doctrina y de las decisiones de órganos jurisdiccionales que empiezan a formar toda una jurisprudencia internacional sobre la materia. Por otra parte, este proceso no debe ser visto como algo que viene simplemente a superponerse, un piso más arriba, al proceso de positivación que los derechos tuvieron previamente a nivel interno de los Estados, puesto que la internacionalización revierte sobre la positivación en cuanto los Estados, en su propio derecho interno, se comprometen a dar primacía a los pactos y tratados sobre derechos humanos y ajustan así sus ordenamientos jurídicos internos a los compases que experimenta la evolución de los derechos humanos en el plano internacional.

Ahora bien, este proceso de internacionalización tiene en verdad *dos* caras: por una parte, según se dijo, los derechos humanos pasan a ser reconocidos por números importantes de Estados, valiéndose para ello primero de simples declaraciones y, más tarde, de pactos y de tratados sobre la materia; por otra, se incorpora a la conciencia común de la humanidad de nuestro tiempo que la situación de los derechos humanos al interior de los Estados no es ya una cuestión interna o doméstica de éstos, sino un asunto de relevancia internacional. En consecuencia, ni la invocación a la soberanía ni a los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención de un Estado en los asuntos internos de otro pueden ser respuestas aceptables para la comunidad internacional cada vez que en el territorio de un determinado Estado se producen violaciones sistemáticas y masivas de los derechos del hombre.

Por lo mismo, uno de los problemas más relevantes para los derechos humanos consiste en el progresivo establecimiento de órganos internacionales que sean capaces de vincular a los poderes nacionales en la protección de los derechos humanos, aunque también constituye un problema relevante de los derechos, como advierte Rafael de Asís, "el de la compatibilidad entre su protección en el plano internacional y el respeto a las distintas tradiciones culturales". Es decir, agrega el autor, "hay que ser conscientes de que los derechos tienen que ser también límites al poder internacional, y que un excesivo aumento de la relevancia de éste, sin la contemplación de la diversidad de su proyección, puede aminorar el valor de los derechos".

Por último, el proceso de *especificación* de los derechos humanos, de data también reciente, es aquél que, sobre la base de una mejor y más particularizada identificación de los sujetos titulares de los derechos, atribuye determinadas prerrogativas a quienes puedan encontrarse en la sociedad en una situación de desventaja respecto de sus semejantes. Tal como dice Bobbio, si la expresión "ciudadano" introdujo una primera especificación respecto de la más general de "hombre", de modo que sin perjuicio de los "derechos del hombre" puede también hablarse de unos "derechos del ciudadano" en particular (por ejemplo, los derechos políticos), otras especificaciones han sido introducidas luego sobre la base del género, las distintas fases del desarrollo del individuo o ciertos estados excepcionales en la existencia humana, todo lo cual explica que pueda hablarse hoy, por ejemplo, de "derechos de la mujer", "derechos del niño", "derechos de los ancianos", "derechos de los enfermos", "derechos de los minusválidos".

Como advierte Gregorio Peces-Barba, sin perjuicio del proceso de *generalización* que han experimentado los derechos humanos, se ha producido también "una ampliación y una *especificación* de los destinatarios de los derechos a través de la consideración de derechos atribuibles sólo a categorías o grupos de ciudadanos por razones vinculadas a su situación social o cultural discriminada —mujeres, emigrantes, etc.—, por la especial debilidad, derivada de razones de edad —niños—, o de razones físicas o psíquicas temporales o permanentes —minusválidos—, o del puesto de inferioridad que ocupan en una determinada relación social —consumidores, usuarios o administrados—."

Este proceso de especificación ha abierto paso a lo que se llama "derechos de grupo", es decir, en palabras de Benito de Castro, "derechos atribuidos a conjuntos determinados de sujetos en función de las peculiares circunstancias en que se realiza su existencia", lo cual ha traído consigo una sectorialización de los derechos humanos a partir del reconocimiento de diferentes categorías de personas y, por lo mismo, un cierto quiebre del principio de universalidad que informa a estos derechos y un giro, asimismo, en el proceso histórico de generalización de los derechos que ha tenido lugar a partir de ese mismo principio.

CAPITULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO

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 *fuerza* 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 concurren 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 concurren 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 caso 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, Terentio 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 ju-

rídico 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 jurídico 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 procedi-

mientos 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 inconstitu-

cionalidad, 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 N° 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 Constitu-

cional. 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 inquieran, 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 rigurosa, 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 obedida 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 pro-

ducida 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 Bulygin 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 tempora-

les, 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 N° 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 N° 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 dis-

posiciones. 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.

Simple 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, correctiva 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 con-

suetudinario”, 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 jurí-

dica 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 los 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.

3. JURISPRUDENCIA

Acepciones de la palabra "jurisprudencia". La jurisprudencia como saber. La jurisprudencia de los tribunales. El carácter normativo de la sentencia judicial. La jurisprudencia en el derecho chileno.

Acepciones de la palabra "jurisprudencia".— La palabra "jurisprudencia" tiene en la literatura jurídica dos acepciones principales, una ligada a la idea de saber o conocimiento del derecho y otra vinculada a la actividad de los órganos jurisdiccionales. Por lo mismo, en la primera de sus acepciones, "jurisprudencia" es una palabra ligada a la actividad de los *juristas*, mientras que en su segunda acepción se trata de una palabra vinculada a la actividad de los *jueces*.

La jurisprudencia como saber.— En su primera acepción "jurisprudencia" tiene a su vez dos significados, uno más habitual o común, conforme al cual se utiliza esa palabra para aludir a la actividad que desde antiguo realizan los juristas con el fin de exponer o describir un derecho vigente y facilitar su aplicación; y otro menos habitual que alude a un tipo de saber más general acerca del derecho, cuya finalidad no es enunciar proposiciones acerca de un determinado derecho dotado de vigencia y realidad histórica, sino formular proposiciones que puedan tener validez por referencia a todo derecho positivo. En el primero de esos dos significados, "jurisprudencia" es lo mismo que "ciencia del derecho", mientras que en el segundo reemplaza a expresiones tales como "filosofía del derecho" o "teoría general del derecho".

En cuanto al primero de los dos significados que tiene la palabra "jurisprudencia" como saber, conviene decir que en distintas partes de este manual se llama la atención acerca de la diferencia entre el *derecho*, como dato o fenómeno que acompaña la vida del hombre en sociedad, y la *ciencia del derecho*, como un determinado saber que desde antiguo los hombres han constituido acerca de ese dato o fenómeno llamado "derecho". El derecho, en cuanto orden normativo de la conducta, constituido preferentemente por normas, es el objeto de conocimiento de un determinado saber llamado "ciencia del derecho". Por su

parte, la ciencia del derecho, en cuanto saber acerca del derecho, constituida por proposiciones normativas, es una actividad de tipo cognoscitivo que se constituye para conocer ese objeto denominado "derecho". Por lo mismo, el derecho es producto de quienes tienen competencia para producirlo por intermedio de las distintas fuentes formales que nos encontramos estudiando, mientras que la ciencia del derecho es producto de la actividad de quienes, sin tener competencia para producir normas jurídicas, hacen de éstas su objeto o materia de estudio.

Por lo mismo, puede decirse que la ciencia del derecho es normativa únicamente en cuanto *versa* o recae sobre normas jurídicas —las que componen un ordenamiento jurídico dado—, mas no en cuanto a que a ella le corresponda *producir* normas de un ordenamiento jurídico determinado.

Ahora bien, que ese saber acerca del derecho que llevan a cabo los juristas constituya o no una ciencia, es algo que va a depender, finalmente, del concepto de ciencia que se maneje. Un concepto de ciencia puede ser lo suficientemente amplio como para incluir una actividad del tipo de la que realizan los juristas cuando intentan describir un determinado ordenamiento jurídico, en tanto que un concepto más restringido de ciencia puede excluir actividades como la señalada. Sin embargo, y sea que se trate o no de una actividad dotada de carácter científico, lo cierto es que desde muy antiguo una clase especial de personas —los juristas— practican esa actividad y pueden ofrecer, como resultado de la misma, un saber —científico o no— que goza de reconocimiento y prestigio.

Pues bien: para aludir a esa actividad, según venimos diciendo, se utiliza la palabra "jurisprudencia", como sinónimo de "ciencia del derecho", en el primero de los dos significados que tiene aquella palabra cuando se la liga a la idea de saber o conocimiento.

En tal sentido, la jurisprudencia es una actividad antigua, cuyos orígenes se vinculan en el derecho romano al primer texto legal escrito —la Ley de las XII Tablas— del siglo V a.C., al que tuvimos oportunidad de referirnos en la parte de las fuentes materiales del derecho.

Pero es recién en el siglo II a.C. cuando encontramos una jurisprudencia romana madura, caracterizada porque la labor de los juristas, si bien centrada sobre los preceptos del derecho,

estaba orientada a casos prácticos y se expresaba, en consecuencia, en respuestas o dictámenes que los juristas romanos emitían acerca de tales casos. En ese momento del desarrollo de la jurisprudencia —preciso es reconocerlo—, ella aparece como una actividad decisoria, puesto que, andando el tiempo, los dictámenes de los juristas adquieren fuerza vinculante y se transforman en una especie de fuente del derecho. Esta situación tuvo, sin embargo, un carácter transitorio y, tal como advierte Manuel Atienza, constituyó la inversa de lo que sería luego característico de la jurisprudencia de la época siguiente y de la ciencia jurídica moderna: “la fuente de autoridad no lo serán ya los juristas, sino las leyes; el derecho se configurará como algo previo a la labor del dogmático”.

La posterior obra codificadora de Justiniano, compuesta por el *Código*, que fue una recopilación de las leyes vigentes; el *Digesto*, que recogió las obras de la jurisprudencia; las *Instituciones*, elaboradas sobre el modelo del jurista Gayo y destinada a facilitar el aprendizaje del derecho; y las *Novelas*, que constituyó una recopilación de las leyes posteriores al *Código*.

Mucho más tarde, el descubrimiento del *Corpus iuris*, que fue el nombre que se dio al conjunto de la recopilación de Justiniano, favoreció en la alta Edad Media la aparición y desarrollo de una jurisprudencia europea, a la que contribuyeron grandemente los glosadores, a quienes nos vamos a referir más adelante, en el capítulo sobre interpretación e integración del derecho.

A partir de ese instante, la jurisprudencia tuvo un rico proceso de desarrollo, hasta desembocar en la ciencia jurídica moderna, también llamada “dogmática jurídica”, cuya labor consistiría en identificar un ordenamiento jurídico determinado; certificar cuáles de sus normas son válidas; interpretar las normas válidas del ordenamiento, concordándolas entre sí; ofrecer una reconstrucción de tipo conceptual y sistemático del respectivo material normativo previamente identificado e interpretado; y favorecer, por último, una más adecuada aplicación de las normas por parte de los órganos y sujetos —en especial los jueces— que tienen competencia para producir las normas del ordenamiento jurídico.

En su segundo significado como saber o conocimiento “jurisprudencia”, especialmente en los países de habla inglesa, designa una rama del saber bien distinta de la ciencia jurídica o

dogmática jurídica. Como señala Alf Ross, en tales países *jurisprudencia* es una palabra que designa una rama del conocimiento jurídico que se distingue de otras por sus problemas, objetivos y métodos. En Europa continental, en cambio, para esa rama del conocimiento se emplean expresiones tales como *filosofía del derecho*, *ciencia general del derecho* o *teoría general del derecho*, expresiones todas con las que se alude a diversos estudios generales acerca del derecho y, en cuanto tales, distintos de los estudios corrientes que se realizan en las Facultades de Derecho —destinados a exponer las normas jurídicas en vigencia en una cierta sociedad y en una época determinada—, aunque tales estudios generales no tienen otro elemento en común que ese, puesto que se refieren a temas muy distintos y que reflejan perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí.

La jurisprudencia de los tribunales.— Vinculada ahora a la función jurisdiccional, la palabra “jurisprudencia” tiene tres diferentes significados.

En *primer lugar*, se llama de ese modo al conjunto de fallos o decisiones de un tribunal de justicia cualquiera que han sido dictados sobre una similar materia o asunto, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretárselo. En este primer significado, puede decirse que todo tribunal, cualquiera sea su posición o jerarquía en la organización de los tribunales de un país, tiene o forma su propia jurisprudencia en la medida en que resuelve un mismo tipo de asuntos de la misma manera y da así una señal o indicación acerca de cómo los resolverá probablemente en el futuro. Ciertamente que un tribunal no está vinculado por los fallos que haya dado sobre un mismo asunto, pero lo más probable es que confiera alguna estabilidad a los criterios de interpretación y decisión que hubiere observado previamente sobre determinada materia.

En *segundo lugar*, “jurisprudencia” es una palabra que se emplea para aludir a una serie de fallos concordantes dictados por los tribunales superiores de justicia en casos o asuntos similares, los cuales permiten establecer el o los criterios que esos tribunales observan uniformemente en presencia de casos similares. Los tribunales inferiores pueden no estar vinculados por los fa-

llos de los tribunales superiores, en nombre de la independencia interna que tiene todo tribunal para resolver los asuntos de su competencia, pero es un hecho que fallos concordantes de los tribunales superiores sobre un determinado asunto van a influir siempre en los criterios y decisiones que adopten los correspondientes tribunales inferiores.

Por lo mismo, puede decirse que en los dos significados que acabamos de ver, la jurisprudencia, si bien no se configura como fuente *formal* del derecho, juega un importante papel como fuente *material* de éste. No se configura como fuente formal, porque la jurisprudencia que se hubiere formado sobre determinada materia jurídica no obliga ni al tribunal que la formó ni a los tribunales inferiores, aunque juega un papel importante como fuente material, puesto que, de seguro, va a influir en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior.

Los dos significados previamente explicados sirven también para advertir que, contra lo que acostumbra a decirse, lo mismo puede formar jurisprudencia el tribunal supremo de un país que el juez de policía local de la comuna más pequeña. Como comenta al respecto Manuel de Rivacoba, "tan independientes son, en principio, uno como otro, del criterio sustentado en los fallos de cualquier órgano jurisdiccional e incluso en los suyos propios, porque, a través de la función de juzgar y dentro de los límites de sus respectivas competencias, todos ejercen igualmente la soberanía o supremo poder del Estado".

Con todo, es preciso admitir que de esos dos significados de "jurisprudencia", el segundo es el que se usa mayormente, a la vez que la modalidad en que a la jurisprudencia se suele conceder mayor importancia. Lo que ocurre —escribe Rivacoba— es que "el criterio de los tribunales de mayor jerarquía suele venir avalado por la superior preparación jurídica que se exige a sus integrantes y la gran autoridad moral de que normalmente están revestidos, lo que hace que se imponga a los inferiores por el convencimiento y el respeto que suscita, no por obligatoriedad jurídica. Esto se comprende mejor todavía si se tiene presente que esos mismos tribunales no están vinculados por sus propios criterios, y que es usual que los cambien también más o menos a menudo, hablándose, entonces, de que el tribunal tal o cual ha cambiado o variado su jurisprudencia".

Distinto es el caso del derecho anglosajón, o del sistema del *common law*, que aunque también se sirve de la legislación, llamada en ese derecho *statute law*, es preferentemente un derecho jurisprudencial, esto es, basado en las sentencias dadas por los tribunales, las cuales se configuran como precedentes obligatorios a ser aplicados en los casos futuros de igual índole que puedan promoverse. En este sistema, los tribunales tienen el deber de atenerse a las decisiones anteriores que se hubieren administrado para casos similares o análogos por los mismos tribunales o por otros de mayor jerarquía (*stare decisis*). Se trata, como acostumbra decirse, de un *derecho del caso*, lo cual explica que en los países anglosajones se hable de *case law* y que los estudios de derecho y la práctica de los abogados se concentren antes en el estudio de casos que en el estudio de leyes. En este contexto, por lo mismo, puede entenderse perfectamente la conocida definición que Holmes dio del derecho: "Las profecías acerca de lo que harán los tribunales".

Dicha definición, como es bien patente, sugiere que si alguien pregunta en los países del *common law* qué dice el derecho sobre determinado asunto o materia, el profesional o experto consultado atiende ante todo a la manera como los tribunales han resuelto antes esa materia, de modo que su respuesta a dicha pregunta, más que referirse a las normas legales o provenir de un buen manejo de éstas, proporciona información al cliente acerca de la manera en que los tribunales decidirían el asunto de que se trate.

En el llamado *sistema continental*, formado por la recepción del derecho romano, las cosas ocurren de manera muy diferente y la atención de todos los operadores jurídicos se concentra antes en la legislación que en la jurisprudencia de los tribunales.

En los países de Europa continental, especialmente en Francia, luego de la codificación que tuvo lugar a inicios del siglo XIX, la unificación de la jurisprudencia constituyó un objetivo político deliberadamente buscado. A ello colaboró, por ejemplo, la organización de un tribunal de casación más próximo al poder legislativo que al judicial y sujeto al control de aquél y no de éste, que tuvo por función fiscalizar al poder judicial y vigilar la interpretación y aplicación que los jueces hacían de las leyes. Dicho tribunal, que sólo más tarde se incorporó como una función propiamente judicial confiada a la Corte de mayor je-

rarquía, tuvo por finalidad uniformar los criterios de interpretación y aplicación de las leyes por parte de los jueces e impedir que éstos se apartaran de la voluntad que el legislador había impreso o depositado en los textos legales de que era autor.

Las precedentes ideas encontrarán un mayor desarrollo en el capítulo V, en el que se tratará de la Escuela de la Exégesis, caracterizada, entre otros, por el postulado de que sólo el legislador crea derecho y que los jueces están llamados nada más que a aplicar lo que el legislador hubiere establecido previamente como derecho.

Para concluir lo concerniente a este segundo significado de la voz "jurisprudencia", vale la pena añadir algo más acerca de la casación y del papel que ella juega en la unificación de la jurisprudencia de los tribunales. Como señala Rivacoba, "la casación es una institución jurídica complementaria, por su naturaleza, del Poder legislativo, pero formalmente configurada como un recurso procesal extraordinario y ejercida en algunos ordenamientos por órganos del Poder judicial, destinada, en principio, a anular las sentencias fundadas en una interpretación errónea de la ley, y convertida después, además, en el principal medio de unificación de la jurisprudencia".

El carácter normativo de la sentencia judicial.— El tercer significado que tiene la palabra "jurisprudencia" cuando es utilizada en vinculación a la labor que cumplen los órganos jurisdiccionales alude a las normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces por medio de las sentencias con las que ponen término a las controversias y demás gestiones que ante ellos se promueven.

Si bien este punto recibirá tratamiento en el capítulo siguiente, a propósito del lugar que ocupa la sentencia judicial en la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, es preciso anticipar algunos conceptos sobre el particular.

De partida, el derecho, visto como un orden normativo de la conducta humana, no está constituido únicamente por las normas *abstractas* y *generales* de la legislación, las cuales regulan clases de actos o situaciones y extienden su ámbito de validez a todos los sujetos normativos de una comunidad jurídica dada o, cuando menos, a un número indeterminado de éstos. En efecto, hay también normas jurídicas *concretas* y *singulares*—como las que pro-

ducen los jueces por medio de sus fallos o los sujetos de derecho por medio de los actos jurídicos y de los contratos—, las que regulan actos o situaciones perfectamente delimitados y cuya validez se circunscribe, en principio, a los sujetos que hayan intervenido en el acto o en la situación de que se trata. Todavía más: todo ordenamiento jurídico puede ser visto como una estructura escalonada de normas, en cuya parte superior están las normas abstractas y generales de la Constitución y de las leyes, mientras que en la parte inferior se ubican las normas concretas y singulares que producen los jueces por medio de sus fallos.

Lo anterior significa que los jueces, llamados a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador, producen también nuevo derecho por medio de las sentencias que dictan, esto es, *aplican* las normas abstractas y generales de la legislación y de la costumbre jurídica, pero, a la vez, *producen* las normas concretas y singulares que vienen a resolver los asuntos sometidos a su competencia.

Por su parte, el legislador, llamado a *producir* derecho por medio de las leyes que vota y aprueba, también *aplica* derecho, concretamente las normas de la Constitución que le invisten de la facultad de dictar leyes, le señalan el procedimiento para ello y le colocan ciertos límites en cuanto al contenido de que puede dotar a las leyes.

En consecuencia, tanto el legislador como el juez *aplican* y *producen* derecho, y no es aceptable el punto de vista tradicional que veía la producción y aplicación del derecho como dos funciones enteramente diferenciadas una de la otra y confiadas a órganos o poderes del Estado distintos. Es efectivo que en el caso del legislador la función de producir derecho parece preponderante respecto de la de aplicarlo, mientras que tratándose de los jueces acontece la situación inversa, pero ello no priva de validez a la afirmación de que ambos órganos concurren tanto a la producción como a la aplicación del derecho.

Desde un punto dinámico, como escribe Kelsen, "la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y, de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o

concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido”.

A mayor abundamiento, Kelsen insiste en que la sentencia judicial no tiene un carácter meramente *declaratorio*. Tiene, por el contrario, un carácter *constitutivo*. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación de un derecho previamente dado, sino declaración de algo que valdrá como derecho sólo a partir de la sentencia correspondiente.

Descontado el caso de las lagunas de la ley y los casos en que la propia ley permite al juez varias alternativas de decisión –por ejemplo, aplicar una pena pecuniaria o una privativa de libertad–, en los que el carácter constitutivo de la sentencia que da finalmente el juez parece más evidente, lo cierto es que cada vez que un juez, en aplicación de las normas legales que regulan el caso, adopta en su sentencia una determinada decisión, está introduciendo una norma jurídica individual que estatuye alguna consecuencia jurídica bien específica para determinados individuos, norma individual que, como tal, no existía antes de la sentencia y que es también distinta de las normas generales de la ley que condujeron a su establecimiento.

Por ejemplo, si la ley establece que una falta debe ser castigada con una multa de una a diez Unidades Tributarias, la sentencia que condena a Juan, como responsable de una falta, a pagar una multa de cinco unidades tributarias es claramente constitutiva, puesto que antes de que el juez lo decidiera de ese modo ninguna norma del ordenamiento imponía a Juan la obligación de pagar a beneficio fiscal una cantidad de dinero equivalente a 5 Unidades Tributarias Mensuales. Es más: si la falta estuviera castigada por la ley con una pena única de 10 Unidades Tributarias y el juez aplicare a Juan esa misma y única sanción posible, la sentencia de éste continuaría teniendo un carácter constitutivo, puesto que Juan tiene propiamente la obligación jurídica de pagar esa multa sólo a partir del momento en que el juez lo decidió así, no antes.

En consecuencia, como escribe nuevamente Kelsen, “sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial; el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individua-

les, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa”.

La jurisprudencia en el derecho chileno.– El art. 3 del Código Civil declara que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Esta disposición, como es obvio, priva a la jurisprudencia del carácter de fuente formal en los dos primeros significados que tiene la palabra “jurisprudencia” cuando se la asocia a la labor que cumplen los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, ningún tribunal chileno está vinculado a sus fallos anteriores y tampoco lo está a los fallos dictados previamente por los tribunales superiores de justicia.

Otra cosa, naturalmente, es la importancia que la jurisprudencia continúa teniendo como fuente material y, sobre todo, como fuente de un adecuado conocimiento del derecho en nuestro medio. La revisión y el conocimiento de los fallos judiciales más importantes, especialmente cuando éstos son reiterados y uniformes sobre determinada materia, permite un conocimiento del derecho más allá del que proporciona el simple examen de los textos legales. De este modo, y aun en países como el nuestro, que inscriben su derecho en el llamado sistema continental, un adecuado y permanente acceso a las distintas recopilaciones de fallos tiene siempre muy buenos efectos en la formación jurídica de los estudiantes y de los estudiosos del derecho, en la práctica profesional de los abogados y en la destreza de los jueces al momento de tramitar y de resolver los asuntos que se les sometan.

Volviendo ahora al tenor del art. 3 inciso 2º del Código Civil, esta disposición ratifica en cierto modo que la jurisprudencia es fuente formal del derecho. En efecto, al decir esa disposición que las sentencias judiciales “no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, está privando a los fallos judiciales de obligatoriedad jurídica general, pero, a la vez, está admitiendo que respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren las sentencias judiciales sí tienen fuerza obligatoria, lo cual viene a confirmar el carácter normativo o constitutivo que tiene siempre la sentencia judicial respecto del caso que se pronuncia.

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 oscurecimientos o contradicciones en las leyes aplicables al caso y que el juzgador no pudiese 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 austriaco 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 N° 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 N° 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 éstos 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 otros 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 directamente 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 contraponen 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.

5. LA EQUIDAD

La idea aristotélica de la equidad. Una noción de equidad. Fuentes de las decisiones equitativas. La equidad en el derecho chileno.

La idea aristotélica de equidad.— Toda introducción útil al tema de la equidad debe comenzar por una presentación de las ideas que sobre la materia transmitió Aristóteles en el capítulo X del libro V de la *Ética a Nicómaco*.

Aristóteles llama la atención acerca de que el derecho positivo, concretamente en su expresión o manifestación de derecho legislativo, regula de manera general sobre determinados hechos, casos o situaciones. Esto es así porque el legislador no puede sino colocarse en los casos de más ordinaria ocurrencia, sin que pueda exigírsele una previsión de todas las posibles variantes que tales casos presentarán luego en la vida social efectiva ni de todas las particularidades y circunstancias, muchas veces irrepetibles, que acompañan de hecho al acaecimiento de esos mismos casos que el legislador sólo pudo regular de modo abstracto y general. En otras palabras: los actos humanos son muchos, pero la ley que regula un género de ellos es única; y porque es única, es también inevitablemente general.

El carácter abstracto y general de las leyes es causa de dos situaciones que son, precisamente, las que se intenta corregir por medio de la equidad: por una parte, la imposibilidad de establecer una ley sobre ciertas cosas; y, por otra, la imposibilidad de que las leyes puedan prever todas las particulares circunstancias de los casos o hechos regulados por ellas y que tendrán que ser conocidos y sentenciados por los jueces.

En principio, el juez debe resolver el caso que se le presente en aplicación de la ley que, dada previamente por el legislador, regula el género de casos al que pertenece aquel que el juez tiene que resolver. En palabras de Aristóteles, el juez, frente al caso que se le presenta, tiene que determinar lo *justo legal*, o sea, lo justo según la ley que regula el caso. Pero bien puede ocurrir una u otra de las dos hipótesis antes señaladas, a saber, que el derecho legislado no regule el caso, esto es, que adolezca de un vacío o laguna con relación al hecho sentenciable, o que de la aplicación de la norma legal al caso de que se trate se sigan efectos perjudiciales y no queridos por el legislador, como consecuencia de que el caso presenta particularidades que la norma abstracta y general del legislador no pudo prever.

Respecto de la segunda de tales hipótesis, Aristóteles considera que "lo que produce la dificultad es que lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición general". En consecuencia —agrega— "cuando la ley hablare en general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviere presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado". Por su parte, y refiriéndose ahora a la primera de las hipótesis, esto es, a los casos de lagunas de la ley, el autor agrega lo siguiente: "la causa de que no todo pueda determinarse por la ley es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto".

Piensa Aristóteles, por lo mismo, que la sentencia del juez se acomoda mejor a los hechos que la disposición abstracta y general de la ley, al modo de "la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma".

Volviendo a la segunda de las hipótesis previamente presentadas, cabe destacar que al disponer la ley de un modo general, la falla no está propiamente en ella ni en el legislador que la dictó, sino en la naturaleza de la misma ley. Esta no puede sino regular de modo general los casos a que se refiere, de manera que si al acaecer uno de esos casos éste se presenta dotado de ciertas particularidades que el legislador no previó ni pudo razonablemente prever, con el efecto de que si se le aplica la ley general se van a seguir consecuencias injustas o inconvenientes que el autor de la ley tampoco previó si pudo querer que se produjeran, el juez, valiéndose de la equidad, debe corregir la situación —tal como habría hecho el legislador si se encontrare presente— y dar finalmente una solución al caso que evite tales consecuencias injustas o inconvenientes.

Como escribe por su parte Tomás de Aquino, comentando precisamente el pasaje que Aristóteles dedica a la equidad en su *Ética a Nicómaco*, toda ley "se da universalmente, porque, en efecto, las cosas particulares son infinitas, no pueden ser abarcadas por el entendimiento humano, de manera que se pueda dar una ley para cada uno de los particulares. Por lo tanto, es preciso que la ley se dé universalmente. Pero en ciertos casos no es posible que se diga algo que sea universalmente verdadero, como en las contingentes, en las que, aunque algo sea verdad en la mayoría de los casos, en algunos pocos, sin embargo, no lo es. Y tales son los hechos humanos, sobre los cuales se dan las leyes. En estos hechos es necesario que el legislador hable universalmente por razón de la imposibilidad de abarcar los casos particulares, y, sin embargo, tampoco es posible que en todos ellos se comporte rectamente lo que se dice, en virtud de que falla en algunos pocos casos". Y concluye: "para dirigir las acciones particulares están ya los preceptos concretos de los hombres prudentes, mientras que la ley, como ya hemos dicho, es un precepto necesario y común".

Así, en el ejemplo que brinda el propio Tomás de Aquino, que el que recibió de otro una cosa en depósito deba devolverla cuando aquel que la entregó la requiera, es un acto justo según la ley, puesto que la ley, al regular el contrato de depósito, establece como obligación del depositario devolver la cosa depositada al depositante cuando este último la requiera. Además de tratarse de un acto justo según la ley, dicho acto no produci-

rá por lo común ningún efecto dañino, de modo que si el depositario no devuelve la cosa y se promueve un litigio al respecto, el juez hará bien decretando que debe devolverla y, además, que debe indemnizar al depositante por los perjuicios que le hubiere ocasionado con su retardo en la entrega de la cosa. Sin embargo, en algún caso podría ser inconveniente que el juez resolviera de ese modo, como, por ejemplo, si el loco furioso pide que se le devuelva la espada que dio en depósito. En este caso, el juez tendría buenas razones para no decidir conforme lo justo según la ley, porque si bien existe y es justa la norma abstracta y general que da derecho al depositante a recuperar la cosa dada en depósito, en la situación del loco furioso que reclama la devolución de su espada no sería justo resolver conforme a esa norma puesto que, de hacerlo, se seguirían consecuencias inconvenientes. ¿Cuáles? Las que se siguen siempre que un loco furioso circula armado entre sus semejantes.

Por ello es que Tomás de Aquino se refiere a la equidad como "los preceptos *concretos* de los hombres *prudentes*". Por eso es también que a la equidad se la llama "justicia del caso particular". En consecuencia, la equidad no es algo *distinto* de lo *justo*, sino algo justo que es *mejor* que lo *justo legal*. Dicho brevemente: lo equitativo *es* justo, y, a la vez, *mejor* que lo justo legal.

Una noción de equidad.— Sin embargo, la equidad juega un papel importante en el derecho no sólo en las dos hipótesis antes señaladas, sino también en la interpretación de las leyes oscuras o contradictorias. Por lo mismo, es posible construir la siguiente noción de equidad:

Dícese que un caso jurídicamente relevante de la vida social se resuelve en equidad cuando, al faltar una ley que lo contemple y regule, o bien al existir una ley que lo regula de un modo que resulta vago, indeterminado, oscuro, confuso o contradictorio, o bien al existir una ley que lo regule y que de su aplicación puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de la ley no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece razonable evitar, el juzgador encargado del conocimiento y fallo del caso administra una solución construida sobre la base de la idea que él forja en conciencia acerca de lo que sea justo resolver a propósito del caso de que se trate, para lo cual el juzgador empleará ante todo

su prudencia, esto es, su capacidad de deliberar en torno al caso, a fin de verificar y comprender las particulares circunstancias del mismo, viéndose asimismo influenciado en su decisión por diversos factores a los que se puede llamar fuentes de las decisiones equitativas.

Dicha noción de equidad puede ser descompuesta en *tres* partes. La *primera*, que va desde la palabra "Dícese" hasta el verbo "evitar", identifica las tres *hipótesis* en que la equidad puede hacerse presente, que son las mismas, por lo demás, que dan cabida a los principios generales del derecho, razón por la cual estos últimos y la equidad comparten la condición de fuentes supletorias del derecho. De este modo, la equidad, según lo expresado en esa parte de la noción que hemos dado de la misma, sirve para interpretar las leyes, para integrarlas en caso de lagunas, y, asimismo, para evitar que de la aplicación de una ley a un caso dado puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de esa ley no previó ni pudo querer que se produjeran, de modo que resulta razonable que sea el juez quien evite finalmente que se produzcan.

La *segunda* parte de nuestra noción de equidad, que se inicia con la expresión "el juzgador" y concluye con la palabra "trate", pone de manifiesto el *núcleo* del concepto de equidad, puesto que dice que decidir en equidad un asunto equivale a decidirlo sobre la base de la idea que acerca de lo justo consigue formarse el juzgador en relación con el caso de que se trata. Por lo tanto, si decidir en equidad es decidir conforme a una idea de lo justo, cabe advertir que no se trata de una idea *general* acerca de la justicia, sino de la idea de lo justo que frente al caso *particular* de que se trata ha podido formarse el juzgador. En consecuencia, la solución de equidad es una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien forma dentro de sí una idea acerca de lo que sea justo en relación con el caso de que se trata.

Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, con su propia capacidad valorativa, que le permitirá sopesar las distintas alternativas de solución que el caso pueda ofrecer, y cuenta también con el propio caso a resolver, cuyos hechos y circunstancias delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y la actividad valorativa del juzgador.

Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que, además de lo ya dicho, es preciso advertir que esa solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes o factores que, combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste.

A tales factores o antecedentes puede denominárseles “fuentes de la equidad”, o fuentes de las decisiones equitativas, y a ellas vamos a referirnos al pasar ahora a la tercera parte de nuestra noción de equidad. Esa parte comienza con la expresión “para lo cual” y concluye con la palabra “equitativas”, que es aquella con la que termina la propia noción que nos encontramos analizando.

Dicha parte *final* de la noción puntualiza, en primer término, que la equidad se vincula con la virtud intelectual de la prudencia, esto es, con la capacidad y el hábito de deliberar lo conveniente a cierto fin. Prudente, escribe Aristóteles, “es el que sabe deliberar, o sea, el que calcula bien lo conveniente a cierto fin”, en nuestro caso el de dar una solución adecuada a la situación que el juez debe resolver. Tanto más se conecta con la equidad la virtud de la prudencia si se tienen en cuenta las expresiones de Aristóteles en el sentido de que esta última virtud “no es sólo de lo universal, sino que debe conocer las circunstancias particulares, porque se ordena a la acción, y la acción se refiere a los casos particulares. La prudencia, por tanto, es práctica; así que es preciso poseerla en lo general y en lo particular, y más bien en esto último”.

Tal como ha sido señalado, para dar la solución de equidad, esto es, para llegar a formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver en el caso de que se trata, el juzgador cuenta no sólo con su prudencia, sino con determinados antecedentes o factores que coadyuvan a formar el criterio del juzgador. A tales antecedentes y factores puede llamárseles, por lo mismo, “fuentes de las decisiones equitativas” y a ellos nos vamos a referir a continuación.

Fuentes de las decisiones equitativas.— Si volvemos a la idea que Aristóteles tuvo de la equidad, comprobaríamos que para este autor la fuente de la equidad es lo *justo natural*.

Justo legal, según quedó establecido antes, es lo justo según la ley, de manera que decir de una cosa que ella es justa según la ley equivale a afirmar que lo es en virtud de que el legislador así lo ha establecido en alguna de las normas abstractas y generales de las que es autor.

Pero también hay cosas que son justas por naturaleza, esto es, porque la naturaleza, no el legislador, así lo ha dispuesto, de manera que al lado de lo *justo legal* existe lo *justo natural*.

Trasladando la distinción entre justo natural y justo legal, entre cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por disposición de la ley, al lenguaje actual de los juristas, puede decirse que para Aristóteles está por un lado el *derecho natural*, que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de nuestra aprobación o desaprobación, y, por otro, el *derecho positivo*, compuesto por normas cuyo contenido es en principio indiferente, de modo que corresponde a la autoridad normativa dotarlas de un contenido o de otro. En consecuencia, el derecho natural encuentra su causa en la naturaleza, y porque la naturaleza es la misma en todas partes, las prescripciones del derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son universales e inmutables, “como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia”, según la expresiva declaración de Aristóteles. Por lo mismo, el contenido del derecho natural no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza, traduciendo dicho contenido, según Tomás de Aquino, en “ciertos principios indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes”.

En cambio, el derecho positivo encuentra su causa en la voluntad o decisión del hombre, quien lo instituye dotándolo de los más diversos contenidos. Sus normas, por lo mismo, son contingentes y variables y limitan su validez a un ámbito temporal y territorial determinado. En palabras de Aristóteles, “las cosas justas que no son naturales sino por humana disposición no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas”.

Con todo, Aristóteles entiende que el derecho positivo deriva del derecho natural, ya por *conclusión*, ya por *determinación*. La derivación es por *conclusión* cuando el contenido de una norma del derecho positivo resulta ser una aplicación directa de al-

guna norma o principio del derecho natural. Por ejemplo, cuando el derecho positivo castiga el homicidio, lo que hace es fijar una de las conclusiones que es posible derivar del principio del derecho natural que dice que a nadie debe dañarse injustamente. La derivación ocurre por *determinación* en todo aquello que el derecho positivo puede normar tanto de un modo como de otro, al no proceder su contenido directamente del derecho natural, como acontece cada vez que la ley establece cuál es la escala de penalidad que un juez puede recorrer en presencia de un delito de homicidio.

En ese marco de ideas, Aristóteles considera que la fuente de la equidad es lo justo natural, lo cual significa que el juzgador debe fijar el contenido de su fallo en equidad estableciendo qué es lo que dispone el derecho natural sobre la materia de que se trate. Ahora bien, si se pregunta cómo puede acceder el juzgador a lo *justo natural*, para derivar de allí la solución de equidad, Aristóteles responde que ello se consigue por medio de las virtudes intelectuales, a saber, prudencia, sabiduría e intuición.

La solución dada por Aristóteles en este punto no está exenta de dificultades, puesto que para que el reenvío del juez al derecho natural tenga éxito se requieren varias condiciones, a saber, que el derecho natural exista realmente; que el juez esté convencido de su existencia; que el juez cuente con medios confiables para acceder al conocimiento del derecho natural; y, establecido todo eso, que el derecho natural provea efectivamente la solución de equidad que el juez tiene que acoger en su fallo.

Por lo mismo, resulta conveniente atender a un planteamiento distinto sobre la cuestión de la fuente de las decisiones equitativas, como puede ser el siguiente:

- a) la solución de equidad responde siempre a una convicción de orden estimativo que el juzgador forma en su conciencia respecto de lo que sea justo resolver frente a un caso dado;
- b) para formar esa convicción, el juzgador cuenta con su propia conciencia valorativa y cuenta, además, con el caso concreto al que la atención de dicha conciencia debe dirigirse;
- c) lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que dicha solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida, por ciertos antecedentes o factores de diversa índole;

d) los principios generales del derecho, que comparten con la equidad el carácter de fuentes supletorias del derecho, son uno de tales elementos o factores, puesto que, debidamente inteligidos por el juzgador, demarcan un ámbito de sentido que éste no podría traspasar con su decisión equitativa. En otros términos: los principios generales del derecho imponen al juzgador unos ciertos límites que éste no puede traspasar al dar una determinada decisión de equidad;

e) otro factor importante está constituido por los precedentes, esto es, por otras decisiones de equidad previas que hayan recaído sobre casos próximos o afines a aquel que tiene que ser resuelto en equidad. La combinación de la equidad con el precedente es perfectamente posible, puesto que las decisiones de equidad pueden llegar a formar una masa de precedentes a la que el juez que debe dar un fallo en equidad puede sentirse fuertemente vinculado;

f) el razonamiento por analogía, que constituye un método de integración de la ley, tal como veremos en el capítulo V, puede ser también un valioso auxilio para el juzgador cada vez que éste deba recurrir a la equidad en cualquiera de las tres hipótesis que fueron destacadas a propósito de la noción de equidad que fijamos precedentemente;

g) la solución de equidad estará también determinada por las valoraciones socialmente dominantes que respecto de la materia de que se trate tengan un firme arraigo en la sociedad de que se trate. En rigor, un juez nunca es indiferente a ese tipo de valoraciones, lo confiese o no así, y los fallos en equidad son propicios a una mayor influencia de la atmósfera valorativa que pueda rodear al juez en un momento dado;

h) las propias y personales convicciones valorativas del juez jugarán también un papel importante, como es obvio, al momento que aquél tenga que formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver frente a un caso determinado; e

i) por último, vale la pena decir que todos esos elementos y factores, actuando en conjunto y de manera interrelacionada, influirán en la solución de equidad, en mayor o menor medida según los casos y de un modo más o menos consciente para el juzgador. Por lo mismo, la solución de equidad aparecerá siempre como fruto de una decisión razonada y voluntaria del pro-

pio juzgador, aunque las raíces de la decisión podrán ser rastreadas en la presencia simultánea y no siempre armoniosa de esa suma de antecedentes y factores previamente identificados.

La equidad en el derecho chileno.— El estatuto acordado a la equidad en nuestro derecho es el mismo que tuvimos ocasión de analizar a propósito de los principios generales del derecho. Juegan aquí el art. 24 del Código Civil y el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones constitucionales y del Código Orgánico de Tribunales que consagran el llamado “principio de inexcusabilidad”.

Es preciso mencionar, además, por lo que respecta a las lagunas del derecho legislado, el art. 5 del Código Civil, y, desde luego, el art. 23 del mismo cuerpo legal, que declara que lo favorable u odioso de una disposición legal no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.

Llama la atención, en todo caso, que el art. 24 se refiera a la equidad bajo la expresión “equidad natural”, lo cual, lo mismo que en el caso de la expresión “espíritu general de la legislación”, puede ser entendido como una restricción, puesto que si se dice “principios generales del derecho” se dice algo más que “espíritu general de la legislación”, mientras que si se dice “equidad” se dice también algo más que “equidad natural”.

¿Qué puede ser la equidad *natural*?

Al valerse de una expresión como esa, Bello no pensaba en la posibilidad de que el juez antepusiera su idea de justicia a la que se encontrare plasmada en la ley. Ni siquiera pensaba en la equidad como un correctivo o enderezamiento de lo justo según la ley. Decía él que “el juez es esclavo de la ley” y que “debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza”, expresiones con las cuales no hacía sino ponerse a tono con las ideas por entonces dominantes de la Exégesis y exteriorizar sus temores frente a una judicatura profesionalmente débil en un país que tenía sólo algunas décadas de vida independiente.

En parecer de Alejandro Guzmán, la *equidad natural* no es otra que la que se encuentra en los textos, y que es producto de la reflexión y discusión de los juristas, aunque en tiempos pretéritos “todos los juristas pensaban que había un texto en que la equidad estaba inscrita como por antonomasia: el *Corpus Iu-*

ris. Domat es un buen ejemplo de este punto de vista, puesto que sostuvo que “las reglas que se extraen de las decisiones contenidas en el Derecho romano tienen el carácter de leyes naturales, por los principios de la equidad natural de donde ellas han sido sacadas”. En esta misma línea de pensamiento, el propio Bello, refiriéndose a las leyes romanas, dijo de ellas 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”.

Por nuestra parte, reiteramos que equidad no es sinónimo de subjetividad ni menos de arbitrariedad, y que para formar una decisión equitativa bien puede recurrirse también, además de los elementos o factores que ya indicamos, a criterios que se encuentren aprobados por la doctrina, lo cual dista mucho de aceptar la idea, escasamente realista, de que las antiguas leyes romanas puedan constituirse en una cantera inagotable y siempre actual de soluciones cada vez que un juez de nuestro tiempo tenga que dar un fallo en equidad.

6. EL ACTO JURIDICO

Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. El acto jurídico y el contrato como fuentes formales del derecho.

Hecho, hecho jurídico y acto jurídico.— Ante todo, es preciso distinguir entre *hechos* y *hechos jurídicos*, puesto que los *actos jurídicos* —objeto ahora de nuestro interés— son una clase de hechos jurídicos, mientras que, por su parte, los *contratos* son un tipo de acto jurídico.

Un *hecho*, sin más calificación, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que no produce efectos en el campo del derecho. La luna llena y el saludo que alguien hace al conductor del vehículo de transporte público al que sube por la mañana constituyen ejemplos, respectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que no producen efectos jurídicos.

Hecho jurídico, en cambio, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que produce efectos en el campo del derecho. El transcurso del tiempo, en virtud del cual un joven adquiere la mayoría de edad, y el matrimonio, son ejemplos, res-

pectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que producen efectos jurídicos.

A los hechos jurídicos provenientes del hombre se les puede llamar *hechos jurídicos propiamente tales*. Por su parte, estos hechos pueden ser *involuntarios* y *voluntarios*. Involuntarios son aquellos que provienen del hombre, aunque sin la intención precisa de producir efectos jurídicos, como es el caso, por ejemplo, del art. 2319 del Código Civil, que a propósito de los delitos y cuasidelitos civiles, dispone que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes, aunque serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Hechos jurídicos voluntarios son aquellos que el hombre ejecuta conscientemente y que producen efectos jurídicos, sean o no queridos por su autor. Estos hechos jurídicos voluntarios pueden ser *lícitos* o *ilícitos*. Los hechos voluntarios ilícitos se llaman delitos y los delitos pueden a su vez ser delitos civiles o delitos penales. En la comisión de delitos el responsable de éstos busca obtener ciertos efectos, pero los efectos propiamente jurídicos que se siguen de su acción los establece la ley. Ahora bien, un hecho ilícito del hombre puede ser deliberado, caso en el cual estamos en presencia de un *delito*, o resultado sólo del descuido o negligencia del autor, caso en el cual estamos en presencia de un *cuasidelito*, pero, en todo caso, las consecuencias jurídicas resultantes no son queridas por quien ejecutó el acto correspondiente, sino establecidas e impuestas por la ley.

En cuanto a los hechos jurídicos voluntarios y lícitos, pueden ser producidos con intención de producir determinados efectos jurídicos, caso en el cual constituyen lo que se llama *actos jurídicos*, o bien sin intención de producir determinados efectos jurídicos, caso de los así llamados *cuasicontratos*.

Por tanto, *acto jurídico* es toda manifestación voluntaria y lícita del hombre, ejecutado con la intención precisa de producir determinados efectos jurídicos, los cuales pueden consistir en la adquisición, pérdida o modificación de derechos y deberes jurídicos.

Ahora bien, una de las clasificaciones más importantes de los actos jurídicos es la que distingue entre *actos jurídicos unilaterales* y *actos jurídicos bilaterales*. Los primeros son aquellos que para formarse como tales precisan de la voluntad de una sola parte,

mientras que los segundos son los que para formarse como tales requieren del acuerdo de voluntades de dos o más partes. Como se ve, esta clasificación atiende al número de *partes* que se necesitan para la formación del acto y no al número de *personas*, puesto que cada parte puede estar constituida por una o varias personas. Cabe señalar, asimismo, que al acuerdo de voluntades necesario para producir un acto jurídico bilateral se le llama *consentimiento*.

En cuanto a los actos jurídicos unilaterales, los hay que producen efectos jurídicos únicamente en relación con la parte que los otorga, como acontece, por ejemplo, con la oferta de celebrar un contrato que obliga al que la hace a suscribir el contrato cuando la oferta es aceptada o con el ofrecimiento de un premio o recompensa. Pero hay también actos jurídicos unilaterales que producen efectos respecto de personas distintas de aquella que los ejecuta u otorga, como es el caso del testamento.

A los actos jurídicos bilaterales se les llama también *convenciones*, y se les denomina *contratos* cuando la finalidad es *crear* derechos y obligaciones. De este modo, *convención* es todo acto jurídico bilateral destinado a *crear, modificar* o *extinguir* derechos y obligaciones, mientras que *contrato* es aquella convención que está destinada únicamente a *crear* derechos y obligaciones para las partes que intervienen en ella. En consecuencia, la convención es el género y el contrato la especie.

Por su parte, los contratos también se clasifican en uni y bilaterales, dependiendo si las obligaciones que por su intermedio se crean son sólo para una de las partes o para ambas. Así, *contrato unilateral* es aquel en que una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, como es el caso de la donación y del comodato, mientras que *contrato bilateral* es aquel en que ambas partes se obligan recíprocamente, como acontece con la compraventa y el arrendamiento.

En materia de contratos, el principio rector de los mismos es el que se señala por el art. 1545 del Código Civil, que declara que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo y por causas legales".

Lo que semejante disposición persigue no es transformar el *contrato* en una *ley*, puesto que sabemos que la ley es una fuente formal del derecho en la que intervienen dos poderes del Esta-

do, legislativo y ejecutivo. Al expresarse del modo que lo hace, la citada disposición quiere reforzar la autonomía que los sujetos de derecho tienen para contratar y, por este medio, para crear derechos y obligaciones, y reforzar, asimismo, el carácter vinculante que las cláusulas de un contrato tienen respecto de quienes hayan concurrido a su celebración. En otras palabras: la disposición del art. 1545 del Código Civil refuerza la idea de que lo que hacen a fin de cuenta los contratantes al contratar es crear o producir determinadas normas jurídicas, de carácter particular, que concederán derechos e impondrán obligaciones a las partes según el tipo de contrato que hayan celebrado.

En cuanto a los efectos de los contratos, eso es, concerniente a los derechos y obligaciones que resultan para los contratantes, pueden producirse tres situaciones, a saber, que la legislación nada disponga al respecto y que todos los efectos se regulen exclusivamente por la voluntad de las partes; que la legislación regule los efectos del contrato de un modo genérico que permite a las partes contratantes variar en alguna medida las normas legales sobre la materia o introducir especificaciones no contempladas en éstas; y que la legislación regule de modo pormenorizado y estricto todos los efectos del contrato, caso en el cual la voluntad de las partes se hace presente al momento de celebrarse el contrato, mas no en la determinación de sus efectos.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que, cualquiera sea la situación de los contratantes respecto de la determinación de los efectos del contrato, su voluntad es necesaria para que el contrato pueda nacer a la vida jurídica, lo cual significa que la voluntad de los sujetos contratantes siempre tiene, en mayor o menor medida según los casos, un poder de producir normas jurídicas particulares cuyo ámbito de validez se circunscribirá, en principio, a los propios sujetos contratantes.

En cuanto a las demás clasificaciones de los actos jurídicos, así como a los elementos constitutivos y a los requisitos necesarios para su existencia y validez, son materias propias de un curso de derecho civil. Lo mismo cabe decir de los contratos. Lo que interesa ahora, de preferencia, es percibir cómo los actos jurídicos, y en especial los contratos, constituyen una fuente formal del derecho, esto es, un procedimiento para crear o producir normas jurídicas, a la vez que un continente donde es posible identificar normas de ese tipo.

Actos jurídicos y contratos como fuentes formales del derecho.— En efecto, los actos jurídicos y los contratos, tal como han sido definidos previamente, dan cuenta de una zona que el ordenamiento jurídico deja a los sujetos de derecho para que participen directamente en el proceso de producción del derecho por medio de las determinaciones voluntarias que tales sujetos quieran hacer en ese sentido.

En otros términos, el *negocio jurídico*—como a veces se prefiere llamar a los actos jurídicos— es un hecho productor de derecho, tanto como lo son la ley en el caso del legislador y la sentencia en el caso del juez, no más que tratándose del acto jurídico y de quienes lo otorgan estamos en presencia no de órganos jurídicos en posición de autoridad, sino de sujetos normativos que quedan vinculados por las mismas normas que ellos han concurrido a producir, unas normas de carácter particular, similares en esto a las de la sentencia judicial, puesto que por lo común afectarán con su validez únicamente a los sujetos que hayan intervenido en la elaboración del acto jurídico de que se trate.

Actos jurídicos y contratos, por lo mismo, confirman que el derecho cuenta tanto con métodos *heterónomos* como *autónomos* de producción de normas, y que el derecho no está compuesto sólo por normas *generales*, sino que las hay también *particulares*.

Podría creerse que los sujetos de derecho no producen normas jurídicas por medio de los actos jurídicos y de los contratos, puesto que al otorgar aquéllos y suscribir éstos deben hacer aplicación de las normas del derecho legislado que se refieren a su capacidad para otorgar actos jurídicos y celebrar contratos y que regulan muchas veces, además, la manera de otorgarlos y celebrarlos e, incluso, los efectos jurídicos que habrían de seguirse. Sin embargo, y tal como tuvimos ocasión de explicar a propósito de la sentencia judicial como fuente formal del derecho, que los sujetos de derecho al contratar hagan aplicación de determinadas normas generales de la legislación no impide que a la vez creen o produzcan normas jurídicas particulares.

Tiene razón Kelsen, en consecuencia, cuando afirma que al establecer el ordenamiento jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, lo que hace, a fin de cuentas, es "autorizar a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas generales produ-

cidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico”.

Tratándose en particular de los contratos, el autor aclara que se trata “de lejos del negocio jurídico más importante en el derecho moderno”, configurándose los contratos a partir de “las declaraciones concordantes de voluntad de dos o más individuos, dirigida a una determinada conducta de los mismos”. Puede ser que el ordenamiento jurídico prescriba determinada forma para esas declaraciones a fin de que produzcan efectivamente las normas que obliguen y faculden a los contratantes –por ejemplo, estableciendo que el contrato ha de celebrarse por escrito–, pero, en todo caso, “las partes tienen que expresar de alguna manera su voluntad, es decir, darle alguna exteriorización”.

Con todo, la palabra “contrato”, lo mismo que pasa con la “ley”, designa tanto al hecho productor de normas jurídicas como a las normas que resultan de ese hecho. Así, dice Kelsen, “se habla de la celebración de un contrato, aludiéndose así a los actos que constituyen el hecho productor de normas” y “se habla de la validez de un contrato, aludiéndose a la norma producida por ese hecho, puesto que sólo una norma, y no un acto, puede tener validez”. Lo que pone de manifiesto este doble uso de la palabra “contrato” –para aludir a un *hecho productor de normas* y para aludir a las *normas* que resultan de ese hecho– no es más que el efecto que se sigue de ser el contrato, a la vez, un método de producción de normas y un continente donde es posible identificar las normas que han sido producidas convencionalmente por dos o más sujetos de derecho.

Al contratar –continúa Kelsen– “las partes hacen uso de las normas legales que hacen posible las transacciones jurídicas”, de donde resulta que “al concluir una transacción jurídica las partes aplican esas normas generales”. Pero, a la vez, se trata de un acto creador de derecho, “ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en él intervienen”.

De este modo, la voluntad de dos sujetos concordantes en la decisión que uno de ellos dé una cosa mientras el otro pague su valor en dinero, debe ajustarse, tanto formal como materialmente, a las normas generales de la legislación que regulan la compraventa, normas que, por tanto, resultan aplicadas con ocasión del contrato que estamos imaginando. Si se trata de un inmueble, por ejemplo, la declaración de voluntad de las partes

tendrá que constar en una escritura pública (marco formal), mientras que el precio de la venta deberá ser determinado por los contratantes, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de ellos (marco material). Pero los deberes y facultades jurídicas concretas de que resultan investidas las partes contratantes como resultado del contrato no provienen propiamente de las normas generales que se aplican en este negocio, sino de las normas particulares que por medio de este mismo negocio jurídico han sido creadas.

De este modo, la determinada obligación de *A* de dar su casa a *B* a cambio de una suma de dinero *P*, no proviene de que el Código Civil establezca como obligación principal del vendedor la entrega de la cosa –por cuanto se trata de una formulación abstracta y general–, sino de la voluntad expresada en tal sentido al momento de celebrarse el respectivo contrato. Y lo mismo puede decirse de la obligación de *B* de pagar el precio *P*. Tanto es así que antes de la celebración del contrato, ni *A* ni *B* tenían recíprocamente ningún tipo de obligación al respecto. Ni *A* debía entregar su casa a *B* ni éste debía a *A* la suma de dinero *P*. Si estas obligaciones jurídicas han nacido, lo mismo que los derechos correlativos a ellas, es en virtud de la declaración de voluntad concurrente. Si *A* y *B* no contratan, nada se deben, no existe –en suma– norma jurídica alguna que les imponga, determinadamente, los deberes jurídicos que cada uno reconoce como suyos.

Así las cosas, y si del contrato resultan obligaciones y facultades jurídicas, y si las obligaciones y facultades jurídicas provienen siempre de una norma jurídica, quiere decir, entonces, que el contrato ha constituido, a la vez, un acto de *aplicación* de normas jurídicas y un acto de *creación* de éstas. Ahora bien, las normas generales que resultan aplicadas y las particulares que son creadas con ocasión del contrato no difieren en su carácter normativo, sino en el hecho de que las primeras tienen un carácter *general y abstracto*, mientras que las segundas lo tienen *individualizado y singularizado*.

A fin de contrastar las precedentes ideas con la moderna evolución tenida por el derecho de los contratos y con las distintas modalidades que se conocen, pueden verse las páginas finales del trabajo del autor de este manual, *La dimensión de autonomía en el derecho*, publicado en Revista de Ciencias Sociales N° 20, “El

neokantismo en la filosofía del derecho", Edeval, Valparaíso, 1982.

7. ACTOS CORPORATIVOS

Concepto. Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. Actos jurídicos y actos corporativos.

Concepto.— Actos corporativos son aquellos que ejecutan las corporaciones e instituciones, en general personas jurídicas colectivas, y tienen por finalidad crear o producir normas jurídicas generales, aunque circunscritas en su ámbito de validez únicamente a los socios o asociados de la institución de que se trate.

De este modo, por ejemplo, las corporaciones y fundaciones, ambas personas jurídicas colectivas sin fines de lucro, producen normas de vasto alcance, esto es, que no afectan a uno o más determinados individuos, sino a todos los que forman parte del correspondiente círculo de asociados. Por lo mismo, los actos corporativos, y las normas que por su intermedio se producen, regulan la actividad de la institución y las relaciones que concierne a ésta tienen entre sí los asociados.

Cabe destacar, por lo mismo, que los actos corporativos son ejecutados no por sujetos de derecho individualmente considerados, sino por entes colectivos que en general se llaman "organizaciones". El resultado de los actos corporativos son normas jurídicas generales, en el sentido antes explicado, no obstante que su validez se limita a los miembros de la respectiva organización, quienes les deben acatamiento aunque no hubieren participado en la producción de las normas. Al conjunto de las normas resultantes de los actos corporativos se le denomina *derecho corporativo*, o derecho *estatutario*, puesto que sus normas tienen origen en las organizaciones y se expresan y contienen en los estatutos que cada corporación se da a sí misma para regir su actividad y regular los derechos y deberes de los asociados. Se trata, como dice Antonio Bascuñán Valdés, de "un conjunto de normas estatutarias de carácter general, abstracto y permanente, que rigen la conducta no sólo de quienes las dictaron, sino también la de quienes ingresan con posterioridad a la institución".

PRIMERA PARTE EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO SISTEMA NORMATIVO DINAMICO

1. INTRODUCCION

Norma jurídica y ordenamiento jurídico.

Los actos corporativos como fuentes formales del derecho.— El ordenamiento jurídico, así como autoriza a los sujetos de derecho individualmente considerados para producir normas jurídicas particulares en aplicación de las normas generales de la legislación, del mismo modo reconoce competencia a las organizaciones para producir normas generales en el marco de la legislación, aunque se trata de normas que, por su misma finalidad, no pueden tener un ámbito de validez que sobrepase el de la respectiva institución y el de los que en calidad de asociados pertenecen a ella.

La legislación, en suma, regula la producción del derecho corporativo por parte de los diversos tipos de instituciones, de modo que cada vez que éstas producen normas estatutarias aplican aquellas de la legislación que regulan su producción. A la vez, y tal como acontece con los actos jurídicos, los actos corporativos conducen a la creación de nuevas normas, que junto con establecer el objeto de la institución y la organización interna de ésta, fijan los derechos y deberes de los asociados y regulan las actuaciones de éstos en la esfera más amplia de las actividades de la institución.

En suma: los actos corporativos *aplican y producen* derecho, o, mejor aun, producen el llamado derecho corporativo o estatutario en aplicación de las normas del derecho legislado que da competencia a distintos tipos de organizaciones para producir las normas jurídicas por las que habrán de regirse internamente.

Actos jurídicos y actos corporativos.— De ambos puede decirse que constituyen ámbitos que para la producción jurídica el ordenamiento jurídico reserva para sujetos e instituciones que no tienen el carácter de órganos del Estado. Sin embargo, hay diferencias entre unos y otros.

De partida, los actos jurídicos producen normas jurídicas sobre la base de la voluntad de quienes los otorgan o concurren a ellos; en cambio, los actos corporativos producen normas para el conjunto de los asociados, sin que éstos tengan que consentir en las normas de que se trata, las cuales son dictadas por los órganos internos de la respectiva organización, por ejemplo, su directorio o la asamblea de socios, actuando aquél y ésta por medio de determinaciones de mayoría.

Por otra parte, los actos jurídicos conducen a la producción de normas particulares que en principio circunscriben su validez a los sujetos que concurren al acto; en cambio, los actos corporativos conducen a la producción de normas generales, aunque limitadas, en todo caso, a la organización que las dicta.

CAPITULO IV

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

se sigue que "el ordenamiento proporciona la materia del sistema", mientras que "el sistema consiste en la reconstrucción científica del ordenamiento, reduciendo su contenido a conceptos y organizando o disponiendo éstos según criterios teóricos determinados".

Por lo mismo, las características de coherencia y sistematicidad que se predicen comúnmente del ordenamiento jurídico, son, a nuestro juicio, propiedades que debe tener el sistema jurídico. En otras palabras: un conjunto de normas no es necesariamente coherente ni sistemático, aunque sí debe serlo el conjunto de proposiciones de carácter cognoscitivo que reconstruyen y explican ese conjunto de normas con vistas a su difusión y mejor aplicación a los casos prácticos que se presentan en la vida social.

Finalmente, *comunidad jurídica* es una expresión que se utiliza para aludir a un conjunto de seres humanos cuyos comportamientos se encuentran regidos por un mismo ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que si el ordenamiento jurídico rige la vida de una comunidad jurídica, el primero no debe ser confundido con la segunda, puesto que el ordenamiento es un conjunto de normas y la segunda un conjunto de seres humanos. Por tanto, el ordenamiento jurídico chileno es una cosa y la comunidad jurídica chilena otra, aunque ésta se halla regida por aquél.

Establecidos los conceptos y distinciones anteriores, de lo que vamos a tratar en este capítulo es del *ordenamiento jurídico*, es decir, de ese determinado conjunto de normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo dados.

Afirmar que las normas jurídicas constituyen en su conjunto un ordenamiento, supone que aquellas no son independientes unas de otras, o sea, supone que para "existir, persistir y conseguir adecuadamente sus fines, requieren de otras y del conjunto de todas ellas", como escribe Manuel de Rivacoba. En otras palabras, la idea de que las *normas* forman un *ordenamiento* supone que las primeras no permanecen "inconexas" o en una situación de mera "yuxtaposición", sino que se hallan "vinculadas unas a otras, ora coordinada, ora subordinadamente".

Sin embargo, existen *cuatro* situaciones problemáticas que dificultarían la identificación de un vínculo común entre todas las normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo dados. En primer lugar, las normas jurídicas son *innumerables*, lo cual quiere

decir que en relación a cualquier derecho históricamente dado, por ejemplo, el derecho chileno actualmente vigente, no se encuentra determinado, ni es tampoco determinable, el número o cantidad exacta de normas que lo componen. Además de innumerables, acontece con las normas jurídicas que éstas no se producen a través de un solo método de creación, sino por medio de *distintos métodos*—las llamadas "fuentes formales del derecho"—, y, por lo tanto, las normas no se encuentran en un solo continente normativo, sino que se reparten, por así decirlo, en varios de estos continentes. Por otra parte, algunos de tales métodos de producción de las normas son *heterónomos*, como es el caso de la legislación y de la jurisprudencia de los tribunales, mientras que otros muestran una importante dimensión de *autonomía*, como es el caso de la costumbre jurídica y de los actos jurídicos. Por último, a todo lo anterior se suma el hecho de que algunas de las fuentes formales, por ejemplo, la legislación y la costumbre, suelen dar lugar a normas jurídicas de carácter *abstracto y general*, esto es, a normas que rigen números indeterminados de personas, hechos o situaciones, en tanto que otras fuentes, como el caso de la sentencia judicial y los actos jurídicos, originan normas jurídicas *concretas y singulares*, o sea, normas que restringen su ámbito de validez a determinados sujetos, casos o situaciones.

A pesar de tales dificultades, es posible afirmar que las normas jurídicas forman un todo unitario, aunque para determinar de una manera plausible que ello ocurre efectivamente así, es preciso esclarecer previamente qué entendemos por "todo unitario", o, lo que es lo mismo, es menester establecer sobre la base de qué condición o exigencia un conjunto de partes o de elementos pueden llegar a constituir un todo unitario.

Todo unitario es lo opuesto a parte o elemento, como también lo opuesto a simple suma, adición o yuxtaposición de partes o elementos. Dicho positivamente: un todo es una reunión de partes o elementos vinculados entre sí por una fundamentación común. Así, por ejemplo, es por obra de algún vínculo o fundamentación común que un conjunto de palabras puede ser identificado en determinados casos como constitutivo de una unidad que llamamos "novela".

Por lo mismo, las normas jurídicas constituirán un todo unitario en la medida en que sea posible verificar a su respecto la

aislada de la norma jurídica, desaparecen si con ese mismo propósito se adopta la perspectiva del ordenamiento jurídico, esto es, la de esa suerte de organización o conjunto que forman las normas del derecho. Por lo mismo, escribe Bobbio, "el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma jurídica".

Si se acepta el punto de vista antes señalado, quiere decir, como reitera Bobbio, que "el problema de la definición del derecho se convierte en un problema de definición de un ordenamiento normativo y, consecuentemente, la distinción entre este tipo de ordenamiento normativo y otro deja de ser un problema de definición de un tipo de norma". Al proceder de este modo, para explicar qué es una norma jurídica bastaría con decir que es aquella "que pertenece a un ordenamiento jurídico", con lo cual "el problema de determinar qué significa 'jurídico' se desplaza de la norma al ordenamiento".

Así las cosas, con ese reenvío de la norma al ordenamiento, "la dificultad para encontrar una respuesta a la pregunta ¿qué se entiende por norma jurídica?, se resuelve desplazando el plano de la investigación, esto es, haciendo otra pregunta: ¿qué se entiende por ordenamiento jurídico?"

La estrategia propiciada por Bobbio tiene importancia, porque una de las dificultades con que nos encontramos al considerar el derecho desde la perspectiva de la norma jurídica, consistió en que algunos enunciados que forman parte del derecho no son normas, que es lo que ocurre, por ejemplo, con los enunciados que definen conceptos jurídicos o expresan determinadas aspiraciones económicas, sociales o culturales de la sociedad. En cambio, un ordenamiento, esto es, un conjunto normativo, como dice Nino, "no siempre está constituido sólo por normas", de modo que la consideración del derecho como ordenamiento permite dar cabida a enunciados no estrictamente normativos y concluir, como hace Hart, que el derecho es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas.

Por otra parte, si hemos de ponerlo ahora en el lenguaje de Kelsen, pasar de la teoría de la *norma jurídica* a la teoría del *ordenamiento jurídico* equivale a pasar de una consideración "estática" a una "dinámica" del derecho, o sea, significa pasar de una visión del derecho en estado de reposo a otra donde se le apre-

cia como una estructura de normas en que unas regulan la producción de otras y crean entre sí relaciones tanto de coordinación como de subordinación.

Una teoría estática del derecho, dice Kelsen, tiene por objeto el derecho "en su estado de equilibrio"; en cambio, una teoría dinámica tiene como objeto "el proceso en que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento".

2. CONCEPTOS Y DISTINCIONES

Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico, comunidad jurídica. Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos. Validez y fundamento de validez.

Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico y comunidad jurídica.— Las expresiones "orden jurídico", "ordenamiento jurídico" y "sistema jurídico" suelen emplearse indistintamente, aunque es preciso distinguirlas. Seguiremos en esto a Manuel de Rivacoba en su libro *División y fuentes del derecho positivo*.

Orden jurídico es el conjunto de relaciones de vida reguladas por el derecho, que se dan en una sociedad o grupo social, en un momento determinado. Se trata, pues, de una realidad *social*.

Ordenamiento jurídico es el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado. Se trata, entonces, de una realidad *normativa*.

Sistema jurídico es una expresión que se reserva para aludir al conjunto ordenado de conocimientos que acerca del derecho nos provee la ciencia jurídica a través de las llamadas reglas de derecho o proposiciones acerca de las normas jurídicas. Se trata, por lo mismo, de una realidad *cognoscitiva*.

Como dice Manuel de Rivacoba, el ordenamiento jurídico es el principio informante de la realidad informada que llamamos orden jurídico; de modo que "el ordenamiento funciona, cobra vida y logra su finalidad en el orden". Por su lado, el ordenamiento jurídico, como conjunto de normas, no puede ser confundido con el sistema jurídico, que es un conjunto de proposiciones o de conocimientos acerca de las normas, de donde

jerarquía (Constitución, leyes) no contienen en sí todo el material jurídico, sino que más bien se ocupan de señalar los órganos y los procedimientos mediante los cuales es posible dictar nuevas normas".

El ordenamiento jurídico, entonces, como apunta Roberto Vernengo, aparece como una "organización pautada, entre órganos con distinta jerarquía, para la producción del derecho".

Validez y fundamento de validez.— Para su debida comprensión, lo expresado previamente exige esclarecer tres cuestiones, a saber, qué se entiende por *validez* de las normas jurídicas (concepto de validez), qué se entiende por *fundamento de validez* de las normas jurídicas (concepto de fundamento de validez) y *cuál es* el fundamento de validez de las normas jurídicas (base de la validez).

Esas tres preguntas, si bien ligadas entre sí, deben mantenerse separadas para evitar confusiones.

Digamos, por ahora, que *validez* de las normas jurídicas es la existencia específica de que éstas se encuentran dotadas. Por lo mismo, decir que una norma jurídica es válida equivale a afirmar que ella *existe* como tal, y que, por ello, es *obligatoria*, y obligatoria, además, en un doble sentido, a saber, obligatoria para los sujetos normativos, que deben obedecerla, y obligatoria también para los órganos jurisdiccionales, los cuales tienen que aplicarla en sus consecuencias coactivas.

Fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga validez a éstas, o sea, aquello en virtud de lo cual podemos decir que una norma jurídica existe y que es obligatoria. De este modo, si validez es sinónimo de existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas, fundamento de validez es lo que otorga la validez, o sea, lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las normas.

Si validez, por una parte, y fundamento de validez, por la otra, son lo que acaba de afirmarse, ¿cuál es el fundamento de validez de las normas jurídicas, o sea, qué es, concretamente, lo que otorga a las normas jurídicas su existencia como tales y su consiguiente obligatoriedad?

Según una *primera respuesta* sobre el particular —precisamente la de Kelsen—, el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en otra norma jurídica, aunque de rango o

jerarquía superior, la cual, al regular la creación de la norma inferior de que se trate, determina respecto de ésta un triple registro de datos, a saber, quién está facultado para crearla, el procedimiento que debe seguirse en su creación y ciertos límites que en cuanto al contenido de la norma inferior deberá respetar quien haya sido autorizado para producirla.

Más adelante vamos a desarrollar en extenso esta primera respuesta.

Una *segunda respuesta* afirma que el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en el hecho de que éstas sean efectivamente reconocidas y observadas como tales por los correspondientes sujetos imperados. De este modo, para que una norma jurídica valga, esto es, para que exista y obligue, tiene que acontecer un hecho bien preciso, a saber, que la norma sea habitualmente reconocida y observada como tal al interior de la comunidad jurídica de que se trate. Para un punto de vista como éste, en consecuencia, una "ley" que aprueba el parlamento, y que luego es promulgada y mandada publicar por el Presidente de la República, no es todavía, propiamente hablando, una ley, esto es, un conjunto de normas jurídicas obligatorias, sino apenas una suerte de *proyecto de ley* que será definitivamente validado como ley sólo cuando los correspondientes sujetos imperados lo reconozcan y obedezcan como tal.

Para una respuesta como ésta, norma jurídica válida no es la que el legislador aprueba en tal carácter después de haber seguido el procedimiento establecido por la Constitución, sino la que los sujetos imperados reconocen y obedecen como tal.

Una *tercera respuesta* posible a la pregunta que inquiere por el fundamento de validez de las normas jurídicas afirma que dicho fundamento se encuentra en el hecho de que éstas sean efectivamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional que por mandato constitucional les está encomendada. Tal como se aprecia, para un punto de vista como éste también es necesario que acontezca un hecho para que una norma jurídica sea válida, aunque este hecho no es ya el *reconocimiento* y *obedecimiento* de la norma por parte de los *sujetos imperados*, sino la *aplicación* que la norma encuentra de parte de los *tribunales de justicia*.

Para una respuesta como la anterior, norma jurídica válida no es la que en tal carácter aprueba el legislador, ni tampoco la

presencia de un vínculo o fundamentación común a todas ellas. Como dice Kelsen, "si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas, surge el interrogante siguiente: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado?"

Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos.—

Si nos atenemos a una concepción normativista del derecho, en especial a la de Kelsen, cuya teoría del ordenamiento jurídico vamos a seguir en esta parte, el vínculo común que es posible verificar entre las normas jurídicas de un derecho históricamente dado consiste en que la validez de cada norma descansa o se fundamenta en otra norma, de grado superior, que es la que establece el órgano o persona facultado para producir la norma inferior, el procedimiento que se debe seguir en su creación y ciertos límites de contenido que tal órgano o persona deberá respetar al momento de crear la norma inferior de que se trate, y, en último término, dicho vínculo común consiste en que, a fin de cuentas, la validez de todas y cada una de las normas jurídicas que rigen una comunidad jurídica dada descansa o se fundamenta en una norma única, llamada por Kelsen "norma básica" o "norma fundamental".

Según Kelsen, y atendida la índole del fundamento de validez de las normas, cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas, a saber, *sistemas normativos estáticos* y *sistemas normativos dinámicos*. Un sistema normativo es *estático* (y entiéndase aquí "sistema" como equivalente a "ordenamiento") cuando las normas que lo componen valen por su contenido, un contenido que es posible aprobar en la medida en que pueda ser derivado de una norma más general cuya evidencia no se discute. Así, la moral es para Kelsen un sistema normativo estático, puesto que normas tales como "No se debe mentir", "No se debe engañar" o "Se debe mantener la palabra empeñada", derivan de la norma básica más general que ordena decir la verdad, la cual "tiene un contenido que es aceptado como inmediatamente evidente".

Por la inversa, un sistema normativo es *dinámico* —y tal es el caso del derecho— cuando sus normas valen no por su contenido, sino por su origen o *pedigree*, con lo cual quiere decirse que

valen en la medida en que han sido producidas por quien, por medio del procedimiento que y dentro de los límites de contenido que hubiere establecido al respecto una norma superior del mismo sistema. En el caso de un sistema normativo dinámico, como se aprecia, hay también un examen del contenido de las normas, pero sin que se pueda decir que el contenido de las normas inferiores deriva del de las normas superiores como lo particular lo hace de lo general. En lo que Kelsen llama un sistema dinámico, la norma superior no determina el contenido de la inferior, sino que —menos que eso— lo que hace es limitar en alguna medida ese contenido, de modo que las más importantes de las indicaciones que establece la norma superior respecto de la inferior cuya creación regula son quién podrá crear la norma inferior y cómo deberá proceder en la creación de ésta.

Como dice el propio Kelsen, "una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta".

En la medida en que el derecho es un sistema dinámico de normas, se puede advertir que para decidir sobre la validez de las normas jurídicas debe atenderse no tanto al contenido de éstas como a su *pedigree*, esto es, el criterio que prevalece no es el de si resulta posible aprobar el contenido de la norma al derivar ese contenido de una norma previa y más general que hemos aceptado previamente, sino la circunstancia de si la norma de que se trate proviene o no de la autoridad y del procedimiento que fueron establecidos para su producción por una norma de jerarquía superior.

Es así como podemos ver, en palabras de Antonio Bascuñán, "como la Constitución Política establece el Poder legislativo y el procedimiento a que debe someterse el legislador para dictar las leyes; como la ley establece los requisitos de validez necesarios para que la autonomía de la voluntad de los particulares cree nuevas normas jurídicas; como el juez está facultado por la ley para dictar sentencias y resolver mediante una norma individualizada el caso particular que juzga". Es de ese mismo modo, también, como podemos apreciar que "las normas de mayor

las siguientes *significaciones equivalentes* que puede tener la palabra "validez". Validez puede significar: a) que la norma obliga a un determinado comportamiento a ciertas personas en determinadas circunstancias; b) que la norma existe; c) que la norma pertenece a un ordenamiento jurídico dado; y d) que la norma se ha generado de conformidad a los preceptos de otra norma válida.

Sin embargo, nos parece que esas distintas significaciones de la palabra "validez", más que equivalentes, resultan unas ser consecuencias de otras, como se mostrará a continuación. En efecto, que la norma obligue a un determinado comportamiento bajo ciertas circunstancias (*primera significación*) sólo es posible a partir de la constatación de que la norma existe como tal (*segunda significación*), al paso que esta declaración de existencia respecto de una norma es viable únicamente si la norma pertenece a un ordenamiento jurídico dado (*tercera significación*), lo cual, por último, sólo es posible de decir respecto de una norma que se haya generado de conformidad con los preceptos de otra norma válida del mismo ordenamiento (*cuarta significación*).

En todo caso, decir que la validez de las normas jurídicas significa lo que fue señalado, esto es, existencia y obligatoriedad de las mismas, no importa atribuir ningún alcance moral a dicha obligatoriedad, sino constatar que una determinada conducta, vista desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico dado, resulta *jurídicamente* obligatoria para los correspondientes sujetos normativos, llamados a obedecerla, y para los órganos jurisdiccionales, llamados, por su parte, a aplicarla. Como puntualiza Kelsen a este respecto, "el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral", todo lo cual no excluye, por consiguiente, que las normas jurídicas, una vez identificadas como tales y certificadas en su existencia y obligatoriedad *jurídica*, puedan ser luego inspeccionadas y valoradas desde el punto de vista de algún sistema *moral*, a fin de determinar si puede o no atribuírseles obligatoriedad en relación con este último sistema. O sea, para Kelsen *validez* de una norma jurídica no equivale a *justificación* de la misma desde un punto de vista moral, lo cual significa que afirmar que una norma jurídica es válida no significa admitir, por ese solo hecho, que ella tiene alguna fuerza obligatoria moral.

Como aclara por su parte Jorge Millas, validez del derecho "no significa otra cosa sino que alguien debe comportarse de cierta manera y ello en cuanto a que la conducta contraria trae aparejada una consecuencia. Lo cual no es óbice para que una norma válida en sentido jurídico, valga también en sentido axiológico y sea asiento de un valor moral, religioso, práctico, etc. Así, por ejemplo, la norma que estatuye que la enajenación de los bienes del menor no habilitado de edad requiere autorización judicial, aparte de ser válida, porque obliga al guardador, al juez y a terceros, es también buena, útil, justa; vale jurídicamente, porque pertenece al orden jurídico vigente, y vale también axiológicamente en cuanto es asiento de valores positivos. Pero esta concurrencia de las dos cualidades, la jurídica y la axiológica, no es requisito esencial de las normas; las normas no necesitan ser buenas para ser jurídicas; basta con que sean válidas, con que pertenezcan a un orden de Derecho. Otra cosa es que nosotros nos sintamos obligados 'en conciencia' a cumplir dichas normas jurídicas sólo porque son jurídicas".

La estructura escalonada del ordenamiento jurídico.— Siguiendo con el punto de vista que estamos desarrollando acerca del fundamento de validez de las normas jurídicas, es preciso reiterar que dicho fundamento no depende ni de los títulos éticos que la norma pueda exhibir vista en su contenido, ni depende tampoco del hecho de que la norma en cuestión sea efectivamente obedecida y aplicada. El derecho es un sistema normativo dinámico, como señala Kelsen, y, en tal sentido, la validez de cada norma depende de la circunstancia de haber sido producida de acuerdo con la respectiva norma superior del mismo ordenamiento. Así las cosas, el fundamento de validez de una norma jurídica no depende de un juicio de *valor* ni de un juicio de *hecho*, sino que depende de otra *norma*. ¿De cuál norma? De la norma superior del mismo ordenamiento que regula su creación.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico se nos presenta como una estructura de normas *superiores* o *fundantes* y de normas *inferiores* o *fundadas*. Norma superior o fundante es aquella que regula la creación de una norma inferior o fundada. Por su parte, norma inferior o fundada es aquella que es regulada en su creación por una norma superior o fundante. La Constitu-

que reconocen y obedecen los sujetos imperados, sino la que de hecho aplican los tribunales en sus resoluciones y fallos.

Una *cuarta respuesta*, que combina las dos anteriores, sostiene que el fundamento de validez de las normas jurídicas es mixto, o sea, que dicho fundamento se encuentra en el hecho conjunto de que ellas sean, a la vez que generalmente obedecidas por los sujetos imperados, habitualmente aplicadas por los órganos jurisdiccionales.

Para una respuesta como ésta el fundamento de validez de una norma jurídica continúa siendo un hecho, aunque esta vez se trata de un hecho doble, puesto que para reconocer validez a una norma será necesario atender tanto a la conducta de los sujetos imperados como a la de los tribunales de justicia.

Por último, una *quinta respuesta* afirma que el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en otras normas, anteriores y superiores a los ordenamientos jurídicos positivos, que conformarían lo que se llama "derecho natural", de modo que una norma jurídica sería válida sólo en el caso de que, vista en su contenido, se encuentre en consonancia con las normas y principios de ese derecho natural. Esta respuesta, como se ve, presupone la existencia del derecho natural como un ordenamiento anterior y superior a los derechos positivos dotados de realidad histórica, de modo que éstos, para conseguir validez, tendrían que ajustar sus normas a las prescripciones del derecho natural.

En consecuencia, para una respuesta como esa, norma jurídica válida no sería la que el legislador promulga en ese carácter, ni la que los sujetos reconocen y obedecen como tal, ni la que aplican los tribunales, ni tampoco la que junto con ser obedecida es también habitualmente aplicada, sino aquella que se encuentra de acuerdo con el derecho natural.

Por lo mismo, para ese quinto punto de vista, la cuestión sobre el fundamento de validez de las normas jurídicas se resuelve no en una argumentación *normativa* (primera respuesta) ni tampoco en un examen *fáctico* (segunda, tercera y cuarta respuestas), sino en una dimensión propiamente *valorativa*, puesto que para acordar validez a las normas jurídicas promueve una inspección de los títulos éticos del contenido de éstas, hasta el punto de concluir que una norma jurídica no es válida, esto es, que no existe ni obliga, si su contenido no es como debería ser se-

gún las prescripciones del derecho natural, de modo que si una norma del derecho positivo contraviene una norma o principio del derecho natural, dicha norma no podría ser considerada una norma jurídica válida, sino una simple orden arbitraria dada por una autoridad dotada sólo de la fuerza suficiente para establecerla e imponerla.

A continuación, vamos a desarrollar la primera de las cinco respuestas antes indicadas, valiéndonos para ello de la teoría del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen.

3. LA TEORIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE KELSEN

Validez como existencia de las normas jurídicas. La estructura escalonada del ordenamiento jurídico: normas fundantes y normas fundadas. La norma básica del ordenamiento jurídico nacional. Los conflictos de normas.

Validez como existencia de las normas jurídicas.— Para Kelsen, la palabra "validez", aplicada a normas jurídicas, designa simplemente la existencia de éstas y su consiguiente pretensión de obligatoriedad. "La validez de una norma positiva —escribe el autor— no es otra cosa que el modo particular de su existencia". Por validez, agrega, "entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuyas conductas regula".

En suma: decir de una norma jurídica que es *válida* equivale a afirmar que esa norma *existe* y que, por existir, ella es *obligatoria*. Obligatoria, además, en un doble sentido: obligatoria para los sujetos normativos, quienes deben obedecerla, y obligatoria para los órganos jurisdiccionales, los cuales deben aplicarla, en sus consecuencias coactivas, toda vez que la norma no haya sido obedecida en un caso dado. Más sucintamente, entonces, decir de una norma jurídica que es *válida*, o que un conjunto de ellas lo son, equivale a afirmar que esa o esas normas *existen*, que son *obligatorias* y que *deben ser obedecidas y aplicadas*.

Jorge Millas, si bien admite que el concepto de validez designa, en definitiva, la existencia de la norma jurídica, propone

articulado mismo de aquélla, establece normas precisas acerca de cuáles órganos estarán facultados para producir las leyes e, incluso, para introducir, modificar o dejar sin efecto normas de la propia Constitución.

Tocante ahora a la segunda afirmación, ella se justifica porque cada vez que se produce una norma inferior o fundada se hace aplicación de la correspondiente norma superior o fundante que regula su creación. En otras palabras, si alguien está autorizado por el ordenamiento jurídico para crear nuevas normas jurídicas, al momento de producir éstas hace aplicación de las normas que le conceden dicha autorización. De este modo, cuando el órgano legislativo discute y aprueba un proyecto de ley y concurre así a la producción de nuevas normas, hace para ello aplicación de las normas constitucionales que fijaron previamente el marco formal y material para la formación de las leyes. Lo propio acontece con los órganos jurisdiccionales, los cuales, al producir normas particulares a través de sus fallos, hacen a la vez aplicación de las normas legales que establecen el marco material y formal para la dictación de las sentencias.

Respecto de esa misma segunda afirmación —toda creación de derecho importa una aplicación de derecho—, ella muestra también que no hay una diferencia absoluta entre las funciones de *producir* y de *aplicar* el derecho. Muestra, asimismo, que las funciones de producir y de aplicar el derecho no se encuentran confiadas a órganos distintos —por ejemplo, la de producir al órgano legislativo y la de aplicar a los órganos jurisdiccionales—, sino que ambos poderes del Estado, al cumplir las funciones que les son propias, a la vez *crean* y *aplican* derecho. Otra cosa es que la función de producir derecho, en el caso del órgano legislativo, prevalezca sobre la de aplicarlo, mientras que la función de aplicar derecho, tratándose de los órganos jurisdiccionales, prevalezca sobre la de producirlo. Pero se trata nada más que de una cuestión de énfasis que no elimina la afirmación de que ambos órganos o poderes del Estado producen y aplican derecho.

Por otra parte, y siempre a propósito de la afirmación de que toda creación de derecho es a la vez aplicación de derecho, sólo hace excepción a ella la creación de la primera constitución histórica de un ordenamiento jurídico, como también la creación de una nueva primera constitución histórica, puesto que en am-

bos casos lo que hay es sólo creación, no aplicación de derecho. Por su lado, en el extremo opuesto del ordenamiento jurídico, cuando un órgano del Estado procede a ejecutar una resolución judicial, puede decirse que hay sólo aplicación de derecho, mas no creación de éste.

Si nos atenemos a una visión del ordenamiento jurídico como la que hemos expuesto previamente, éste se nos presenta como una estructura de gradas normativas fundantes y fundadas, como una especie de *pirámide invertida* en cuya parte superior se ubican las normas más generales y de mayor jerarquía —la Constitución—, mientras que en su parte inferior lo hacen las normas particulares y de menor jerarquía, como es el caso de la sentencia judicial, situándose en la zona intermedia entre unas y otras las leyes, la costumbre jurídica y los actos jurídicos y contratos que celebran los particulares.

La figura de una *pirámide* se presta bien para visualizar la diversa jerarquía de las distintas gradas normativas que componen el ordenamiento —arriba las de mayor jerarquía, abajo las de menor jerarquía—, en tanto que la figura de una *pirámide invertida* se ajusta bien a la circunstancia de la mayor generalidad o amplitud que las normas de mayor jerarquía tienen respecto de las de menor jerarquía.

De este modo, a la pregunta “¿por qué vale una sentencia judicial?” puede responderse que la sentencia fundamenta su validez en la ley, esto es, que vale porque ha sido dictada por quien, dentro del procedimiento que y con los límites de contenido que se encuentran establecidos en las leyes. Por su parte, a la pregunta “¿por qué vale una ley?” puede contestarse diciendo que la ley fundamenta su validez en la Constitución, o sea, que vale porque ha sido producida por los órganos, dentro del procedimiento y con apego a los límites de contenido que la Constitución estableció para las leyes. A la vez, a la pregunta “¿por qué vale la Constitución?” puede responderse que ella fundamenta su validez en la Constitución históricamente anterior, o sea, que vale porque sus normas fueron producidas por quien, dentro del procedimiento que y con los límites de contenido que fijó la Constitución inmediatamente anterior, puesto que —tal como se dijo antes— toda Constitución establece normas acerca de quién y cómo estará facultado para introducir nuevas normas constitucionales o para modificar o dejar sin efecto las ya existentes.

ción es entonces norma superior o fundante respecto de la ley, puesto que regula el modo de creación de ésta, en tanto que la ley es norma inferior o fundada respecto de la Constitución. A su vez, la ley, en el sentido amplio del término, que es norma inferior o fundada respecto de la Constitución, pasa a ser norma superior o fundante respecto de la sentencia judicial, porque es a través de las disposiciones sustantivas y procesales de las leyes cómo se regula la emisión de las sentencias por parte de los jueces, lo cual trae consigo, como es evidente, que la sentencia judicial sea norma inferior o fundada respecto de la ley.

La norma fundante, esto es, la que regula la producción de una norma fundada, establece respecto de esta última un *triple* registro de datos, a saber, *primero*, el órgano, autoridad o sujeto facultado para producir la norma inferior de que se trate; *segundo*, el método o procedimiento que dicho órgano, autoridad o persona deberá seguir para la producción de la norma inferior; y *tercero*, los límites que el mismo órgano, autoridad o persona deberá respetar al dar a la norma inferior un determinado contenido.

En otras palabras, la norma fundante, respecto de la norma fundada cuya producción regula, establece quién, dentro de qué procedimiento y con cuáles límites de contenido está facultado para producir la norma fundada de que se trate.

Así, por ejemplo, la Constitución, al ser norma fundante respecto de la ley, establece que los órganos autorizados para producir las leyes son el Presidente de la República y el Congreso Nacional; fija el procedimiento a que esos órganos y autoridades deben sujetarse en la formación de las leyes; y establece también ciertos límites al contenido de que pueden dotar a las leyes que produzcan. Del mismo modo, los códigos y leyes, tanto de carácter sustantivo como procesal, al constituir una grada normativa fundante respecto de la sentencia judicial, establecen que los órganos jurisdiccionales, actuando cada cual dentro del ámbito de su respectiva competencia, deben conocer y fallar los casos jurídicamente relevantes que se les someten; fijan los procedimientos que tales órganos deben seguir para el conocimiento y fallo de los asuntos; y establecen normas precisas acerca de los contenidos que los jueces deben dar a los fallos que emiten.

De este modo, puede decirse que la norma superior o fundante fija el *marco formal* y *material* para la producción de la co-

rrespondiente norma inferior o fundada. El *marco formal* está constituido por la indicación del órgano, autoridad o persona facultado para crear la norma inferior y por la determinación del procedimiento que deberá seguirse al momento de producirla. En cambio, el *marco material* está constituido por los límites de contenido que la norma superior preestablece en relación con el contenido que podrá darse a la correspondiente norma inferior.

Ahora bien, si se pregunta por cuál de ambos marcos resulta más determinante, habría que admitir que lo es el marco formal, y, dentro de él, la primera de las dos menciones que establece, puesto que lo menos que una norma superior puede establecer respecto de la inferior, cuya producción regula, es quién está autorizado para producirla. En otras palabras, la norma superior puede omitir pronunciarse sobre el procedimiento que deberá seguirse para la producción de la norma inferior y no decir nada tampoco acerca del contenido de ésta, sin que ni lo uno ni lo otro obste a la creación de la norma inferior. Sencillamente, en tales casos el órgano, autoridad o persona facultado para producir la norma inferior se encontrará libre en lo que concierne tanto al método de producción como al contenido de ésta. Pero si la norma superior omitiere indicar quién es el que está autorizado para producir la norma inferior correspondiente, entonces no podría haber creación de esta última.

Del modo antes indicado, puede afirmarse que *el derecho regula su propia creación*, y que, a la vez, *toda creación de derecho importa aplicación de derecho*.

En cuanto a la primera de tales afirmaciones, ella se justifica porque la producción de cada nueva norma jurídica, así como la modificación o derogación de una norma que forma ya parte del ordenamiento jurídico, se halla siempre regulada por otra norma del mismo ordenamiento, aunque de rango superior, que establece respecto de aquella quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para crearla. En otros términos, es el propio ordenamiento jurídico el que prevé la incorporación de nuevas normas, así como la modificación o derogación de las que forman parte de él, e individualiza a quienes, por medio de qué procedimientos y con cuáles límites de contenido podrá continuar el proceso de producción jurídica. Así, al darse una determinada Constitución, toda comunidad jurídica, en el

Kelsen tiene que desembocar finalmente en una *primera* Constitución histórica de la comunidad jurídica de que se trate, Constitución que será producto del acto fundacional del Estado de que se trate. Pero si esto es así, resulta inevitable preguntarse “¿por qué vale esa primera Constitución histórica?”, aunque ya estamos advertidos de que el respectivo fundamento de validez no puede encontrarse en una Constitución anterior a ella, puesto que nos encontramos en la hipótesis de la *primera* Constitución histórica.

A estas alturas de su teoría del ordenamiento jurídico, Kelsen echa mano de lo que él llama “norma básica” o “norma fundamental”, que es la que sirve de fundamento de validez a la *primera* Constitución histórica, y, asimismo, a cada *nueva primera* Constitución histórica que pueda haberse introducido en una comunidad jurídica sin observar las normas de la Constitución anterior, por ejemplo, como resultado de un golpe de Estado o de una revolución que ha tenido éxito. Advertimos esto último porque la llamada “norma básica” o “norma fundamental” sirve de fundamento a la *primera* Constitución histórica como a cualquier otra *nueva primera* Constitución que pueda introducirse más tarde, rompiendo la continuidad constitucional, por obra, como se dijo, de un golpe de Estado o de una revolución exitosa. Ello es así porque, en efecto, ese proceso de retornos constitucionales que describimos antes puede desembocar tanto en una *primera* Constitución histórica, si es que en la respectiva comunidad jurídica de que se trate ha existido normalidad constitucional, como en una *nueva primera* Constitución histórica puesta por el grupo vencedor en un golpe de Estado o en una revolución que rompieron con dicha normalidad.

Si hasta el momento de llegar a la primera Constitución histórica, o a la nueva primera Constitución histórica, Kelsen ha podido encontrar siempre el fundamento de validez de una norma jurídica en otra norma jurídica y nunca en un hecho o en una valoración del contenido de la norma, lo mismo tiene que hacer cuando se trata de identificar el fundamento de dicha primera Constitución o de dicha primera nueva Constitución.

Lo anterior quiere decir que el fundamento de la primera Constitución histórica tiene que ser una norma, aunque no puede tratarse ya de una norma positiva, esto es, de una norma *puesta* por alguien antes de esa primera Constitución. Tiene que

tratarse de una norma *supuesta*, y a esta norma supuesta Kelsen la llama del modo antes indicado: “norma básica” o “norma fundamental”.

La norma básica o fundamental, al apoyar la validez de la primera Constitución histórica, fundamenta finalmente la validez de todas las demás normas que han seguido a la primera Constitución en la conformación del ordenamiento jurídico de que se trate. Si se parte “del supuesto de que esa norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado —escribe Kelsen—, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente, y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico, el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción”. “Llamaremos *norma básica* —continúa Kelsen— a la presuposición de que el sentido objetivo del acto del constituyente es también su sentido objetivo, es decir, la presuposición de que mediante ese acto se ha establecido una norma jurídica válida, es decir, obligatoria, o, en otros términos, la presuposición de que debemos comportarnos como la constitución prescribe”. Por lo mismo, agrega todavía el autor, “la función de la norma básica es permitir que se considere el *sentido subjetivo* de los actos creadores de derecho como un *sentido objetivo* y, por lo tanto, como normas objetivamente válidas”. Así, y “puesto que es una peculiaridad del derecho regular su propia creación, porque una norma jurídica es válida si es creada de la manera determinada por otra norma jurídica, la norma básica es la razón última de validez del orden jurídico porque otorga competencia al primer legislador histórico”.

De otra parte, la norma básica, al ser la razón última de validez del ordenamiento jurídico, constituye también la unidad de éste, puesto que puede decirse que una pluralidad de normas constituye una unidad, un ordenamiento, sólo cuando la validez de todas ellas reposa, en último análisis, en una norma única.

Kelsen reitera planteamientos como esos en la segunda versión de su *Teoría pura del derecho*, al señalar que al fin siempre se llega a una primera Constitución histórica del Estado, cuya validez, precisamente por tratarse de la *primera* Constitución, “no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica”. Es decir, añade el mismo autor, “se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente,

Sobre el particular, tomemos lo que ocurre, por ejemplo, en caso de que un individuo es privado de su libertad. ¿Por qué dicha privación de libertad constituye una actuación jurídica lícita que puede ser referida a un ordenamiento jurídico dado? La respuesta es que ello es así porque dicho acto coactivo fue ordenado por una resolución dictada por un tribunal competente. Ahora bien, la norma particular establecida por el correspondiente tribunal, y en cuya ejecución tuvo lugar la privación de libertad del individuo, fundamenta su validez en la legislación penal y procesal penal correspondientes, que establecen bajo qué condiciones un juez puede expedir una orden como esa. A su vez, la validez de la legislación penal y procesal penal apoya su validez en la Constitución, que es la norma de grado superior que establece el órgano competente y el procedimiento para la creación de las leyes. Finalmente, si nos preguntamos por el fundamento de validez de la Constitución actualmente vigente, identificaremos generalmente una Constitución anterior que le otorga ese fundamento, aunque también podríamos preguntarnos por qué vale esta Constitución anterior, en cuyo caso la respuesta habrá que buscarla en la Constitución a su vez anterior a ella. De este modo, siempre será posible encontrar una Constitución anterior que fundamente la validez de la que le siguió, aunque este proceso de regresos tienen que terminar en una *primera* Constitución histórica, que es generalmente producto de un acto de independencia del Estado frente a otro Estado.

Del modo que hemos venido indicando, la cuestión del fundamento de validez se resuelve en una serie dinámica de interrelaciones normativas entre gradas normativas fundantes y gradas normativas fundadas, entre normas superiores y normas inferiores.

Kelsen, reiterando ese punto de vista, señala que “preguntar por el fundamento de validez de una norma, esto es, por qué vale, por qué es obligatoria, por qué debe ser obedecida, es preguntar por qué el sentido subjetivo de un acto dirigido intencionalmente a un determinado comportamiento es interpretado también como su sentido objetivo. Para contestar a esta pregunta –sigue Kelsen– hay que recurrir a una norma superior. El fundamento de validez de una norma, esto es, de un deber ser, sólo puede ser otra norma, un deber ser, y no un hecho, esto es, un ser”.

Ahora bien, Kelsen llama sentido *subjetivo* de un acto de creación de derecho a aquel que a su propio acto atribuye el que lo ejecuta. Por ejemplo, los parlamentarios reunidos en su sala habitual de sesiones alzan las manos, depositan votos en una urna o presionan un dispositivo electrónico, y lo que ellos entienden hacer al proceder de ese modo, *subjetivamente*, es dar su aprobación a una ley, esto es, producir un conjunto de normas jurídicas. Por su parte, el sentido *objetivo* de un acto de creación de derecho es aquel que puede atribuirse al acto de que se trate por relación a las normas jurídicas superiores que lo autorizan y regulan, de modo que si el acto legislativo de nuestro ejemplo fue ejecutado de conformidad con tales normas, puede decirse, ahora *objetivamente*, que tiene el efecto de producir una nueva ley.

Pero ambos sentidos, *subjetivo* y *objetivo*, si bien pueden coincidir –como ocurre en el ejemplo anterior–, no tienen necesariamente que coincidir. Siguiendo en esta parte el mismo ejemplo dado por Kelsen en la primera versión de su libro *Teoría pura del derecho*, el zapatero que en la localidad de Koepenick, en los alrededores de Berlín, se hizo entregar en 1906 el contenido de la caja de caudales del municipio, vistiendo para ello uniforme del ejército y pretextando que se trataba de cumplir una orden dada por las autoridades militares competentes, realizó, en su idea del asunto, un acto de tipo administrativo, aunque desde el punto de vista objetivo en lo que incurrió fue en un delito.

Ahora bien, si cuando nos preguntamos por el fundamento de validez de las normas de un ordenamiento, ellas pueden ser reconducidas hasta la Constitución actualmente vigente, en tanto que cuando nos preguntamos por el fundamento de validez de esta última podemos remitirnos a una Constitución anterior, todavía es posible preguntar –según adelantamos hace un instante– por qué vale esa Constitución anterior. La respuesta de Kelsen y su teoría pura del derecho es que dicha Constitución vale en virtud de una Constitución anterior a ella, mientras que ésta, a su turno, vale por referencia a una Constitución aun anterior, y así, hasta llegar a una primera Constitución histórica del respectivo ordenamiento.

La norma básica del ordenamiento jurídico nacional.– Como se ve, dicho proceso de regresos constitucionales que propone

esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”.

Hay otro aspecto que debe ser destacado, a saber, que la teoría de la norma básica permite a Kelsen ofrecer un fundamento de validez a la primera Constitución histórica, y a la totalidad del ordenamiento jurídico que sigue a continuación, sin necesidad de pronunciarse acerca de si el contenido de esa primera Constitución o del respectivo ordenamiento es justo o injusto. Esto quiere decir que si en la hipótesis de una primera Constitución histórica no es posible remitirse a alguna autoridad *jurídica* que hubiere establecido una norma positiva previa, tampoco es necesario recurrir a una autoridad *metajurídica* —como serían Dios o la Naturaleza— que hubiere mandado obedecer esa primera Constitución. Por lo mismo, “con la presuposición de la norma fundante básica —dice Kelsen— no se afirma ningún valor transcendente del derecho positivo”. Con esta última afirmación, el autor austríaco trata de ponerse a resguardo de la crítica de Alf Ross a la teoría kelseniana de la norma básica, que consiste en lo siguiente: si el fundamento último de validez del derecho se encuentra en una norma que está *fuera* del ordenamiento jurídico positivo —como es el caso de la norma básica—, entonces la posición de Kelsen se emparenta en este punto con las doctrinas del derecho natural, las cuales colocan también fuera o más allá del ordenamiento jurídico positivo el fundamento de validez de éste.

Cabe señalar, asimismo, que la norma básica puede fundamentar la validez de una *primera* Constitución, o de una *nueva primera* Constitución, sólo en el caso de que ésta sea en términos generales eficaz, o sea, sólo puede fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en general obedecida y aplicada como tal. “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica —escribe Kelsen—, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente, a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales,

en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”.

Lo anterior quiere decir que la presuposición de la norma básica no es arbitraria, esto es, no se trata de una libre invención que pueda hacerse respecto de cualquier primera Constitución. Por la inversa, se trata de una presuposición que cabe únicamente respecto de una primera Constitución “efectivamente impuesta” y “eficaz en términos generales”, lo cual significa que la presuposición de la norma básica es posible sólo por referencia a una primera Constitución que sea exitosa desde el punto de vista de su eficacia, o sea, de una primera Constitución que consiga realmente ser obedecida y aplicada como tal.

Al afirmar Kelsen que la presuposición de la norma básica sólo es posible respecto de una primera Constitución que sea eficaz, está dando a la eficacia de la primera Constitución una importancia mayor que la que otorga a la eficacia a propósito de las restantes normas del ordenamiento. Validez y eficacia de una norma jurídica —según fue anticipado en el capítulo I— son conceptos distintos, aunque Kelsen admite que hay relación entre ellos. Este autor, a la hora de preguntarse por esa relación, sostiene que es preciso eludir dos respuestas extremas, a saber, la que niega toda relación entre validez y eficacia y la que postula que la eficacia es el fundamento de la validez. Para Kelsen, como analizaremos más adelante, la relación entre validez y eficacia consiste en que la segunda es *condición* de la primera, o sea, que una norma jurídica, si bien no requiere ser eficaz para *empezar a ser válida*, necesita en cambio ser eficaz para *continuar siendo válida*. De este modo, una ley es válida desde el momento que agota su proceso de formación y es publicada en el Diario Oficial, lo cual significa que adquiere validez antes de saberse siquiera si será o no eficaz, o sea, antes de conocerse el hecho de si los sujetos normativos y los órganos jurisdiccionales la obedecerán y aplicarán regularmente. Sin embargo, dicha ley, para continuar siendo válida, esto es, para no perder su validez, necesita conseguir eficacia, lo cual quiere decir que si no obtiene eficacia, o si la obtiene y más tarde la pierde, pierde también su validez.

Repárese, entonces, en cómo la relación entre validez y eficacia es mucho más fuerte tratándose de la primera Constitución que de las restantes normas positivas del ordenamiento,

esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”.

Hay otro aspecto que debe ser destacado, a saber, que la teoría de la norma básica permite a Kelsen ofrecer un fundamento de validez a la primera Constitución histórica, y a la totalidad del ordenamiento jurídico que sigue a continuación, sin necesidad de pronunciarse acerca de si el contenido de esa primera Constitución o del respectivo ordenamiento es justo o injusto. Esto quiere decir que si en la hipótesis de una primera Constitución histórica no es posible remitirse a alguna autoridad *jurídica* que hubiere establecido una norma positiva previa, tampoco es necesario recurrir a una autoridad *metajurídica* —como serían Dios o la Naturaleza— que hubiere mandado obedecer esa primera Constitución. Por lo mismo, “con la presuposición de la norma fundante básica —dice Kelsen— no se afirma ningún valor transcendente del derecho positivo”. Con esta última afirmación, el autor austríaco trata de ponerse a resguardo de la crítica de Alf Ross a la teoría kelseniana de la norma básica, que consiste en lo siguiente: si el fundamento último de validez del derecho se encuentra en una norma que está *fuera* del ordenamiento jurídico positivo —como es el caso de la norma básica—, entonces la posición de Kelsen se emparenta en este punto con las doctrinas del derecho natural, las cuales colocan también fuera o más allá del ordenamiento jurídico positivo el fundamento de validez de éste.

Cabe señalar, asimismo, que la norma básica puede fundamentar la validez de una *primera* Constitución, o de una *nueva primera* Constitución, sólo en el caso de que ésta sea en términos generales eficaz, o sea, sólo puede fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en general obedecida y aplicada como tal. “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica —escribe Kelsen—, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente, a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales,

en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”.

Lo anterior quiere decir que la presuposición de la norma básica no es arbitraria, esto es, no se trata de una libre invención que pueda hacerse respecto de cualquier primera Constitución. Por la inversa, se trata de una presuposición que cabe únicamente respecto de una primera Constitución “efectivamente impuesta” y “eficaz en términos generales”, lo cual significa que la presuposición de la norma básica es posible sólo por referencia a una primera Constitución que sea exitosa desde el punto de vista de su eficacia, o sea, de una primera Constitución que consiga realmente ser obedecida y aplicada como tal.

Al afirmar Kelsen que la presuposición de la norma básica sólo es posible respecto de una primera Constitución que sea eficaz, está dando a la eficacia de la primera Constitución una importancia mayor que la que otorga a la eficacia a propósito de las restantes normas del ordenamiento. Validez y eficacia de una norma jurídica —según fue anticipado en el capítulo I— son conceptos distintos, aunque Kelsen admite que hay relación entre ellos. Este autor, a la hora de preguntarse por esa relación, sostiene que es preciso eludir dos respuestas extremas, a saber, la que niega toda relación entre validez y eficacia y la que postula que la eficacia es el fundamento de la validez. Para Kelsen, como analizaremos más adelante, la relación entre validez y eficacia consiste en que la segunda es *condición* de la primera, o sea, que una norma jurídica, si bien no requiere ser eficaz para *empezar a ser válida*, necesita en cambio ser eficaz para *continuar siendo válida*. De este modo, una ley es válida desde el momento que agota su proceso de formación y es publicada en el Diario Oficial, lo cual significa que adquiere validez antes de saberse siquiera si será o no eficaz, o sea, antes de conocerse el hecho de si los sujetos normativos y los órganos jurisdiccionales la obedecerán y aplicarán regularmente. Sin embargo, dicha ley, para continuar siendo válida, esto es, para no perder su validez, necesita conseguir eficacia, lo cual quiere decir que si no obtiene eficacia, o si la obtiene y más tarde la pierde, pierde también su validez.

Repárese, entonces, en cómo la relación entre validez y eficacia es mucho más fuerte tratándose de la primera Constitución que de las restantes normas positivas del ordenamiento,

puesto que en el caso de aquélla la eficacia es necesaria para que la primera Constitución empiece a ser válida y no sólo para que continúe siéndolo. Ello en atención a la reiterada afirmación de Kelsen en el sentido de que la norma básica sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en general sea eficaz. Por lo mismo, se podría afirmar que, a fin de cuentas, lo que de verdad fundamenta la primera Constitución sería la eficacia de ésta, el hecho de ser habitualmente obedecida y aplicada, y que la llamada norma básica constituiría sólo una apariencia o enmascaramiento normativo del hecho de la eficacia. Con ello queremos decir que para fundamentar la validez de la primera Constitución, Kelsen echaría mano de lo que él llama "norma básica" sólo como una manera de evitar a ese nivel superior del ordenamiento jurídico lo que antes de llegar a él pudo eludir exitosamente, esto es, que el fundamento de validez de una norma pudiera depender de un hecho, concretamente del hecho de su eficacia, y no de otra norma.

Sin embargo, tal crítica al planteamiento de Kelsen puede ser respondida si es que la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional es vista desde la perspectiva del orden jurídico internacional, según mostraremos más adelante.

En cuanto a las características que suelen predicarse de la norma básica, ellas son las siguientes:

En primer término, la norma básica no es una norma positiva o puesta por alguna autoridad, sino una norma *supuesta*. En tal sentido, la norma básica queda suficientemente diferenciada de la primera Constitución cuya validez fundamenta, así como de las demás normas positivas que siguen a ésta.

En atención a este carácter no positivo de la norma básica, Kelsen ha dicho que se trata de una "hipótesis" de que se vale la ciencia del derecho para describir un ordenamiento jurídico; de una "constitución en sentido lógico-jurídico"; de un "presupuesto lógico-trascendental" que tiene nada más que alcances cognoscitivos; y, asimismo, que se trata de una "norma pensada", de una "norma simulada", de una auténtica "ficción", como se expresa en su obra *Teoría general de las normas*, que fue editada y publicada después de la muerte del autor. Explicando precisamente la última de estas expresiones –la norma básica como una "ficción"– Kelsen escribe lo siguiente en la obra antes mencionada: "Una ficción, citando a Vaihinger, es un orden del pen-

samiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta del pensamiento con el material existente". Así las cosas, en el caso de un ordenamiento jurídico, la meta del pensamiento (la meta de la ciencia del derecho) sería explicar el fundamento de validez de sus normas, y esta meta, al menos en la última de sus fases o etapas, o sea, cuando lo que se trata de fundamentar es la validez de la primera Constitución, sólo podría ser alcanzada, como dice el propio Kelsen, "a través de una ficción".

Del modo antes indicado, Kelsen abandona su primitiva idea de la norma básica como una *hipótesis*, porque una hipótesis es algo destinado a verificarse o a falsarse, esto es, algo que la realidad pueda tanto confirmar como desmentir, en tanto que una *ficción* es algo que simplemente no concuerda con la realidad ni tiene tampoco la pretensión de hacerlo.

En cuanto norma supuesta, conviene destacar que la ciencia del derecho no presupone directamente la norma básica y que tampoco está obligada a hacerlo. Lo que la ciencia del derecho hace es mostrar que se *presupone* una norma básica cada vez que el sentido subjetivo de los actos creadores de derecho del primer constituyente son interpretados también como su sentido objetivo, o, puesto de otro, sólo si se presupone la norma básica es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos del primer constituyente como su sentido objetivo.

Seguidamente, la norma básica es *condicional*, lo cual quiere decir que *sólo si* se presupone la norma básica es posible tener por válida la primera Constitución de un ordenamiento jurídico positivo. Puesto de otra manera, la norma básica no es un dogma, o sea, nadie está propiamente obligado a presuponerla. Como dice Kelsen, "un punto esencial de mi teoría es que no es necesario presuponer la norma básica, pero que sólo *si* la presuponemos podemos considerar a un orden coercitivo, que es generalmente eficaz, como un sistema de normas objetivamente válidas. En consecuencia, el fundamento de la validez objetiva de las normas jurídicas es condicional; está condicionado por la presuposición de la norma básica".

En tercer lugar, la norma básica es *relativa*, en el sentido de que ella no es uniforme para todos los ordenamientos jurídicos. "Para cada ordenamiento jurídico, dice Kelsen, debe presuponerse una norma básica *específica* referente a la constitución (en sentido jurídico-positivo) de *ese* orden jurídico". Dicho de otra

puesto que en el caso de aquélla la eficacia es necesaria para que la primera Constitución empiece a ser válida y no sólo para que continúe siéndolo. Ello en atención a la reiterada afirmación de Kelsen en el sentido de que la norma básica sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en general sea eficaz. Por lo mismo, se podría afirmar que, a fin de cuentas, lo que de verdad fundamenta la primera Constitución sería la eficacia de ésta, el hecho de ser habitualmente obedecida y aplicada, y que la llamada norma básica constituiría sólo una apariencia o enmascaramiento normativo del hecho de la eficacia. Con ello queremos decir que para fundamentar la validez de la primera Constitución, Kelsen echaría mano de lo que él llama "norma básica" sólo como una manera de evitar a ese nivel superior del ordenamiento jurídico lo que antes de llegar a él pudo eludir exitosamente, esto es, que el fundamento de validez de una norma pudiera depender de un hecho, concretamente del hecho de su eficacia, y no de otra norma.

Sin embargo, tal crítica al planteamiento de Kelsen puede ser respondida si es que la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional es vista desde la perspectiva del orden jurídico internacional, según mostraremos más adelante.

En cuanto a las características que suelen predicarse de la norma básica, ellas son las siguientes:

En primer término, la norma básica no es una norma positiva o puesta por alguna autoridad, sino una norma *supuesta*. En tal sentido, la norma básica queda suficientemente diferenciada de la primera Constitución cuya validez fundamenta, así como de las demás normas positivas que siguen a ésta.

En atención a este carácter no positivo de la norma básica, Kelsen ha dicho que se trata de una "hipótesis" de que se vale la ciencia del derecho para describir un ordenamiento jurídico; de una "constitución en sentido lógico-jurídico"; de un "presupuesto lógico-trascendental" que tiene nada más que alcances cognoscitivos; y, asimismo, que se trata de una "norma pensada", de una "norma simulada", de una auténtica "ficción", como se expresa en su obra *Teoría general de las normas*, que fue editada y publicada después de la muerte del autor. Explicando precisamente la última de estas expresiones —la norma básica como una "ficción"— Kelsen escribe lo siguiente en la obra antes mencionada: "Una ficción, citando a Vaihinger, es un orden del pen-

samiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta del pensamiento con el material existente". Así las cosas, en el caso de un ordenamiento jurídico, la meta del pensamiento (la meta de la ciencia del derecho) sería explicar el fundamento de validez de sus normas, y esta meta, al menos en la última de sus fases o etapas, o sea, cuando lo que se trata de fundamentar es la validez de la primera Constitución, sólo podría ser alcanzada, como dice el propio Kelsen, "a través de una ficción".

Del modo antes indicado, Kelsen abandona su primitiva idea de la norma básica como una *hipótesis*, porque una hipótesis es algo destinado a verificarse o a falsarse, esto es, algo que la realidad pueda tanto confirmar como desmentir, en tanto que una *ficción* es algo que simplemente no concuerda con la realidad ni tiene tampoco la pretensión de hacerlo.

En cuanto norma supuesta, conviene destacar que la ciencia del derecho no presupone directamente la norma básica y que tampoco está obligada a hacerlo. Lo que la ciencia del derecho hace es mostrar que se *presupone* una norma básica cada vez que el sentido subjetivo de los actos creadores de derecho del primer constituyente son interpretados también como su sentido objetivo, o, puesto de otro, sólo si se presupone la norma básica es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos del primer constituyente como su sentido objetivo.

Seguidamente, la norma básica es *condicional*, lo cual quiere decir que *sólo si* se presupone la norma básica es posible tener por válida la primera Constitución de un ordenamiento jurídico positivo. Puesto de otra manera, la norma básica no es un dogma, o sea, nadie está propiamente obligado a presuponerla. Como dice Kelsen, "un punto esencial de mi teoría es que no es necesario presuponer la norma básica, pero que sólo *si* la presuponemos podemos considerar a un orden coercitivo, que es generalmente eficaz, como un sistema de normas objetivamente válidas. En consecuencia, el fundamento de la validez objetiva de las normas jurídicas es condicional; está condicionado por la presuposición de la norma básica".

En tercer lugar, la norma básica es *relativa*, en el sentido de que ella no es uniforme para todos los ordenamientos jurídicos. "Para cada ordenamiento jurídico, dice Kelsen, debe presuponerse una norma básica *específica* referente a la constitución (en sentido jurídico-positivo) de *ese* orden jurídico". Dicho de otra

Si el conflicto se produce entre dos normas del *mismo grado*, por ejemplo, entre dos leyes ordinarias, debe aplicarse el principio de que la ley posterior deroga la anterior, y entender, en consecuencia, que la ley posterior ha suprimido la validez de la anterior en todo aquello en que ambas se contradigan.

Si ambas normas del mismo grado hubieren sido introducidas simultáneamente, esto es, si de ninguna de ellas puede decirse que es posterior a la otra, que es lo que acontecería, por ejemplo, si una misma ley contiene dos normas contradictorias entre sí, las soluciones pueden ser tres: entender que las normas en conflicto se anulan entre sí, entender que el órgano llamado a aplicarlas puede optar libremente entre ellas, o entender que una de tales normas limita la validez de la otra. En todo caso, las dos primeras soluciones son viables cuando la contradicción entre las normas en conflicto es total, mientras que la tercera solución sólo puede tener cabida cuando las normas en conflicto se contradicen parcialmente.

Sostiene Kelsen que el conflicto puede producirse también entre dos normas individuales, como ser, “dos sentencias judiciales, especialmente cuando ambas normas han sido dictadas por órganos diferentes”. “Puede suceder, agrega, que un litigante sea condenado por un tribunal, mientras que el otro lo absuelve”. En un caso como éste, Kelsen es de opinión de solucionar el conflicto dejando que “el órgano de ejecución cuente con la opción de actuar conforme a una u otra sentencia”. De este modo, si el acto coactivo que una de las sentencias establece como debido es ejecutado, la otra sentencia “permanece duraderamente ineficaz y pierde su validez”; por la inversa, si el acto coactivo no se ejecuta, se actúa conforme a la sentencia que absolvió al acusado, de modo que la otra sentencia, la que establecía el acto coactivo como debido, “permanece duraderamente ineficaz y pierde su validez”. Sin embargo, es preciso advertir que si las dos sentencias provienen de dos instancias judiciales distintas, una superior y otra inferior, prevalece la sentencia del tribunal superior. Es más: en tal caso ni siquiera puede decirse que estamos en presencia de un conflicto normativo, puesto que la norma establecida por el tribunal inferior no se afirma en su validez mientras sea susceptible de algún recurso ante el propio tribunal que la dictó o ante un tribunal de superior jerarquía.

Ahora bien, si el conflicto normativo apareciera en una misma sentencia judicial, tendríamos simplemente un acto “carente de sentido”, dice Kelsen, esto es, “no contaríamos con ninguna norma jurídica objetivamente válida”. En nuestra opinión, sin embargo, en una hipótesis como esa sería posible intentar lo que en nuestro ordenamiento jurídico se llama recurso de rectificación, aclaración o enmienda, que se deduce ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida.

Tratándose ahora de normas de distinto nivel, Kelsen entiende que “no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma inferior tiene en la norma superior su fundamento de validez”. Por lo tanto, “si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior”.

Un conflicto semejante es el que podría producirse, por ejemplo, entre la Constitución y una ley ordinaria, entre una ley y su reglamento, o entre la ley y una sentencia judicial.

Lo que Kelsen quiere decir a este respecto no es que las normas inferiores no puedan ser producidas fuera del marco formal o material de la correspondiente norma superior, sino que cuando ello ocurre lo que se sigue realmente es que la norma inferior es *válida, aunque anulable*. Válida, porque mientras no se reclama de ella haciendo uso de los recursos correspondientes, la norma continuará existiendo como tal; y anulable, porque se trata de una norma susceptible de ser anulada a través de los procedimientos que franquee el propio ordenamiento jurídico. Como explica a este respecto Manuel de Rivacoba, “la norma superior prescribe no solamente que la norma inferior debe ser producida en una forma determinada y que debe tener o no tener un contenido determinado, sino, asimismo, que, en caso de ser producida en otra forma o de tener otro contenido que los prescritos, no ha de considerarse nula por ello, sino que ha de valer mientras no sea anulada por el órgano y mediante el procedimiento establecido al efecto”. Y continúa Rivacoba: “lo que se llama inconstitucionalidad de la ley —y otro tanto puede decirse del reglamento ilegal y del acto judicial o del administrativo ilegal o contrario al reglamento— no es, pues, una contradicción lógica entre el contenido de una ley y el de la Constitución, sino simplemente una condición estatuida por ésta para la iniciación de un procedimiento que conduce o a la derogación de la ley, válida hasta entonces,

manera, como los diversos ordenamientos jurídicos reconocen constituciones jurídico-positivas también diversas, debe presuponerse normas básicas distintas. “Lo que tienen en común todas estas normas básicas —declara Kelsen— es que se refieren a una constitución jurídico-positiva en base a la cual se ha establecido un orden normativo coercitivo positivo que en términos generales es eficaz”.

En cuarto término, la norma básica es *jurídica* en un sentido y *metajurídica* en otro. Es jurídica en cuanto cumple una función jurídica relevante, a saber, servir de fundamento de validez a la primera Constitución histórica y, en definitiva, a todas las demás normas del ordenamiento jurídico que, según vimos, pueden ser reconducidas hasta ella. Es metajurídica en el sentido de que, al no ser una norma positiva, está ella en cierto modo fuera del ordenamiento jurídico positivo cuya validez fundamenta.

El carácter metajurídico de la norma básica es entonces una consecuencia de su carácter no positivo. Así, Kelsen sostiene que la norma básica es metajurídica “si se entiende por esta palabra que ella no es una norma de derecho positivo, es decir, una norma creada por un acto real de voluntad de un órgano jurídico”; pero, a la vez, se trata de una norma jurídica si por esto entendemos “todo lo que tenga funciones jurídicas relevantes”.

Luego de señalar que la norma básica es metajurídica en cuanto no se trata de una norma positiva y jurídica en cuanto cumple funciones jurídicas relevantes, Kelsen admite que “la teoría de la norma básica es —hasta cierto punto— similar a la doctrina del derecho natural, según la cual un orden jurídico es válido si corresponde al derecho natural”. Por lo mismo, agrega, “el derecho natural no es considerado *metajurídico* a pesar de no ser derecho *positivo*”. Sin embargo, y en propias palabras del autor, existe una “diferencia fundamental” entre la teoría de la norma básica y la doctrina del derecho natural. Tal diferencia consiste en que “el contenido del orden jurídico es completamente independiente de la norma básica, de la cual puede ser derivada sólo la validez objetiva de la norma del orden jurídico positivo y no el contenido de ese orden; mientras que, de acuerdo con la doctrina del derecho natural, un orden positivo es válido solamente en tanto su contenido corresponde al del derecho natural”.

Por último, si vista desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional cuya validez fundamenta, la norma básica es una

norma *no positiva*, apreciada desde el punto de vista del derecho internacional aparece como una norma consuetudinaria de carácter *positivo*, en especial si se otorga al derecho internacional una primacía sobre los derechos internos o nacionales. Sin embargo, para comprender mejor este punto, tendremos que explicar más adelante, en este mismo capítulo, en qué consiste la eficacia del derecho; cuál es la relación entre validez y eficacia; qué tipo de vínculo existe entre eficacia, primera Constitución y norma básica; y, por último, cómo la norma básica puede ser vista tanto desde la perspectiva de un derecho nacional como desde la del derecho internacional.

Los conflictos de normas.— De acuerdo con lo explicado antes, si la norma básica es el fundamento último de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, ella constituye también, en palabras de Kelsen, “la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas”.

Dicha unidad, sin embargo, no excluye la posibilidad de conflictos entre normas de un mismo ordenamiento, esto es, la posibilidad de que normas de un mismo ordenamiento jurídico puedan contradecirse mutuamente.

Si las normas jurídicas no pueden ser verdaderas ni falsas, y si sólo de las reglas de derecho o proposiciones jurídicas tiene sentido predicar verdad o falsedad, ello quiere decir que el principio lógico de no contradicción sólo puede aplicarse a los enunciados que describen normas y no propiamente a las normas de un ordenamiento.

Con todo, Kelsen admite que principios lógicos como el de no contradicción puedan aplicarse también, “indirectamente”, a las normas jurídicas, puesto que “no es de ninguna manera insólito sostener que dos normas jurídicas se contradicen mutuamente”, que es lo que ocurriría, por ejemplo, si una norma declara que una determinada conducta es debida y otra norma del mismo ordenamiento establece que esa misma conducta no es debida.

Como el ordenamiento jurídico es una estructura escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, el problema del conflicto normativo puede ocurrir tanto entre normas de un *mismo nivel* jerárquico como entre normas de *distinto nivel*.

un conflicto entre dos criterios fuertes y no entre uno fuerte y otro débil, como en las dos situaciones anteriores. Por lo mismo, Bobbio concluye a este respecto que no existe "una regla general consolidada", de modo que, también en esta última situación, lo mismo que en el caso de la ausencia de criterios, "la solución dependerá del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio, de acuerdo a las circunstancias".

4. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURIDICAS

Concepto de eficacia. Las conductas componentes de la eficacia. La relación entre validez y eficacia. Eficacia y norma básica. Derecho nacional, derecho internacional y norma básica.

Concepto de eficacia.— La eficacia designa la correspondencia general entre las conductas que una norma jurídica exige como debidas a los sujetos imperados y a los órganos jurisdiccionales y los comportamientos habitualmente emitidos por unos y otros en el curso de la vida social.

En consecuencia, puede decirse que una norma jurídica es eficaz, o que un conjunto de ellas lo son, o que lo es todo un ordenamiento jurídico globalmente considerado, cuando dicha norma, normas u ordenamiento son generalmente obedecidos y aplicados, esto es, cuando los sujetos normativos actúan en la mayoría de los casos como las normas o el ordenamiento les prescriben hacerlo, y cuando los órganos jurisdiccionales, también en la mayoría de los casos, aplican las consecuencias jurídicas previstas por las normas, en especial las sanciones que se establecen para el caso de que los sujetos normativos no den cumplimiento a lo que las normas demandan de ellos.

Dicho brevemente, una norma jurídica es eficaz cuando es generalmente obedecida y generalmente aplicada

En tanto *válida*, una norma jurídica *debe ser* obedecida y aplicada; en cambio, sólo de una norma que *es* generalmente obedecida y aplicada puede decirse que es *eficaz*. "La validez de una norma jurídica, dice Kelsen, significa que debe ser acatada y aplicada y no que es acatada y aplicada". Esta última circunstancia —la de ser la norma acatada y aplicada— constituye la eficacia de la norma. Por lo mismo, la eficacia nunca es segura, sino sólo

probable, lo cual quiere decir que una norma jurídica válida tanto puede ser eficaz como ineficaz. Es cierto que normas jurídicas válidas que se incorporan a un ordenamiento jurídico que en general es eficaz tienen grandes probabilidades de llegar también a ser eficaces, pero nada asegura realmente que así sea.

La eficacia de las normas jurídicas designa el hecho habitual de su obedecimiento y aplicación por parte de sujetos imperados y órganos jurisdiccionales, al margen de las motivaciones que unos y otros puedan tener para obedecerlas y aplicarlas. Los motivos por los cuales los sujetos normativos obedecen las normas jurídicas son múltiples y variados. Van desde una probable adhesión a la norma hasta el temor a verse expuestos a la sanción que la norma prevé para el caso de incumplimiento. Lo mismo, las motivaciones de un tribunal para aplicar una norma jurídica pueden ir desde la aprobación que al juez merece la norma hasta el deber profesional de fallar conforme a ella o el deseo de no verse expuesto a que lo fallado por él sea revocado por un tribunal de jerarquía superior. Por lo mismo, cualesquiera sean los motivos que sujetos imperados y órganos jurisdiccionales pueden tener para obedecer y hacer aplicación de una norma, a ésta, para ser eficaz, le basta con que, en el hecho, se la obedezca y aplique regularmente.

Por otra parte, la *eficacia* de las normas jurídicas no es lo mismo que el *reconocimiento* de éstas. Para que una norma jurídica sea eficaz es útil que se la reconozca como tal, esto es, que se la identifique y admita en su existencia y consiguiente pretensión de obligatoriedad, aunque la eficacia es algo distinto de ese reconocimiento: se trata nada más que de un hecho que tiene que ver no con la disposición de los sujetos normativos y órganos jurisdiccionales frente a las normas, sino con el obedecimiento y aplicación regulares que unos y otros observen ante las normas.

Además, la *eficacia* de las normas jurídicas debe ser distinguida de la *efectividad* de éstas. La efectividad de una norma jurídica consiste en la obtención de los fines que ella persiga y no en el simple obedecimiento y aplicación regulares que la norma encuentre de parte de sujetos normativos y órganos jurisdiccionales. Valiéndonos de un ejemplo de Juan Ramón Capella, César, al conceder la ciudadanía romana a los médicos y maestros de las artes liberales, intentó atraer y promover el establecimiento de ese tipo de personas en Roma. La eficacia, en este caso,

y, por ende, constitucional, o al castigo de un órgano determinado. Los preceptos de la Constitución concernientes a la producción y el contenido de las leyes han de ser entendidos, así, en conexión esencial con aquellos otros que se refieren a la violación de la Constitución, es decir, a las normas creadas en forma distinta o que posean un contenido distinto de los previamente prescritos”.

En consecuencia, mientras no se declare la anulación de la norma inferior, ésta permanece válida, e incluso continuará siéndolo si el procedimiento para su anulación “no se intenta, o se agota sin que se declare la nulidad”, o si tal procedimiento no está previsto en absoluto por el ordenamiento jurídico respectivo.

Antes de dejar el tema del conflicto de normas, conviene dar cuenta de la manera como lo plantea Norberto Bobbio en su *Teoría general del derecho*.

Bobbio llama “antinomia” a la situación que se produce cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles entre sí. Por otra parte, existen lo que el autor llama “antinomias solubles” y “antinomias insolubles”. Las primeras se producen en aquellos casos en que la incompatibilidad entre las normas puede ser resuelta en aplicación de uno solo de los criterios ideados para resolver antinomias. Por lo mismo, a las antinomias solubles Bobbio las llama también “antinomias aparentes”. En cambio, “antinomias insolubles”, o “antinomias reales”, son aquellas que se producen en dos situaciones: cuando no se puede aplicar ninguno de los criterios ideados para resolver antinomias y cuando se pueden aplicar dos o más criterios opuestos para resolverlas. Por lo mismo, escribe Bobbio, “diremos que las antinomias reales son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados”.

Ahora bien, en cuanto a los criterios para resolver antinomias, Bobbio menciona el criterio *cronológico*, el *jerárquico* y el de *especialidad*.

El criterio cronológico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, *una anterior y otra posterior*, prevalece la posterior. El criterio jerárquico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, *una superior y otra inferior*, prevalece la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. El criterio de especialidad es aquel según el cual entre dos normas incompatibles,

una general y otra especial, prevalece la de carácter especial. Estos tres principios, en el mismo orden que fueron presentados, se contienen en las expresiones latinas “*lex posterior derogat priori*”, “*lex superior derogat inferior*”, y “*lex specialis derogat generali*”.

En consecuencia, dice Bobbio, “el criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico cuando dos normas incompatibles están en diferentes niveles; y el criterio de especialidad cuando el conflicto se plantea entre una norma general y otra especial”.

Sin embargo, puede darse el caso de una antinomia entre normas contemporáneas, del mismo nivel y ambas generales. En tal caso, la antinomia no puede resolverse en aplicación de ninguno de los tres criterios antes señalados. ¿Qué hacer entonces en este caso? Bobbio sugiere recurrir a la forma de la norma, esto es, determinar si las normas incompatibles son imperativas, prohibitivas o permisivas, y aplicar entonces un cuarto criterio, que el autor llama *criterio de prevalencia*. Por ejemplo, “si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra permisiva, prevalece la permisiva”. Este criterio, añade Bobbio, parece razonable y “corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación *favorable* antes que a la *odiosa*”.

Pero, ¿qué pasa cuando de las normas incompatibles una es imperativa y la otra prohibitiva? Aquí cabría la regla “según la cual dos normas contrarias, o sea, una norma que obliga a hacer algo y otra que lo prohíbe, se eliminan mutuamente y, por tanto, el comportamiento, antes de ser considerado ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito”.

El otro caso de antinomia real se produce cuando ésta puede ser resuelta aplicando dos o más criterios contrarios entre sí.

Cuando el conflicto se da entre el criterio jerárquico y el cronológico, debe entenderse que prevalece el jerárquico. Si el conflicto se produce entre el criterio de especialidad y el cronológico, debe ser resuelto a favor del primero de ellos, de modo que “*lex posterior non derogat priori speciali*”. Por último, el conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad es el que presenta mayores dificultades, puesto que se trata de

Volviendo a las dos conductas componentes de la eficacia, lo normal será que exista una cierta correspondencia entre ambas, lo cual quiere decir que de una norma que es habitualmente obedecida cabe esperar que sea también regularmente aplicada por los órganos jurisdiccionales en los mínimos casos de infracción que la norma registre de parte de los sujetos imperados. Como dice Luis Legaz Lacambra, "normalmente son aplicadas aquellas normas que son normalmente aceptadas; pues la aceptación normal y relativamente máxima implica la transgresión normal y relativamente mínima".

Sin embargo, es preciso guardarse de creer que las relaciones de correspondencia entre las dos conductas componentes de la eficacia son necesarias, o siquiera constantes, porque bien puede ocurrir que el ascenso o descenso en la eficacia principal de una norma no vayan seguidos de un similar ascenso o descenso en la eficacia consecuencial, o viceversa. Sin perjuicio de la normal correspondencia entre eficacia principal y eficacia consecuencial, lo cierto es que ambas se encuentran en una cierta tensión que es preciso medir en cada caso para determinar cuánto de una y de otra tiene una norma jurídica o un conjunto de ellas.

La relación entre validez y eficacia.— Validez y eficacia son dos conceptos distintos. Una cosa es lo que se quiere decir de una norma jurídica cuando se afirma que es *válida* y otra distinta cuando lo que se afirma de ella es que es *eficaz*. Decir que una norma jurídica es válida, o que un conjunto de normas lo son, equivale a certificar que esa norma o normas existen y que obligan, o sea, que *deben ser* obedecidas y aplicadas. En cambio, decir que una norma jurídica es eficaz, o que un conjunto de normas lo son, equivale a comprobar que esa norma o normas *son* generalmente obedecidas y aplicadas.

Ahora bien, si no obstante esa diferencia se pregunta acerca de cuál podría ser la relación entre validez y eficacia, dos son las respuestas extremas que según Kelsen es preciso eludir: la de una *teoría idealista*, que afirma que no existe relación alguna entre validez y eficacia; y la de una *teoría realista*, que afirma que la validez es lo mismo que la eficacia o que ésta es el fundamento de aquélla.

Desechadas por el autor ambas doctrinas, Kelsen procura trazar la relación entre validez y eficacia de un modo que lo aleje

tanto de la teoría idealista como de la realista, aunque la solución que acaba proponiendo está ciertamente más cerca de la segunda que de la primera de esas dos teorías.¹

El pensamiento de Kelsen a este respecto puede ser resumido de la siguiente manera:

a) validez y eficacia son conceptos diferentes que no deben ser confundidos;

b) no obstante ser conceptos distintos, existe relación entre validez y eficacia;

c) dicha relación no consiste en que validez y eficacia sean lo mismo, porque en tal caso más que relación se produciría una confusión entre ambos conceptos;

d) tampoco consiste dicha relación en que la eficacia sea el fundamento de la validez; y

e) la relación consiste en que la eficacia es *condición* de la validez.

Tal como se ve, al emitir la *segunda* de las afirmaciones precedentes, Kelsen se aleja del planteamiento de la teoría idealista, en tanto que al hacer suyas las afirmaciones *tercera* y *cuarta* hace otro tanto respecto de la teoría realista. Para el autor una teoría idealista es falsa por cuanto es imposible sostener que la pérdida de eficacia de una norma, o de un sistema de normas, deje absolutamente intocada y sin afectar la validez de una u otro. A la vez, una teoría realista es falsa si identifica validez con eficacia, puesto que el primero de esos conceptos se sitúa en el plano del *deber ser*, en tanto que el segundo lo hace en el plano del *ser*, de modo que una norma jurídica es válida antes de saberse si será o no eficaz. Así, "las normas generales de una ley cobran validez antes de que cobren eficacia en un sentido o en el otro, y un tribunal que aplica una ley por primera vez, inmediatamente después de haber sido promulgada, sin que, por lo tanto, haya podido aun adquirir eficacia, aplica una ley válida". Además, una teoría realista es también falsa si lo que afirma es que la eficacia constituye el fundamento de la validez, porque, según Kelsen, el fundamento de validez de una norma jurídica sólo puede ser otra norma jurídica del mismo ordenamiento, nunca un hecho. "El fundamento de validez de un ordenamiento jurídico —escribe— es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una constitución que ha sido efectivamente creada y que es eficaz en términos generales".

consistió en la real consideración de esas personas como ciudadanos romanos por parte de los magistrados y demás autoridades, mientras que la efectividad debió medirse por el número efectivo de esas personas que se asentaron realmente en Roma y que dieron lugar al clima intelectual que el gobernante buscó conseguir al atraerlos a la ciudad. Este ejemplo histórico es adecuado, porque la norma en cuestión, si bien tuvo eficacia, no consiguió efectividad, lo cual quiere decir que fue de hecho obedecida y aplicada, aunque no consiguió los fines últimos que se perseguían con su establecimiento.

Las investigaciones empíricas acerca de la eficacia de las normas jurídicas, que buscan establecer en qué medida son ellas obedecidas por los sujetos normativos y aplicadas por los órganos jurisdiccionales, tienen gran importancia para advertir cuánto de lo que el derecho dispone a nivel de sus normas vive realmente como derecho al interior de la comunidad jurídica de que se trate y cuánto no pasa de ser letra muerta escrita en un papel. Entre otras tareas de que esa disciplina se ocupa, la sociología del derecho se interesa por la eficacia de las normas jurídicas, porque, como dice Jean Carbonnier, la sociología del derecho "reconoce que las normas jurídicas y las instituciones poseen un determinado coeficiente de eficacia o ineficacia que debe ser tenido en cuenta. Dicho de otra manera: ella considera que la totalidad de lo jurídico no está encerrado en las normas e instituciones". Por su parte, y refiriéndose a las palabras de la ley, F. S. Cohen apunta que "las palabras son frágiles envoltorios para los propósitos del legislador. El viaje hacia el ámbito de la observancia es largo y peligroso".

Las conductas componentes de la eficacia.— Desde el punto de vista de las conductas que la componen, la eficacia muestra dos componentes, a saber, el comportamiento que frente a las normas observan los sujetos imperados por éstas y el comportamiento que frente a las normas muestran los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, que las conductas componentes de la eficacia sean las dos que acabamos de mencionar no es sino consecuencia de que las normas jurídicas se refieren o van dirigidas a ambos, a sujetos imperados y a los órganos jurisdiccionales, demandando de los primeros que las cumplan y de los segundos que las apliquen.

A este respecto, tiene razón Jorge Millas cuando dice que la relación de eficacia es doble: está por una parte la eficacia de la norma en cuanto a su cumplimiento por el súbdito, y la eficacia en cuanto a su cumplimiento por el órgano público que sanciona el incumplimiento en que aquél incurre. Por lo mismo, "bien podemos llamar a aquella *eficacia principal*, porque depende precisamente de que se observe la conducta que la norma trata de inducir, y a la segunda *eficacia consecuencial*, toda vez que ella se determina por la conducta del órgano sancionador que la norma requiere como consecuencia del incumplimiento principal".

En otras palabras, si las normas jurídicas son directivas que se dirigen *principalmente* a los sujetos normativos y *consecuencialmente* a los órganos jurisdiccionales, cobra sentido llamar eficacia principal a la primera y eficacia consecuencial a la segunda.

Cabe señalar también, por lo que respecta a la eficacia consecuencial, que para determinar cuánta eficacia pueda tener en tal sentido una o más normas jurídicas, no basta con investigar el comportamiento de los tribunales en cuanto éstos hagan o no aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por las normas, sino que es preciso determinar también si lo que los tribunales resuelven se ejecuta realmente o no por las autoridades públicas correspondientes. En otras palabras: la eficacia consecuencial de una norma jurídica no está dada por la sola declaración habitual de sus consecuencias por parte de los tribunales, sino, además, por la efectiva ejecución de tales consecuencias por parte de los funcionarios correspondientes.

Cabe decir, asimismo, que las investigaciones acerca de la eficacia consecuencial de las normas permitirá establecer no sólo lo que los tribunales hacen o dejan efectivamente de hacer en relación con lo que las normas del respectivo ordenamiento les ordenan hacer, sino que, además, permitirán determinar cómo actúan de hecho los titulares de las acciones que pueden ser intentadas ante los tribunales de justicia. Esto es importante, porque la pérdida de eficacia consecuencial de una norma no siempre obedecerá a que los órganos jurisdiccionales dejaron de aplicarla, sino que podrá ser el resultado de la inactividad procesal de la autoridad pública o del ofendido que tienen el deber o la posibilidad de requerir la intervención de los tribunales en presencia de las infracciones a las normas jurídicas.

sulta posible soslayar antes de llegar a ella, a saber, la afirmación de que la eficacia es realmente el fundamento de la validez de las normas.

Cabe reiterar aquí que la norma básica no fundamenta únicamente la validez de la primera Constitución histórica de una comunidad jurídica dada, sino también la de toda nueva primera Constitución que sea introducida eficazmente como resultado de una golpe de Estado o de una revolución. Para Kelsen, un golpe de Estado exitoso, o bien una revolución triunfante, vistos desde un punto de vista jurídico, no son otra cosa que la sustitución de la Constitución vigente sin sujetarse a los procedimientos que esta misma Constitución establecía para su modificación o reforma.

"El principio de legitimidad, dice Kelsen, es así restringido por el principio de eficacia", lo cual reafirma la siguiente convicción: Kelsen puede describir acertadamente lo que ocurre desde un punto de vista jurídico cada vez que una Constitución es invalidada por actos de fuerza y sustituida por otra que dictan los mismos que ejecutaron tales actos de fuerza, aunque resulta claro, asimismo, que, a fin de cuentas, es siempre el principio de eficacia el que prevalece, de donde resulta la dificultad, o acaso la contradicción, de continuar afirmando —como hace Kelsen— que la validez de una norma depende siempre de otra norma, nunca de un hecho.

Como se pregunta Bobbio a este mismo respecto, "¿qué se entiende por revolución? Se entiende el derrocamiento ilegítimo de un ordenamiento jurídico preexistente, llevado a cabo internamente y, al mismo tiempo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico nuevo". Por lo mismo, "la definición jurídica de revolución ha puesto en apuros a los juristas porque presenta dos aspectos: respecto al ordenamiento precedente es un hecho ilegítimo (tan es así que si fracasa, los que están implicados terminan mal, y ni siquiera se llama revolución, sino insurrección, sublevación, etc.); respecto al ordenamiento posterior, a que da origen aquella, es el fundamento mismo de la legitimidad de todo el ordenamiento, o sea, es un hecho constitutivo de derecho".

Con todo, es un hecho que, cada vez que acontece un golpe de Estado o una revolución que triunfa, no se sustituye la totalidad del ordenamiento jurídico preexistente, sino únicamente la

Constitución, y a veces, sólo una parte de ésta, lo cual permite advertir que el nuevo y el viejo ordenamiento jurídico no se excluyen absolutamente y que, en medida no importante, el viejo ordenamiento se traspassa al nuevo. "¿Cómo explicar este traspasso?", se pregunta Bobbio, y responde lo siguiente: "La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura de la *recepción*", lo cual quiere decir lo siguiente: "en el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas". De este modo, continúa Bobbio, "el nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo *materialmente* al primero, pues *formalmente* son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no de pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma".

Derecho nacional, derecho internacional y norma básica.— Cuando tratamos de la teoría kelseniana de la norma básica, dijimos que ésta permite fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en términos generales eficaz, esto es, que resulte en el hecho generalmente obedecida y aplicada. El propio Kelsen, en su libro *Principios de derecho internacional público*, insiste sobre el particular, cuando escribe que "si analizamos nuestros juicios relativos a la validez de las normas, encontramos que nosotros suponemos la primera Constitución como una norma válida solamente bajo la condición de que el orden jurídico establecido sobre la base de esta constitución sea, de una manera general, efectivo, esto es, efectivamente aplicado y obedecido".

Sin embargo, el principio de que un ordenamiento jurídico debe ser generalmente efectivo para ser válido es, en sí mismo, una norma, la cual puede ser formulada diciendo que "los hom-

Ahora bien, ¿qué quiere decir Kelsen con la quinta y última de las afirmaciones antes señaladas, o sea, qué quiere decir cuando concluye en que la eficacia es *condición* de la validez, o, por ponerlo con sus propias palabras, qué quiere realmente decir cuando sostiene que "la eficacia de las normas jurídicas es condición de su validez, pero no es esta validez misma, ni es la eficacia el fundamento de la validez?"

Lo que el autor quiere decir es que la validez de una norma jurídica es inicialmente independiente de su eficacia, esto es, que una norma jurídica es válida antes de saberse si será o no eficaz, pero que dicha norma pierde su validez si no consigue ser eficaz, o si, habiéndola conseguido, cesa luego de ser eficaz. De este modo, una ley publicada hoy en el Diario Oficial es *ya* una ley válida. Si esa ley consigue ser eficaz, continuará siendo válida. Pero si no logra ser eficaz, o pierde más adelante la eficacia que tuvo inicialmente, deja de ser una ley válida.

En consecuencia, una norma jurídica no precisa ser eficaz para *empezar* a ser válida, aunque sí requiere de la eficacia para *continuar* siendo válida. En otras palabras, sólo si la eficacia se añade a la validez de la norma ésta continúa siendo válida, mientras que en el caso contrario, esto es, cuando la eficacia no se añade a la validez, o bien cuando la norma pierde la eficacia que tuvo en algún momento, la norma en cuestión pierde también su validez.

En suma: la eficacia es una condición que "debe agregarse para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada, no pierdan su validez". Y para que se capte bien que la eficacia es únicamente condición de la validez, mas no la validez misma ni el fundamento de ésta, Kelsen se vale de la siguiente analogía: "Un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, deben satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer ni con el alimentarse".

Cabe reiterar que tanto un ordenamiento jurídico estimado como un todo, lo mismo que cada norma aislada de éste, requieren ser eficaces para conservar su validez. Sin embargo, hay que tener presente que la eficacia que condiciona la validez del ordenamiento jurídico considerado como un todo, condiciona doblemente la validez de cada norma aislada del mismo orde-

namiento, puesto que cada norma, para conservar su validez, requiere pertenecer a un ordenamiento en general eficaz y, adicionalmente, necesita también conseguir eficacia por sí misma.

Eficacia y norma básica.— Si la norma básica, según vimos en su momento, sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en términos generales ha conseguido ser eficaz, si, en otras palabras, la norma básica puede ser enunciada diciendo que vale la primera Constitución a condición de que el primer constituyente haya conseguido imponerla en términos de su eficacia, quiere decir, entonces, que la eficacia del derecho aparece más reforzada a nivel de la primera Constitución que al de las restantes normas del ordenamiento. Es más: en nuestro parecer, la eficacia, a nivel de la primera Constitución, parece ser más que una simple condición de la validez de ésta, o sea, parece ser más que algo que simplemente debe añadirse a ella para que la primera Constitución *continúe* siendo válida, puesto que, de acuerdo al modo como Kelsen enuncia la norma básica, no podría atribuirse validez a una primera Constitución que no resultara eficaz desde un *comienzo*.

En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con las restantes normas del ordenamiento, la primera Constitución no tiene la alternativa de resultar eficaz o no eficaz. Simplemente, si no es eficaz desde el comienzo no puede presuponerse su validez. En consecuencia, de una primera Constitución que no sea eficaz, no podría decirse que ella perdió su validez, sino que no llegó siquiera a ser válida.

A nivel de la primera Constitución se produce entonces una relación entre validez y eficacia mucho más estrecha que la que hay a nivel de las restantes normas del ordenamiento, o, como dice Juan Ramón Capella, tratándose de las normas *derivadas* Kelsen sobrevalora la validez, mientras que tratándose de la *primera Constitución* lo que hace es sobrevalorar la eficacia.

La duda que surge a este respecto, sin embargo, es si se trata sólo de una cuestión de énfasis, o sea, de valorar en un caso más la validez que la eficacia y en el otro más la eficacia que la validez, o si lo que hay aquí es una auténtica contradicción en el pensamiento de Kelsen, quien en su explicación de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, al llegar al nivel de la primera Constitución, no habría podido evitar lo que sí le re-

noce las normas del derecho internacional, sería el auténtico fundamento de validez de este último derecho, de modo que el Estado continuaría siendo la autoridad jurídica suprema. Por lo mismo, el derecho internacional no sería obligatorio más que para el Estado que lo hubiere reconocido.

Un punto de vista como ese, al afirmar que el derecho internacional, lo mismo que los ordenamientos jurídicos de los demás Estados, valen para un Estado determinado únicamente en la medida en que este último los reconozca como tales, llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico internacional no sólo carece de supremacía sobre el derecho nacional, sino, incluso, que ni siquiera se trata de un ordenamiento jurídico independiente. Esto es así porque, al radicar la validez del derecho internacional, así como la de los restantes ordenamientos jurídicos nacionales, en el acto de reconocimiento que a uno y a otros dispensa cada Estado, el ordenamiento jurídico internacional pasa así a ser una parte integrante del derecho nacional, una parte libremente admitida por éste. Se trataría de una especie de "derecho público" externo que comprendería al conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los demás Estados y cuya recepción se produciría sólo en virtud de un acto de reconocimiento.

En otras palabras: la necesidad de admitir la validez, esto es, la existencia del derecho internacional y la existencia, asimismo, de los ordenamientos jurídicos internos de los restantes Estados, conduce a este punto de vista desde un *dualismo* inicial, consistente en afirmar que derecho nacional y derecho internacional son ordenamientos independientes uno de otro, a un *monismo* final, consistente, a su turno, en la afirmación de que el ordenamiento jurídico internacional, en la medida en que su validez depende de un acto de reconocimiento del Estado, es una parte integrante del ordenamiento jurídico interno que lo reconoce como tal.

Kelsen impugna el punto de vista antes descrito y propicia una explicación unitaria de ambos ordenamientos jurídicos, nacional e internacional, tratando de demostrar la fuente común de validez que tienen ambos ordenamientos. Ello porque si el derecho nacional y el derecho internacional no constituyen dos ordenamientos jurídicos independientes uno del otro, tiene que ser porque ambos reconocen un fundamento común en cuan-

to a su validez. Este punto de vista de Kelsen es coherente con su afirmación de que varias normas jurídicas pertenecen a un mismo ordenamiento sólo en la medida en que la validez de tales normas pueda ser referida, en último término, a una misma norma básica o fundamental.

Entonces la pregunta es la siguiente: ¿cómo llegar a una norma básica que fundamente la validez de todo el derecho, tanto nacional como internacional?

La teoría del ordenamiento jurídico propuesta por Kelsen nos dejó en su oportunidad en la así llamada norma básica o norma fundamental. Esta norma, según explicamos antes, es una norma no positiva, una norma supuesta y no puesta, que al fundamentar la validez de la primera Constitución funda también la de todas las normas emanadas posteriormente de los órganos, autoridades y personas a quienes esa misma Constitución facultó para continuar con el proceso de producción del derecho.

Ahora bien, el presupuesto en que consiste la norma básica obliga a tener por válido el ordenamiento jurídico instaurado por el primer constituyente sólo a condición de que este ordenamiento sea eficaz. Por su parte, este principio que enuncia la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional, a saber, la de que todo ordenamiento jurídico interno debe ser eficaz para ser válido, es, en sí mismo, una norma que puede ser enunciada diciendo "Los hombres deben conducirse en conformidad con un ordenamiento coercitivo que, en su conjunto, sea generalmente eficaz".

Pues bien: esa norma —sostiene Kelsen— "es una norma de derecho internacional positivo, el principio de efectividad que predomina en ese derecho", puesto que ella va implícita "en la regla formulada usualmente por la afirmación de que de acuerdo con el derecho internacional un gobierno efectivo e independiente es el gobierno legítimo de un Estado".

Con tales planteamientos, Kelsen subraya que de acuerdo con el derecho internacional la primera Constitución de un Estado, o la nueva primera Constitución fruto de un golpe de Estado o de una revolución triunfantes, es válida sólo si el ordenamiento jurídico establecido de conformidad con esa misma primera Constitución resulta en términos generales eficaz, esto es, generalmente obedecido y aplicado. De este modo, el llamado "principio de efectividad", conforme al cual debe tenerse por

bres deben conducirse de conformidad con un orden coercitivo que, en su conjunto, sea generalmente efectivo". Pero esta última, admite Kelsen, "es una norma de derecho internacional positivo, el principio de efectividad que predomina en ese derecho".

Lo anterior significa que la norma básica, que es una norma *supuesta* si se la mira desde abajo, o sea, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno cuya validez fundamenta, pasa a ser ahora una norma *puesta*, esto es, positiva, si se la considera desde la perspectiva del derecho internacional. Ello es así porque entre las normas consuetudinarias que forman parte del derecho internacional, se cuenta la de que debe tenerse por gobierno de un Estado a aquel que sea capaz de imponer un determinado ordenamiento jurídico en términos de eficacia. La existencia de esta norma consuetudinaria estaría demostrada por la práctica habitual que siguen al respecto los Estados cada vez que en el territorio de otro Estado acontece una guerra civil, una revolución o un golpe de Estado.

Para Kelsen, el derecho internacional es derecho en el mismo sentido que lo son los derechos nacionales, aunque se trata ciertamente de un derecho menos evolucionado que estos últimos. En la misma obra recién citada, el autor afirma que no hay diferencias de naturaleza entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional, porque este último es también "un orden coercitivo, un conjunto de normas que disponen sanciones socialmente organizadas para ser ejecutadas como reacción contra actos ilícitos. De este modo, a pesar de las evidentes diferencias que existen entre los derechos nacionales y el derecho internacional, sobre todo en cuanto a las sanciones (en los primeros la pena y la ejecución civil, en el segundo la represalia y la guerra) y en cuanto al diverso grado de centralización de los órganos encargados de la producción y de la aplicación de las normas (mayor en el caso de los primeros y menor en el caso del segundo), el derecho internacional es "derecho auténtico en el mismo sentido que el orden jurídico de cada Estado". Todavía más, Kelsen llega a decir que "no hay nada que haga peligrar tanto la idea de la paz como la convicción -no fundada en los hechos- de que el orden actual en las relaciones interestatales no es un orden 'jurídico' en el sentido estricto y auténtico de la palabra. Y no hay mayor ilusión que la de creer que se

aumenta el valor e importancia de la organización internacional reconociéndole un carácter moral, en lugar de un carácter jurídico. Si se quiere servir a la paz, no hay nada mejor que hablar del derecho internacional, en lugar de entretenerse, como es corriente, a declamar sobre una nebulosa justicia, abandonando la elaboración del incipiente derecho internacional".

Pero si uno de los problemas que Kelsen considera decisivos a este respecto es el de si el derecho internacional es o no realmente derecho en el mismo sentido que lo son los derechos nacionales, el otro problema capital es el de si el derecho internacional está o no por encima de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El segundo de tales problemas concierne a la relación entre derecho nacional y derecho internacional.

Sobre el particular, Kelsen es de opinión que el enfoque de la relación entre uno y otro ordenamiento puede hacerse partiendo del derecho nacional o bien del derecho internacional. Si se parte del derecho nacional y del principio de la soberanía absoluta de cada Estado, ambos ordenamientos permanecerán obviamente separados, esto es, existirán independientemente uno del otro y regularán materias distintas a través de fuentes también diversas. Los partidarios de este punto de vista sostienen, en consecuencia, que sobre el Estado no existe ningún otro poder jerárquico superior, y ello como resultado de que "con la propiedad de la soberanía suele reconocerse al Estado una cualidad, una supremacía absolutas", de donde resulta que el Estado es el orden "absolutamente supremo, la comunidad suprema".

Sin embargo, los partidarios de un enfoque como ese no pueden negar la existencia del derecho internacional y deben proporcionar alguna explicación acerca de la naturaleza jurídica de un ordenamiento que aparece colocado fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales. Dirán, en consecuencia, que siendo el ordenamiento jurídico nacional independiente del ordenamiento jurídico internacional, las normas de este último obligan únicamente al Estado que las haya reconocido, con lo cual adoptan finalmente un criterio que otorga primacía al derecho nacional sobre el derecho internacional, puesto que el fundamento de validez de este último se encontraría en un acto de voluntad del Estado. Precisamente, ese acto, en tanto reco-

modo: "los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre". O, "los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo".

En consecuencia, y visto dinámicamente, el ordenamiento jurídico internacional se despliega también escalonada y jerárquicamente a partir de su norma básica. El primer escalón de este ordenamiento jurídico, visualizándolo de arriba abajo, está constituido por el derecho consuetudinario. El grado siguiente por las normas creadas convencionalmente en virtud de los tratados, cuya validez, según vimos, depende de la norma *pacta sunt servanda*, que pertenece al primer escalón del ordenamiento internacional. Finalmente, la tercera grada está formada por las normas creadas por organismos que a su vez han sido creados en virtud de los tratados, como por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de la Corte Internacional de Justicia, o de los tribunales de arbitraje.

Del modo que hemos señalado puede Kelsen fundar la validez del derecho de manera unitaria, esto es, de una manera comprensiva tanto del ordenamiento jurídico nacional como del ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, queda una cuestión final por resolver, y es la siguiente: la costumbre por medio de la cual se crea el derecho internacional consiste en actos de los estados. Entonces podría objetar que los estados debieron existir antes que hubiera un derecho internacional. Pero, ¿cómo puede el derecho interno o nacional derivar su validez del derecho internacional si la aplicación del último presupone la existencia del primero?

Kelsen responde a esa interrogante haciendo ver que la relación entre derecho nacional y derecho internacional no se plantea desde el punto de vista *histórico*, sino desde un punto de vista *lógico-jurídico*. "El hecho de que el derecho internacional consuetudinario exista, no implica necesariamente que la existencia de los Estados haya precedido a la del derecho internacional..., puesto que es muy posible que los grupos sociales primitivos evolucionarán convirtiéndose en Estados, simultáneamente con el desarrollo del derecho internacional... Pero aún suponiendo que la existencia de los Estados haya sido anterior a la del Derecho internacional, la relación histórica entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, no excluye la relación lógica que, según se afirma, existe entre sus razones de validez".

Lo dicho hasta aquí permite apreciar que la validez del derecho puede ser explicada partiendo ya de la primacía del derecho nacional, ya de la primacía del derecho internacional. También ha quedado claro que Kelsen sólo objeta la primera de estas doctrinas en cuanto quiere permanecer dualista, o sea, en cuanto quiere presentarnos el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento jurídico internacional como dos sistemas de normas independientes entre sí, carentes de un fundamento común de validez. Pero la doctrina del primado del derecho nacional, según vimos, no puede, a riesgo de incurrir en un error lógico, permanecer en tal dualismo, afirmando, en definitiva, que la validez del derecho internacional se apoya en el acto de reconocimiento del Estado, o sea, en el derecho interno o nacional. Por esta afirmación, que le resulta ineludible para explicar la existencia del ordenamiento jurídico internacional, la doctrina de la primacía del derecho nacional se transforma también en una explicación monista del problema de la relación entre ambos ordenamientos jurídicos.

Por lo mismo, según ya se ha dicho, Kelsen es de opinión que ambas doctrinas —la del primado del derecho nacional y la del primado del derecho internacional— no afectan ni al contenido ni a las funciones del derecho internacional y, por ende, ambas pueden valer cuando se trata de llevar a cabo una comprensión e interpretación del derecho o a una efectiva organización jurídica mundial.

La elección de una u otra doctrina afecta únicamente al fundamento de validez de uno y otro ordenamiento jurídico. Si se parte de la primacía del derecho nacional, el derecho internacional, al valer únicamente en la medida en que es aceptado por aquél, funda entonces su validez en el ordenamiento jurídico nacional. Por la inversa, si se parte de la primacía del derecho internacional, el derecho nacional, al constituir el producto de una delegación de aquél, funda entonces su validez en el ordenamiento jurídico internacional.

Ahora bien, si se puede reprochar alguna contradicción es a la primera de estas doctrinas, la de la primacía del derecho nacional, pero solamente en cuanto quiera presentarse como una teoría dualista, esto es, en cuanto mantenga el punto de vista de que el derecho internacional constituye un ordenamiento jurídico sin relación alguna con el derecho nacional, puesto que

ordenamiento jurídico de un Estado aquel que haya sido establecido en términos de eficacia, resulta ser una norma positiva de derecho internacional. Este principio de efectividad, por lo tanto, puede formularse diciendo que “si en algún lugar y en cualquier forma se establece un poder, capaz de asegurar permanente obediencia a su orden coercitivo entre los individuos cuya conducta ese orden regula, entonces la comunidad jurídica constituida por este orden coercitivo es un Estado en el sentido del derecho internacional”. Así las cosas, “lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva”.

Es de esa manera como Kelsen llega al punto de vista de la primacía del derecho internacional, puesto que es una norma perteneciente a éste la que aparece fundamentando la validez de los ordenamientos jurídicos estatales. Además, con semejante punto de vista, el autor invierte la dirección del reconocimiento entre uno y otro ordenamiento, puesto que si la doctrina de la primacía del derecho nacional sobre el internacional afirmaba que éste vale únicamente en la medida en que es reconocido por aquél, para la doctrina de la primacía del derecho internacional sobre el nacional la situación es precisamente la inversa. Explicando las implicancias de la segunda de esas doctrinas, Kelsen sostiene que “desde que los órdenes jurídicos nacionales hallan la razón de su validez en el orden jurídico internacional, el que al mismo tiempo determina sus esferas de validez, el orden jurídico internacional ha de ser superior a todos los órdenes nacionales”. O sea, como advierte Carlos Nino, Kelsen no es partidario del *monismo nacional*, que sostiene que el derecho internacional recibe su validez de los derechos nacionales, ni del *pluralismo*, que sostiene que el derecho internacional es un ordenamiento independiente de los derechos nacionales. De lo que Kelsen es partidario es de un *monismo internacional*, porque afirma que los derechos nacionales forman parte del derecho internacional.

Dicho lo anterior de otro modo, “el supuesto teórico fundador de la unidad es por así decirlo ascendido en un grado: conviértese en la norma fundamental constitutiva del orden jurídico internacional y, por tanto, de la unidad del sistema jurídico total”.

Así las cosas, y desde el momento en que el derecho nacional encuentra su razón de validez en una norma del derecho internacional, la última razón de la validez de éste será también la del derecho nacional o interno. Se trata, ahora, de ubicar entonces la norma básica del derecho internacional, esto es, el fundamento último y común de validez de todas las normas pertenecientes a este ordenamiento, la cual constituirá también, por la razón antes anotada, el fundamento de validez del derecho nacional. Al fijar la norma básica del derecho internacional resolveremos acerca de cuál es la razón de validez de la norma positiva de este ordenamiento en que se funda a su vez la validez de los ordenamientos jurídicos nacionales, tarea con la cual, a fin de cuentas, estaremos dando con esa fundamentación en último término común que la doctrina de Kelsen exige para una visión unitaria del derecho.

Ahora bien, para encontrar la fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional, Kelsen propone un procedimiento semejante al empleado para arribar a la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional, esto es, partir de la norma de más baja jerarquía dentro del ordenamiento internacional, es decir, la sentencia de un tribunal internacional.

Si nos preguntamos por la validez de una norma emanada de un tribunal internacional, tendremos que respondernos que tal norma es válida porque así se desprende del tratado en cuya virtud el tribunal fue constituido. Si nos preguntamos luego por la validez de este tratado, esto es, si nos preguntamos acerca de por qué obligan sus disposiciones a los estados que lo han convenido, la respuesta será encontrada en una norma más general que prescribe que los estados deben comportarse de acuerdo con los tratados que hubieren celebrado, “o sea, la norma que se expresa comúnmente por medio de la expresión *pacta sunt servanda*. Esta norma es una norma de Derecho internacional general que ha sido creada por costumbre constituida por los actos de los propios Estados a través del tiempo”.

Pero, con todo, quedaría aún por preguntarse acerca del fundamento de validez de esta norma que se expresa bajo la fórmula *pacta sunt servanda*, pregunta que nos conduce finalmente a la norma básica del ordenamiento jurídico internacional, “que tiene que ser una norma que admita a la costumbre como hecho creador de derecho, y que podría enunciarse del siguiente

Vittorio Frosini, Bustamante y Montoro, H. Lauperchat y Julius Stone.

Kunz, que tanto y tantas veces coincide con el pensamiento de Kelsen, reprocha no obstante a éste que no haya abandonado su "vieja actitud en lo que se refiere a la elección entre la tesis de la primacía del Derecho internacional y la primacía del Derecho nacional", añadiendo que "la aceptación de la primacía del Derecho internacional, como yo he demostrado desde hace un cuarto de siglo, es una necesidad puramente teórica, porque, si partimos de la tesis de la primacía del Derecho nacional, es imposible construir y comprender el Derecho positivo actualmente en vigor". Alfred Verdross, luego de declarar que "el Derecho internacional positivo, lejos de basarse en la voluntad de los Estados *particulares*, es producto de la *comunidad de los Estados*", observa seguidamente que "el concepto de la soberanía relativa (estado soberano como comunidad *que se gobierna plenamente a sí misma*, o sea, como comunidad *independiente*) es, pues, plenamente compatible con la existencia de un Derecho internacional...". "Más aún —concluye Verdross es propio del Derecho internacional el vincular principalmente a Estados independientes constituyendo con ellos una comunidad jurídica". El cubano A. S. de Bustamante y Montoro, en abierta inclinación por la primacía del derecho internacional, declara que "las normas conocidas con el nombre de Derecho internacional constituyen un ordenamiento jurídico totalitario superior a los Estados, que delimita los respectivos ámbitos de validez de los mismos...", "Esto significa —agrega el autor citado— que, en tal supuesto, ningún Estado es soberano, puesto que todos se hallan sometidos en la misma medida al ordenamiento de la comunidad jurídica internacional..." "La tesis contraria —finaliza Bustamante y Montoro— resulta tan fácilmente rebatible que no requiere una discusión: nadie sostendría hoy, en serio, el primado del ordenamiento jurídico interno, inspirado en una concepción anárquica de la soberanía del Estado". Por su parte, Frosini se declara partidario de "deshacer definitivamente las reservas y las dudas de origen kelseniano sobre la cuestión de la 'primacía' del Derecho interno o del Derecho internacional", inclinándose por la preeminencia de este último. H. Lauterpacht, luego de opinar que la detención de Kelsen ante la alternativa del primado de uno u otro ordenamiento jurídico, se debe a su deseo

de no exponerse a ser calificado de iusnaturalista, se pronuncia decididamente por la primacía del derecho internacional, señalando que "mientras la primacía del Derecho nacional es posible a nivel del Derecho positivo de un estado aislado, es incompatible con la unidad final del conocimiento jurídico". Finalmente, Julius Stone, en términos parecidos a los empleados por Kunz, critica a Kelsen en cuanto el jurista vienés deja abierta la alternativa acerca de la primacía del derecho nacional o del derecho internacional.

Para un mayor desarrollo de tales ideas, y, en general, de los principales conceptos de la teoría del ordenamiento jurídico, puede consultarse el libro del autor de este manual, *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 1977, que cuenta con una segunda edición el año 1992.

en tal caso obstaría a una comprensión unitaria del derecho. Pero si la doctrina de la primacía del derecho nacional, sustentada, como hemos visto, en el principio de la soberanía del Estado, se aleja de tal contradicción y en vez de refractar al ordenamiento jurídico internacional lo presenta y explica como parte del ordenamiento jurídico interno, esto es, apoyando su validez en el reconocimiento que éste le dispensa, entonces la doctrina de la primacía del derecho nacional, alterando nada más que el centro de gravedad de la validez jurídica, constituye también una teoría monista y comprensiva del derecho en su totalidad.

En consecuencia, podemos preguntarnos, con Kelsen, ¿en qué consiste la diferencia entre ambas construcciones monistas? El derecho internacional, cuyo reconocimiento por parte de un Estado es, desde el punto de vista de la teoría que afirma la prioridad del orden jurídico estatal, la condición de su validez y que, por consiguiente, sólo vale como parte integrante de un orden jurídico nacional es, en su contenido, el mismo derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden internacional, vale como fundamento superior a todos los órdenes jurídicos estatales, es decir, como orden jurídico delegante. La diferencia entre ambas construcciones monistas acerca de las relaciones del derecho internacional con el derecho estatal se refiere sólo al fundamento de validez del orden internacional y no a su contenido. Según la teoría que toma como punto de partida la validez de un orden jurídico estatal, el fundamento de validez del derecho internacional es la norma básica supuesta según la cual el establecimiento de la primera constitución histórica del Estado, cuyo orden constituye el punto de partida de la construcción, es un hecho creador de derecho. Según la otra teoría cuyo punto de partida no es un orden jurídico estatal sino el derecho internacional, su fundamento de validez es la norma básica presupuesta según la cual la costumbre de los Estados es un hecho creador de derecho.

Por lo mismo, preferir una u otra de estas doctrinas no importa un cometido científico, sino una decisión política. Así, optar por la primacía del derecho internacional juega un rol muy importante en la ideología del pacifismo; mientras que la opción de la doctrina de la primacía del derecho nacional lo hace respecto de la ideología del imperialismo. Kelsen mismo se abs-

tiene de escoger, al menos desde un punto de vista científico, aunque, en lo personal, se inclina decididamente por la doctrina de la primacía del derecho internacional, la cual explica también mejor la igualdad jurídica entre los Estados. Pero esto no significa para Kelsen negar la legitimidad o procedencia del punto de vista contrario, sino, admitir que, sobre la base de la ciencia jurídica, no es posible la elección entre ambas doctrinas. "La Ciencia —dice Kelsen— no puede hacer más que describir ambas doctrinas y mostrar cómo uno u otro sistema de referencia tiene que ser aceptado cuando se trata de determinar la relación entre Derecho nacional y Derecho internacional". Quien valore más la idea de la soberanía del Estado, preferirá la doctrina de la primacía del derecho nacional. Quien valore más la idea de una organización jurídica mundial, preferirá la doctrina de la primacía del derecho internacional. Se trata, sencillamente, de dos sistemas de referencia distintos.

Ahora bien, Luis Legaz Lacambra al ocuparse de estas dos doctrinas, admite que, desde la perspectiva de Kelsen, "no se puede decir que cualquiera de ellas tenga más valor teórico-jurídico que la otra". Lo mismo, Radbruch, cuando escribe que no es posible resolver con objetividad "la pugna entre derecho nacional y extranjero". Y Luis Recasens Siches cuando declara en que "no puede, sin embargo, afirmarse que la teoría del *primado* del orden jurídico internacional sea la sola verdadera, la única científicamente justificada. Se trata de dos hipótesis, que, desde el mero punto de vista técnico-jurídico, tienen el mismo valor. La decisión a favor de una o de otra no nos la puede dar la Teoría Pura del Derecho, sino una *concepción filosófico-ética*".

Nos parece, apuntaremos por nuestra parte, que esta abstención de la teoría pura en orden a conferir preeminencia a una u otra de las dos interpretaciones posibles, aunque el propio Kelsen, en lo personal, y dadas sus convicciones democráticas y pacifistas, alejadas de toda exacerbación nacionalista, se inclina por el primado del derecho internacional, resulta una exigencia derivada de la necesaria consecuencia que esta teoría debe mantener con su postulado de constituir una ciencia jurídica, a la vez que descriptiva, depurada de todo elemento ideológico, incluida, por cierto, la ideología del mismo Kelsen.

Ahora bien, en una posición distinta a la de Kelsen en este punto, puede señalarse a Joseph L. Kunz, Alfred Verdross,

los intereses de los individuos, en tanto que el derecho público protegería y regularía *principalmente* el interés general o común.

Otras doctrinas dualistas fundan la distinción en el *sujeto*, y afirman, en consecuencia, que mientras el derecho público regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, el derecho privado hace otro tanto con las relaciones jurídicas que se producen entre los propios gobernados, o, si se prefiere, que el primero se refiere a las relaciones jurídicas en que interviene el Estado o cualquiera de sus órganos, mientras que el segundo concierne sólo a las relaciones entre particulares.

Negación de la distinción.— Pero existen también doctrinas monistas sobre la materia, esto es, puntos de vista que niegan la distinción entre derecho público y derecho privado. En todo caso, lo que estas doctrinas niegan no es que la distinción haya sido efectivamente hecha y de alguna manera mantenida hasta hoy. Lo que un punto de vista monista niega es que exista fundamento suficiente que apoye la distinción.

La teoría pura del derecho de Kelsen, que según anticipamos es monista frente al dualismo derecho natural-derecho positivo y frente al dualismo derecho objetivo-derecho subjetivo, lo es también frente al dualismo que ahora nos ocupa.

Kelsen considera que la distinción entre derecho público y privado carece de base científica y tiene sólo un carácter ideológico. “Mediante esta diferencia de principio entre una esfera jurídica pública, o sea, política, y una esfera privada, es decir, no política —afirma el autor—, se trata de evitar la evidencia de que el derecho “privado” producido a través de un contrato (negocio jurídico) no es menos escenario del poder político que el derecho público producido por la legislación y la administración”.

Kelsen es de parecer que lo único que hay detrás de la distinción que nos ocupa, además del sesgo ideológico ya mencionado, son diversos métodos de producción de las normas del ordenamiento jurídico, con lo cual quiere decir que el aspecto público del derecho aparece de relieve en el caso de los métodos *heterónomos* de producción jurídica (legislación, actos de la potestad reglamentaria, sentencias de los tribunales), mientras que el aspecto privado se destaca en el caso de los métodos *autónomos* de producción del derecho, especialmente en el caso de los actos jurídicos y de los contratos.

Kelsen va todavía más lejos y cuestiona incluso la distinción entre Estado y derecho, una distinción a la que también atribuye carácter ideológico. Esta distinción, que en palabras del autor “desempeña una función ideológica de extraordinario significado, de un significado que no cabe menospreciar”, afirma que “el Estado tiene que ser representado como persona distinta del derecho para que el derecho —producido por ese Estado, para luego someterse a él— luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste —el poder— y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho”.

Descartada la distinción entre Estado y derecho, Kelsen propicia lo que él llama la identidad entre uno y otro, identidad que se produciría “en cuanto el Estado es un orden jurídico”. “Es usual caracterizar al Estado como una organización política —añade— pero así sólo se expresa que el Estado es un orden coactivo, puesto que el elemento específicamente ‘político’ de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden”. Y concluye diciendo: “como organización política, el Estado es un orden jurídico”.

Sin embargo, no todo ordenamiento jurídico es un Estado, puesto que “ni los órdenes jurídicos preestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir, tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado”.

Precisamente, es en dicha centralización, cree Kelsen, que el ordenamiento jurídico estatal se diferencia de los ordenamientos jurídicos primitivos, o preestatales, como también de los ordenamientos supra o interestatales, es decir, el derecho internacional. Ello porque tanto en los ordenamientos jurídicos primitivos como en el derecho internacional, “las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central,

DIVISIONES Y PARTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

1. DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

Origen histórico de la distinción. Fundamento de la distinción. Negación de la distinción.

Origen histórico de la distinción.— La distinción más amplia y general que es posible hacer a propósito del derecho positivo, la cual sirve comúnmente para ordenar luego las distintas ramas o partes del ordenamiento jurídico, es la que contrapone *derecho público* a *derecho privado*.

El origen de la distinción puede encontrarse en un texto de Ulpiano, escrito posiblemente a inicios del siglo tercero, en el que se lee lo siguiente, según lo expone Manuel de Rivacoba: “Dos son las posiciones (o *puntos de vista*) para (literalmente, *de*) este estudio, público y privado. Derecho público es el que atiende al estado de la cosa pública (lit., *cosa romana*); el privado, a la utilidad de cada uno en particular. Unas cosas son de utilidad pública (lit., *útiles públicamente*); otras, de utilidad privada. El Derecho público se refiere a los magistrados, a los sacerdotes, a las cosas sagradas; el Derecho privado es tripartito: se compone de preceptos naturales, o de gentes o civiles (es decir, *de preceptos del derecho natural, del de gentes o del civil*)”.

La distinción entre derecho público y derecho privado fue introducida ya en el derecho romano y, establecida la influencia que ese derecho ejerció sobre los derechos modernos, se la ha estimado desde entonces muy relevante, aunque “dándole quizás un sentido y una importancia de que careciera en sus comienzos” —como dice Rivacoba—, puesto que la frase inicial del

fragmento de Ulpiano, al expresar que “dos son las *posiciones* para el estudio del derecho”, sugiere no propiamente una división del derecho, sino, menos que eso, dos puntos de vista para el estudio de éste.

Por lo mismo, como vuelve a decir Rivacoba, lo que queda firme luego de analizar el texto de Ulpiano es lo siguiente: *primero*, que en la mente de Ulpiano lo que hubo no fue una división irreconciliable del derecho en dos partes ni una antítesis entre dos partes, sino sólo dos puntos de vista posibles para el estudio del derecho; *segundo*, que para él el derecho público no es otra cosa que el *ius civitatis*, es decir, el derecho político y el administrativo, aunque no proporciona una idea clara y precisa acerca del *ius privatum*.

En cuanto a la eventual supremacía del derecho público sobre el privado, o de éste sobre aquél, tiene razón Manuel de Rivacoba cuando advierte que tratándose del derecho público hay un matiz de superioridad del Estado respecto de los particulares, mientras que en el caso del derecho privado lo que se persigue es regular relaciones de los particulares entre sí. De este modo, “si se alzaprima y valora al individuo sobre la comunidad, aparecerá preponderante el Derecho privado, mientras que, si se pasa a considerar a éstos como algo sustantivo y superior a los individuos que la integran y se valora a éstos sólo en función de aquélla, adquirirá un papel principal y dominante el Derecho público”.

Fundamento de la distinción.— Para fundamentar la distinción entre derecho público y derecho privado existen varias doctrinas *dualistas*, esto es, varios autores que aceptan esa distinción y procuran explicarla de algún modo. Pero hay también a este respecto puntos de vista *monistas*, o sea, autores que niegan que exista base suficiente para distinguir entre uno y otro derecho.

Ente las doctrinas dualistas está aquella que funda la distinción en el *interés*, y afirma que el derecho privado es el que ampara y regula los intereses de los individuos como particulares, mientras que el derecho público protege y regula el interés general o común. Otra doctrina, también dualista, advierte que hay siempre dificultades para distinguir entre los intereses de los individuos y el interés general o común, y afirma, en consecuencia, que derecho privado es el que ampara y regula *principalmente*

El segundo de los argumentos, además de estar desmentido por la constitución cada vez más frecuente de tribunales con competencia internacional, lo está también por el hecho de que no pocas normas del derecho internacional se cumplen por lo común de manera espontánea por los Estados que han asumido los deberes jurídicos correspondientes.

En cuanto al tercer argumento, además de haberse constituido órganos internacionales capaces de ejecutar sanciones en ese ámbito, lo cierto es que la reacción directa del propio Estado ofendido constituye también una manera, si bien imperfecta, de aplicar sanciones al Estado infractor.

Del mismo modo, y aun si se admite que el derecho internacional es todavía un derecho poco evolucionado en los tres aspectos antes señalados, esto es, un derecho más parecido al derecho interno de las sociedades primitivas que a los de las sociedades modernas, Kelsen es de opinión que el derecho internacional es derecho en el mismo sentido que lo es el derecho nacional. En propias palabras del autor, "el derecho internacional exhibe en tanto orden coactivo el mismo carácter que el derecho estatal, distinguiéndose de éste, con todo, en cuanto muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas el no establecer, por lo menos como derecho general que obliga a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo". Por lo mismo, se trata de un derecho que "se encuentra aun en una etapa de amplia descentralización", o sea, que "está justamente en el inicio de un desarrollo que el derecho estatal ya ha dejado atrás". La producción de las normas generales "se produce por vía de la costumbre o por vía de convención (tratado), es decir, por medio de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. Y lo mismo sucede con respecto a la aplicación de las normas más generales a los casos concretos".

Derecho general y derecho particular.— La organización política que adoptan determinados Estados puede traer consigo que ciertas normas jurídicas valgan en todo el territorio, mientras otras valen en una parte acotada de éste. A las primeras se las puede llamar "derecho general" y a las segundas "derecho particular".

El caso de España es bien elocuente a este respecto, puesto que coexiste allí un derecho general, común a todo el territo-

rio de la península, con el derecho que rige en particular dentro del territorio de cada una de las distintas comunidades autónomas.

Otro ejemplo al respecto lo constituyen los Estados federales, tales como Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica, en los cuales al derecho general del país se suma el derecho de cada estado federal o provincia, según sea la división territorial que se hubiere adoptado.

Las ramas del derecho interno.— Al interior de cada ordenamiento jurídico interno o nacional es posible distinguir las así llamadas "ramas del derecho", que no son otra cosa que diversos ámbitos de regulación jurídica que, dotados de una relativa autonomía dentro del respectivo ordenamiento jurídico, reciben una denominación propia que los identifica y diferencia de los demás. Ello explica que exista un derecho constitucional, un derecho penal, un derecho civil, un derecho del trabajo, un derecho procesal, etc.

Esa división interna del ordenamiento jurídico se expresa también en el modo como las facultades de derecho organizan la formación jurídica de los estudiantes, porque la mayor parte de las asignaturas que constituyen el plan de estudios se corresponden, tanto en su denominación como en sus contenidos temáticos, con las así llamadas ramas del derecho. De este modo, para el estudio del derecho constitucional, considerado como una parte del ordenamiento jurídico nacional, existe una asignatura del mismo nombre, y otro tanto acontece con el derecho civil, el penal y las demás ramas del derecho.

Sin embargo, no siempre existe una correspondencia como esa, lo cual significa, por un lado, que no todo sector de regulación jurídica dotado de una relativa autonomía dentro del ordenamiento jurídico da lugar a una asignatura universitaria del mismo nombre, y, por el otro, que existen asignaturas que no versan sobre alguna determinada rama del derecho.

Cabe reiterar en este momento, por lo mismo, la distinción entre *derecho* y *ciencia del derecho*. Las ramas del derecho son parte del derecho, mientras que las asignaturas que las estudian y exponen son una manifestación de la ciencia del derecho. Por tanto, si bien "derecho constitucional" es el nombre que se da tanto a una rama del derecho como a la asignatura que se ocu-

sino que lo son consuetudinariamente, lo que significa que el procedimiento de producción general del derecho está descentralizado”.

En ese mismo orden de ideas, Kelsen avanza todavía más y afirma que la expresión “Estado de Derecho” es pleonástica, esto es, redundante, puesto que “si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho”. En consecuencia, para Kelsen no es la palabra “derecho” la que estaría de más en la expresión “Estado de derecho”, sino la palabra “Estado”, puesto que “lo que existe como objeto del conocimiento es sólo el derecho”.

En efecto –continúa Kelsen–, la idea de que el Estado preexiste al derecho, esto es, la idea de que el Estado primero se constituye como tal y luego crea el derecho para someterse a éste y adquirir entonces la condición de Estado de derecho, es errónea. Por de pronto, “debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable”, “puesto que el Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica”.

En suma, concluye el autor, “no se produce, ni puede producirse, un proceso en el cual un Estado, preexistente a su derecho, cree el derecho para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al derecho por él creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho”.

Para aclarar todavía más las precedentes ideas de Kelsen, conviene mencionar ahora las tres definiciones que según Bobbio pueden darse del Estado de Derecho.

En primer lugar está la que Bobbio llama “definición débil”, que sería precisamente la de Kelsen, en atención a que este último autor, tal como hemos visto, afirma que todo Estado es un Estado de Derecho, debido a que todo Estado es regulado por el derecho. En cambio, una “definición fuerte” es la que señala que el Estado de Derecho es aquel que está fundado en el reconocimiento de algunos derechos, como son justamente los derechos naturales, que están por encima del Estado. Al centro, en fin, está lo que Bobbio denomina una “definición intermedia”, para la cual Estado de Derecho es aquel Estado en el que existe el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres.

Ahora bien, en cuanto a qué debe entenderse por “gobierno de las leyes”, Bobbio dice enseguida que es aquel en el que las decisiones de gobierno se adoptan *sub lege*, y, a la vez, *per lege*. Gobierno *sub lege* es el gobierno sometido a la ley, o sea, el gobierno que ejerce su poder subordinado a la ley. Por su parte, gobierno *per lege* es el gobierno por medio de la ley, esto es, el gobierno que no resuelve caso a caso por medio de decretos que se dan para cada situación particular, sino que lo hace por medio de las normas abstractas y generales de la ley, garantizando así la igualdad ante la ley.

2. OTRAS DISTINCIONES

Derecho interno y derecho externo. Derecho general y derecho particular. Las ramas del derecho interno.

Derecho interno y derecho externo.– Además del ordenamiento jurídico de cada Estado, al que se llama “derecho interno” o “derecho nacional”, existe también el “derecho externo” o “derecho internacional”.

El importante desarrollo tenido por el segundo de esos derechos, particularmente en la segunda mitad de este siglo, ha vuelto cada vez menos frecuentes las discusiones acerca de si el derecho internacional es o no auténtico derecho.

Tales discusiones se vieron favorecidas en su momento por los siguientes argumentos que precisa Manuel de Rivacoba: falta de un legislador superior y común a los diversos Estados que dicte las normas internacionales; falta de organismos jurisdiccionales de carácter internacional que apliquen esas normas; y ausencia de órganos ejecutivos que las hagan cumplir e impongan efectivamente las correspondientes sanciones.

Al primero de tales argumentos se puede responder diciendo que el derecho, además de poder ser creado por el legislador, puede serlo también consuetudinariamente, esto es, por obra de la costumbre jurídica, como también por medio de pactos o tratados a los que concurren dos o más Estados, sin perjuicio de lo cual hoy es posible observar una manifiesta tendencia, si bien lenta, a la constitución de órganos legislativos de carácter supranacional.

CAPITULO V
INTERPRETACION E INTEGRACION
DEL DERECHO

pa de su estudio, lo cierto es que en cuanto rama del derecho el derecho constitucional es un conjunto de normas, mientras que en cuanto asignatura se trata de un conjunto de proposiciones acerca de esas normas.

Otra distinción que conviene introducir aquí es la que existe entre *asignaturas* y *disciplinas*. Una disciplina es un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos acerca de un determinado sector de regulación jurídica o acerca de otros aspectos o dimensiones del fenómeno jurídico, y una asignatura jurídica es una instancia curricular presente en el plan de estudios de una carrera de derecho.

Ahora bien, sucede normalmente que detrás de cada asignatura hay una disciplina que la sostiene. Así, detrás de la asignatura llamada "Derecho penal" existe una "dogmática penal", esto es, una ciencia jurídico-penal. Sin embargo, puede haber una disciplina que no dé lugar a una asignatura, como ocurre en nuestro medio, por ejemplo, con la sociología del derecho, que es ciertamente una disciplina, aunque la correspondiente asignatura suele estar ausente del plan de estudios de las facultades de Derecho de nuestro país. A la inversa, la Introducción al Derecho es una asignatura invariablemente presente en dichos planes de estudio, aunque no tiene detrás una determinada disciplina que la sostenga y que lleve ese mismo nombre. Por lo mismo, la Introducción al Derecho, tal como fue explicado en el prólogo de este manual, es únicamente una instancia curricular que, si bien indispensable, no reconoce una disciplina en que apoyarse, de modo que los conocimientos que ella selecciona, ordena y transmite a los estudiantes provienen en verdad de varias diferentes disciplinas, por ejemplo, teoría del derecho, filosofía del derecho, sociología jurídica, historia del derecho, dogmática jurídica, etc.

Por lo tanto, de quien imparte una asignatura puede decirse que es profesor de la misma y, a la vez, especialista en la disciplina que la sostenga. En cambio, de quien imparte una asignatura como Introducción al Derecho puede decirse que es profesor de la misma, aunque no un especialista en alguna de las varias disciplinas en que dicha asignatura se apoya según los distintos temas de que trata.

Con motivo del desarrollo de la asignatura de Introducción al Derecho, así como con ocasión de los manuales o textos que

se producen para facilitar a los alumnos el estudio de las diversas materias, suelen proponerse definiciones acerca de cada una de las distintas ramas del derecho. Esto puede ser ciertamente útil, porque el inicio del estudio de esas ramas se produce en el segundo año de la carrera, esto es, cuando los alumnos han aprobado ya su curso de Introducción al Derecho.

Sin embargo, consideramos mejor dejar esas definiciones a los distintos especialistas, esto es, a quienes van a tener a su cargo el desarrollo pormenorizado de las distintas ramas del derecho.

Con todo, y si se estimare conveniente incluir tales definiciones en el desarrollo del curso de Introducción al Derecho, sugerimos recurrir para ello a los siguientes textos: *El ordenamiento jurídico*, de Antonio Bascuñán Valdés; *Lecciones de Introducción al Derecho*, de Jaime Williams; *División y fuentes del derecho positivo*, de Manuel de Rivacoba; e *Introducción al Derecho*, de Luis Prieto Sanchís.

pretación de la ley –en el sentido amplio de este último término–, una interpretación de los tratados internacionales –que si bien siguen internamente el proceso de formación de las leyes tienen reglas propias de interpretación–, una interpretación de la costumbre jurídica, una interpretación de los contratos, e, incluso, una interpretación de las sentencias judiciales.

Todavía más: la interpretación del derecho es una actividad que consiste en establecer el significado no sólo de las normas jurídicas, sino también de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como es el caso de los principios.

Interesa destacar, por lo mismo, que la interpretación jurídica no puede ser circunscrita únicamente a las normas escritas del derecho legislado. La interpretación jurídica tiene un campo más amplio y concierne a todo lo que tiene “valor normativo”, criterio bajo el cual –como propone Luis Díez Picazo– “cabe situar no sólo la interpretación de la ley, sino también una función de interpretación de las normas consuetudinarias y de los principios generales del derecho”.

En suma: cada vez que hablamos de interpretación del derecho nos referimos a una actividad que concierne a todas las normas jurídicas, cualquiera sea la fuente formal por cuyo intermedio haya sido producida e incorporada al ordenamiento jurídico, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo. Dicho de otro modo: cada vez que hablamos de interpretación del derecho aludimos a una actividad que se realiza por referencia a las normas jurídicas introducidas por un enunciado lingüístico proveniente de cualquiera de los órganos, autoridades o sujetos autorizados para producir normas jurídicas, y no sólo a las normas sancionadas por medio de enunciados lingüísticos de los poderes que intervienen en la formación de las leyes. En consecuencia, la expresión “interpretación del derecho” tiene obviamente un alcance más amplio que la expresión “interpretación de la ley”.

Aplicación e interpretación del derecho.– Si en su teoría acerca del ordenamiento jurídico Kelsen llama la atención acerca de la conexión que existe entre *creación* y *aplicación* del derecho como dos funciones que se combinan y que no se excluyen entre sí, lo cual permite afirmar que toda creación de derecho es

también aplicación de derecho, en su teoría sobre la interpretación jurídica el mismo autor pone de manifiesto la relación que existe entre la *aplicación* de las normas jurídicas y la *interpretación* de éstas.

En efecto, cada vez que el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de las normas jurídicas que aplicará, o sea, tiene que interpretar esas normas.

“La interpretación –escribe Kelsen– es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.

El caso en el que más se piensa cuando se habla de interpretación jurídica es el de la interpretación de la ley por parte de los jueces, quienes, en aplicación de las normas del derecho legislado, deben dar solución a los casos que se les presentan. En efecto, los jueces deben resolver los casos en aplicación de las normas legales que los regulan, de modo que tienen que interpretar esas normas, o sea, tienen que acordarles algún significado.

Pero el legislador, que produce leyes en aplicación de la Constitución que regula el proceso de formación de las leyes y establece ciertos límites en relación con el contenido de éstas, interpreta también dicha Constitución, esto es, acuerda algún significado a las normas constitucionales dentro de cuyo marco lleva a cabo su tarea de discusión y aprobación de las leyes.

Por su parte, un órgano administrativo o un tribunal, sean de carácter nacional o internacional, deben hacer muchas veces aplicación no de una ley en sentido estricto, sino de un tratado internacional, lo cual exige también que lleven a cabo una interpretación de ese tratado.

Pero la interpretación jurídica no se circunscribe a las normas abstractas y generales de la Constitución, los tratados y las leyes, sino que alcanzan también a las normas particulares, por ejemplo, a las que se contienen en las sentencias judiciales y en los actos jurídicos. Esto es así desde el momento en que también las normas individuales deben ser aplicadas, de donde se sigue que tienen que ser interpretadas.

Para Kelsen, en suma, la interpretación es una actividad que tiene lugar cada vez que un órgano jurídico aplica una o más normas jurídicas, cualquiera sea la fuente formal por medio de la cual estas normas hayan sido producidas.

1. GENERALIDADES

Interpretación e interpretación del derecho. Aplicación e interpretación del derecho. La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación. Normas jurídicas y lenguaje. Palabras y definiciones. La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos? Interpretación jurídica y argumentación jurídica. Explicar decisiones y justificar decisiones.

Interpretación e interpretación del derecho.— Interpretar es una acción humana que consiste en establecer el *significado* de algo.

Por lo mismo, interpretar el derecho tiene que ser la acción que ejecutan determinadas personas con el fin de establecer el significado del derecho.

Ahora bien, si entendemos al derecho como una realidad normativa, esto es, como algo que contiene normas o que tiene que ver preferentemente con normas, interpretar el derecho equivaldría a establecer el significado de las normas en que el derecho consiste.

Por otra parte, tales normas, como fue mostrado en el capítulo sobre fuentes del derecho, se hallan repartidas en distintos continentes normativos, cada uno de los cuales recibe esa misma denominación: “fuentes del derecho”. De este modo, cuando hablamos de interpretación del derecho hablamos de la acción que consiste en establecer el significado de las normas jurídicas de cualquiera de las fuentes formales del respectivo ordenamiento jurídico, lo cual trae consigo que exista una inter-

para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo”.

En cierto modo, todo intérprete es un intermediario, lo cual explica que a los traductores de idiomas se les llame también de ese modo.

Siguiendo con estas ideas, “interpretación” es también el nombre que damos a la ejecución de una obra de teatro o de una composición musical. Así, de un actor, como también de un violinista, decimos que es un *intérprete*. Un intérprete que es asimismo un intermediario entre el autor de la obra literaria o musical y el público. Pero en esta intermediación entre autor y público, tanto el actor como el violinista se comportan como intérpretes en otro sentido, puesto que no se limitan a repetir mecánicamente algo previamente dado —los parlamentos de la obra de teatro, las notas de la composición musical—, sino que *significan*, esto es, *interpretan* la obra o composición de que se trate. En consecuencia, el actor y el violinista son intérpretes en un doble sentido: intermedian entre el autor de la obra y el público y, además, significan la obra que transmiten al público.

A su vez, el propio autor de la obra puede ser considerado él mismo un *intérprete* de las realidades objetivas o subjetivas que se encuentran en el origen de su obra.

Por último, el receptor final de la obra, esto es, el público, lleva también a cabo una interpretación de lo visto y oído, o sea, atribuye algún significado a la obra en cuestión.

En consecuencia, es correcto afirmar que “se interpreta cuando se atribuye sentido o significación a algo que nos viene ya previamente dado”, como escribe Díez Picazo.

Tratándose de la interpretación jurídica, lo que nos viene previamente dado es el derecho. Por lo mismo, la interpretación jurídica es la tarea que se acomete para establecer el sentido y la significación que tienen las normas jurídicas.

Tratándose siempre de la interpretación en general y de la jurídica en particular, conviene destacar que con la palabra “interpretación” aludimos tanto a una *actividad* como al producto o *resultado* de esa actividad. Así, interpretamos un texto cuando intentamos establecer alguno de sus posibles sentidos (actividad) y cuando damos una versión de alguno de esos sentidos mediante un nuevo texto que el intérprete crea y propone (resultado).

Otra distinción importante de ser tenida en cuenta a propósito de la interpretación en general y de la interpretación jurídica en particular es la que propone Jerzy Wrobelwski entre interpretación en sentido *amplísimo*, interpretación en sentido *amplio* e interpretación en sentido *estricto*. El autor enuncia esta distinción a partir del hecho de que la interpretación no está restringida al ámbito del derecho, con lo cual quiere decir que interpretamos múltiples objetos y no únicamente ese determinado objeto que llamamos “derecho”.

En un sentido *amplísimo*, interpretación es una actividad destinada a comprender no sólo el derecho, sino cualquier objeto cultural, esto es, cualquier otro objeto producido también por el hombre. En este sentido *amplísimo*, es posible interpretar desde una escultura antigua hasta un texto escrito recientemente, desde utensilios empleados en sociedades primitivas hasta las modernas computadoras.

En sentido *amplio*, interpretación es una actividad centrada sólo en el lenguaje, escrito o hablado, y, en especial, en el lenguaje de textos jurídicos. En este sentido *amplio* del término, cualquier texto, jurídico o no, requiere ser interpretado en cuanto se halla siempre necesitado de que se atribuya significado al conjunto de palabras y de frases que lo sustentan.

En sentido *estricto*, interpretación es aquella actividad que se realiza únicamente en el caso de que un determinado texto jurídico ofrezca dudas en cuanto a su significado, de modo que, para despejar esas dudas, el intérprete se vale de ciertos métodos conducentes a la determinación del significado que busca. La necesidad de este tipo de interpretación surge como consecuencia de que las expresiones del lenguaje común, como también las del lenguaje jurídico, se comprenden inmediatamente en situaciones normales, aunque hay casos en los que surgen dudas y es preciso utilizar ciertas reglas para determinar el sentido dudoso que pueda ofrecer un determinado texto.

Por último, dentro de la interpretación en sentido *estricto*, suele distinguirse entre interpretación *operativa* e interpretación *teórica*. La *interpretación teórica* es la que se lleva a cabo de las normas jurídicas y que no está ligada a la necesidad de dar solución a un caso concreto de la vida social, como es, por ejemplo, la que llevan a cabo los juristas en sus explicaciones orales o escritas acerca del derecho vigente. En cambio, la *interpretación operativa* es

A esta interpretación Kelsen la llama “interpretación auténtica”, a fin de diferenciarla de aquella que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada o por la ciencia del derecho.

Kelsen es consciente de que individuos que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo, llevan a cabo una interpretación de las normas jurídicas cada vez que intentan comprender qué es lo que dichas normas establecen y qué es lo que ellos deben hacer para evitar las correspondientes sanciones. En consecuencia, los propios sujetos normativos pueden establecer el significado de las normas jurídicas que regulan su comportamiento.

Por otra parte, los juristas, a quienes tampoco corresponde aplicar el derecho, sino meramente identificarlo y describirlo con fines de conocimiento y difusión, llevan a cabo una interpretación de las normas jurídicas cuando hacen ciencia del derecho.

Esas dos modalidades de interpretación –la que efectúan los *sujetos normativos* y la que corre por cuenta de los *juristas*–, en la medida en que no son hechas por órganos de aplicación del derecho, constituyen una “interpretación no auténtica”, denominación de la que se vale Kelsen para diferenciarla de la interpretación auténtica, esto es, la que llevan a cabo los órganos jurídicos cuando aplican el derecho.

Como dice a este respecto el autor mexicano Rolando Tamayo Salmorán, quien denomina a la interpretación auténtica “interpretación orgánica” y “no orgánica” a la no auténtica, “si en la interpretación orgánica el lenguaje en que se expresa el derecho (Constitución, ley, etc.) es interpretado por los órganos encargados de su aplicación a fin de crear los materiales jurídicos que los completen (decisión administrativa, sentencias, etc.), en el caso de la interpretación no orgánica el intérprete es *prima facie* ajeno a la creación jurídica”. Por lo mismo, y puesto que en la interpretación no orgánica el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el derecho que interpreta, “entonces la interpretación no orgánica se agota, en principio, con la sola significación dada al lenguaje jurídico”.

Por lo mismo, la interpretación auténtica del derecho produce nuevo derecho, esto es, la interpretación auténtica de normas jurídicas de jerarquía superior por un órgano de aplicación

de las mismas –la Constitución por parte del legislador, la ley por parte de los jueces– conduce a la creación de nuevas normas jurídicas, a saber, las leyes en el caso del legislador y las sentencias en el de los jueces, cosa que no ocurre tratándose de la interpretación cognoscitiva que lleva a cabo la ciencia del derecho, puesto que ésta no conduce a la creación de nuevo derecho y se reduce a exponer los posibles significados de las normas jurídicas. Pero los juristas, como dice Kelsen, “no pueden adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente para aplicar el derecho”.

Sin embargo, es frecuente que un jurista presente una determinada interpretación como la *única correcta*, como también lo es que un abogado invoque ante el juez sólo una de las varias interpretaciones posibles de una norma jurídica. Sin embargo, en tales casos el jurista y el abogado cumplen según Kelsen una tarea *jurídico-política*, y no una función *científico-jurídica*, puesto que lo que persiguen es “ganar influencia sobre la producción del derecho”, esto es, persuadir a los órganos jurídicos que apliquen normas jurídicas con miras a producir nuevas normas.

Por eso es que Rolando Tamayo, al referirse a la interpretación no orgánica, dice que ésta se agota, *en principio* con la sola significación dada al lenguaje jurídico.

Naturalmente que lo anterior no puede ser negado a los juristas y a los abogados, esto es, no se les puede privar de su derecho a influir en la producción jurídica, sobre todo en la que corresponde llevar a cabo a los jueces. “Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia”, acota finalmente Kelsen, “sino en nombre de los intereses de sus clientes o en el de los que suscriban más ampliamente acerca de la dirección que a su juicio deban adoptar las decisiones jurídicas que toman los órganos de aplicación y producción del derecho”.

La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación.— Volviendo a la acepción general que tiene la palabra “interpretación”, conviene precisar que ella proviene de la locución latina “inter-pres”, la cual procede a su vez de la expresión griega “meta fraxtes”, con lo cual –como dice Luis Díez Picazo– se quiere indicar “al que se coloca entre dos que hablan

boleto de lotería para entretenerse? Se podría decir, entonces, que la nota común es que se trata de actividades humanas que son todas guiadas por reglas y en las que, de algún modo, se gana o se pierde. Pero, ¿quién podría decir que ciertos juegos infantiles están guiados por reglas y que se les practica con el fin de ganar o perder?

Tratándose ahora de la *vaguedad*, la incertidumbre en la interpretación de ciertos términos no se produce por el hecho de no saber en qué sentido han sido ellos empleados, sino porque se trata de términos respecto de los cuales se ignora dónde termina el campo de su aplicación. Palabras como "joven", "adulto", "anciano", "calvo", son términos cuyo significado no ignoramos, aunque tenemos dudas sobre su exacto campo de aplicación. No tiene sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o a qué precisa edad se empieza a ser un anciano, o cuántos cabellos es preciso tener para no ser calvo. Todo cuanto podemos decir es que hay casos típicos frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar palabras como esas y casos claramente excluidos de su aplicación. Pero, entre unos y otros, queda una zona bastante extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, tenemos dudas de si es o no adecuado cubrirlos con tales palabras.

La vaguedad está bastante presente en el lenguaje jurídico, por ejemplo, cuando se habla de "buenas costumbres", "orden público", "culpa grave", "peligro inminente", "velocidad excesiva", etc.

Por lo mismo, como dice nuevamente Nino, "las condiciones para el uso de una palabra no están determinadas por la realidad", sino por "ciertas reglas del lenguaje convenidas por la gente", de donde se sigue que al querer elucidar lo que decimos con la palabra "hombre" no procuramos identificar determinadas propiedades de los hombres, sino establecer los distintos usos que tiene dicha palabra, o sea, se trata de llevar a cabo "un relevamiento de los casos en que se aplica la palabra hombre".

Ciertas preguntas acerca de palabras importantes, como ¿qué es el *derecho*? o ¿qué es *justicia*? o ¿qué es *democracia*? suelen sumirnos en hondas perplejidades, porque, a diferencia de otros tipos de preguntas, como ¿qué temperatura tenemos hoy? o ¿cuál es la raíz cuadrada de 749?, ignoramos lo que tenemos que ha-

cer para encontrar las correspondientes respuestas. Se trata, como dice Isaiah Berlin, de "preguntas filosóficas", preguntas cuya particularidad consiste en que se trata de preguntas respecto de las cuales no disponemos de métodos ciertos ni convenidos acerca de dónde y cómo buscar las correspondientes respuestas.

Sin embargo, tales preguntas pierden buena parte de su dramatismo si es que procuramos responderlas precisando los usos más frecuentes que se hace de las palabras a que las preguntas se refieren. Por lo mismo, no pocos filósofos convienen en que el cometido de la filosofía no es descubrir verdades, sino establecer significados, concretamente, los significados de las palabras que utiliza la ciencia para describir una determinada zona de la realidad. Es por esta razón que un filósofo como Ortega pudo decir que la filosofía es "la inmersión en el pequeño abismo que es cada palabra", y que el propio Berlin haya considerado que la filosofía presta uno de sus mejores servicios a la humanidad cada vez que consigue aclarar el o los significados en que empleamos determinadas palabras consideradas importantes. Siguiendo esta línea de pensamiento, el papel de la filosofía del derecho no consistiría en descubrir verdades —por ejemplo, dar una única y verdadera respuesta a preguntas tales como ¿qué es el *derecho*? o ¿qué es *justicia*?—, sino en aclarar los distintos usos que de tales palabras hacen los juristas.

Este giro de la filosofía general, consistente en pasar de los problemas filosóficos a las palabras, concentrando en éstas su atención, se debió al así llamado "positivismo lógico", una corriente que surgió en Viena en la década de 1920 y que tuvo luego un fuerte desarrollo en Inglaterra, sobre todo al influjo de las ideas de Ludwig Wittgenstein. Para este autor, el papel de la ciencia consistía en la búsqueda de la verdad, mientras que el de la filosofía era la búsqueda del significado, de modo que el procedimiento de la filosofía es la clarificación y su resultado la claridad.

A eso, repetimos, se le llamó el *giro* o la *reorientación* de la filosofía, puesto que se abandona la idea de que la filosofía sea propiamente un modo de saber, esto es, un cierto tipo de discurso que nos lleva a descubrir nuevas verdades acerca de algún elenco de problemas previamente identificados como los problemas filosóficos.

aquella que se realiza con miras a dar solución a un caso concreto de la vida social, o sea, se trata de una actividad interpretativa que, entre otras posibles autoridades, llevan a cabo los jueces.

Normas jurídicas y lenguaje.— Las normas jurídicas se sustentan en el lenguaje, generalmente escrito, y es esa base de sustentación que ellas tienen lo que permite que las normas puedan ser comunicadas por la autoridad normativa que las dicta a los sujetos normativos que deben obedecerlas. Como suele decirse, la finalidad que persigue toda autoridad normativa es influir en el comportamiento de los correspondientes sujetos normativos, lo cual supone que las normas tengan que ser comunicadas a éstos. Ahora bien, la comunicación supone el uso de un lenguaje compartido tanto por el que establece la norma como por los destinatarios de ésta. En términos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “dictar normas supone la existencia de una comunidad lingüística a la que pertenecen todos los involucrados en la actividad normativa. Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan”.

En consecuencia, trabajar con normas es trabajar con palabras, a saber, con las palabras de que se valió quien produjo la norma. Esto es bien patente en el caso del legislador y de las normas del derecho legislado, puesto que resulta indispensable que aquél se valga de un acto lingüístico al momento de aprobar y promulgar una determinada ley. Como escribe Carlos Nino, “los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz, lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado”.

Ahora bien, las palabras —y esto vale también para las palabras de la ley o para las de cualquier otra norma jurídica— son *símbolos*, no *signos*. Los signos tienen una relación *natural* o *causal* con los objetos que representan, de modo que el humo puede ser considerado un signo del fuego y la alta temperatura del organismo de una persona como signo de una enfermedad. En cambio, los símbolos tienen una relación *convencional* con los objetos que representan, lo cual significa que provienen de convenciones establecidas por los hombres.

Las palabras son símbolos, aunque no faltan quienes las tratan como si fueran signos, esto es, como representaciones que tendrían una relación natural con los objetos a que se refieren, que es lo que ponen de manifiesto, por ejemplo, las siguientes expresiones de Jorge Luis Borges: “Si el nombre es el reflejo de la cosa, en las letras de “rosa” está la rosa y todo el Nilo en la palabra “Nilo”. Como contrapunto, Umberto Ecco sostiene que “la rosa está primera en el nombre; no tenemos más que puros nombres”.

Como las palabras son símbolos, ellas no tienen un único significado que pueda ser considerado como el verdadero significado. Por la inversa, las palabras tienen múltiples significados. Así, por ejemplo, una palabra tan sencilla como “mesa” tiene los varios significados o usos que identifica el diccionario oficial de nuestra lengua.

A propósito de lo anterior, y siguiendo en esto a Carrió, es preciso distinguir la *ambigüedad* del lenguaje de la *vaguedad* de éste.

La *ambigüedad* se produce cuando una misma palabra tiene distintos significados, que es lo que acontece con “radio”, expresión ésta que sirve para designar un aparato eléctrico, un metal descubierto por los esposos Curie, la mitad del diámetro, e, incluso, el ámbito de acción o de influencia de algo. De este modo, para aclarar el significado de esa palabra, o de cualquier otra, es preciso atender al contexto lingüístico en que ella aparece y a la determinada situación dentro de la cual se la emplea.

También acusan ambigüedad aquellas palabras que se aplican a varios objetos que no presentan propiedades comunes y donde, a pesar de ello, se tiene la impresión de que el uso de una misma palabra no es un mero accidente, sino algo justificado. Tomando sobre el particular el ejemplo de Wittgenstein, hablamos de “juego” para aludir al fútbol, a la rayuela, a los juegos de palabras, al rugby, al malabarismo, al polo, a los solitarios, al ajedrez, a la lotería, a la ruleta, a las rondas infantiles y al bridge. Pues bien: ¿qué tienen en común todas esas cosas? O sea, ¿cuál es la propiedad común a todas ellas que justifique el empleo de la palabra “juego” para aludir a actividades humanas tan disímiles como esas? Se podría decir que en todos esos casos se trata de actividades humanas guiadas por un fin de diversión o entretenimiento. Pero, ¿quién compra un

ción normativa, en especial tratándose de textos legales, conduce siempre a un único y verdadero sentido de los mismos, en circunstancias de que, frecuentemente, todo lo más que puede establecer el intérprete son los distintos sentidos y alcances que es posible dar al texto interpretado.

Lo anterior ha sido bien explicado por Kelsen, al advertir que la interpretación del derecho, y en particular la interpretación de la ley, no consiste en una tarea cuyo resultado sea la determinación del *único o verdadero significado* del texto interpretado, sino que se trata de una operación que tiene por finalidad determinar el marco de *posibles significados* de ese texto, y, consiguientemente, las varias posibilidades de aplicación que él tiene. Por ello, dice Kelsen, "la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias decisiones, todas las cuales, en la medida en que quepan dentro del marco de posibles interpretaciones, tienen en principio el mismo valor".

La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos?.— De acuerdo a lo expresado previamente, conviene tener presente la distinción entre *textos y normas*, o, lo que es lo mismo, entre los enunciados normativos que aparecen en los textos y las normas que resultan luego de interpretar éstos.

Los primeros —los textos— están constituidos por enunciados con significación normativa, mientras que las segundas —las normas— constituyen el sentido o el significado que se establece para tales enunciados. Como escribe Rolando Tamayo, "la interpretación jurídica muestra una característica específica: supone reglas exclusivas de interpretación. Esto último conduce a la tesis de que el derecho, o mejor, el lenguaje en el que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario) en la medida en que se interpreta y se reformula según un metalenguaje diferente al del lenguaje común". O, como señala Roberto Vernengo, en el ámbito del derecho siempre hay, por una parte, uno o más enunciados con significación normativa que son interpretados y, por la otra, uno o más enunciados interpretativos acerca de aquéllos. En consecuencia, lo que persigue toda interpretación de textos jurídicos es llegar a "disponer de una traducción aceptable" del texto de

que se trate, por lo que "entender un enunciado es disponer de otro enunciado que pueda traducir al primero".

Sin embargo, es preciso advertir que en el modo de hablar habitual de los juristas, sean éstos profesores de derecho, abogados o jueces, está siempre presente la idea de la interpretación del derecho como una actividad referida a normas y no a los textos que, una vez interpretados, permiten llegar a las normas. Por esta razón, puede justificarse que se continúe hablando de la interpretación del derecho como una interpretación de normas —lo cual se hará a veces más adelante en este mismo manual—, pero a condición de que no se pierda de vista que se trata únicamente de una manera de hablar y de que se mantenga en claro la distinción entre las normas como significado de los enunciados que aparecen en los textos jurídicos y los textos jurídicos en que tales enunciados se contienen.

Por lo demás, si bien la interpretación jurídica es una interpretación de textos, la interpretación de textos en general reconoce algunas diferencias con la interpretación de textos jurídicos en particular. Tal como lo han puesto de manifiesto autores como Aarnio y Stromholm, la interpretación jurídica, entendiendo por tal la que recae sobre textos jurídicos —por ejemplo, leyes— presenta cuatro aspectos relevantes que le son propios:

a) la interpretación jurídica tiene una conexión más amplia e importante con el contexto social que otras formas de interpretación de textos; b) existe una división jerárquica de papeles entre los intérpretes; c) la interpretación jurídica aspira a satisfacer ciertos fines, tales como la seguridad jurídica o la justicia; y d) el ámbito al que se circunscribe la interpretación jurídica, esto es, las normas jurídicas, forman un ordenamiento, tal como tuvimos ocasión de analizar en el capítulo anterior de este manual.

Interpretación jurídica y argumentación jurídica.— Podemos decir que cuando un agente cualquiera interpreta el derecho —por ejemplo, un juez o un jurista— y termina ofreciendo un producto o resultado de su actividad interpretativa, esto es, una traducción del texto interpretado, procura siempre que dicha traducción sea plausible, esto es, que aparezca ante sí y ante los ojos de los demás operadores jurídicos como algo razonable, o

Podría pensarse que hay algo trivial en esa idea que atribuye a la filosofía antes una preocupación por el lenguaje que por los así llamados problemas filosóficos, como son, por ejemplo, el problema del ser, el problema del conocer, o el problema del actuar correcto, que han dado lugar, respectivamente, a esas partes o capítulos de la filosofía tradicional que se llaman Ontología, Gnoseología y Etica. Pero, descontado que las palabras también constituyen problemas, lo cierto es que pensamos con palabras, de modo que el examen de éstas es, a fin de cuentas, el examen del propio pensamiento.

Palabras y definiciones.— Siguiendo nuevamente a Nino, la acción y el resultado de establecer el significado de una palabra se llama “definición”. Por su parte, las definiciones admiten las siguientes clasificaciones:

a) *definiciones lexicográficas*, que son aquellas que proporcionan una determinada información y que pueden ser tenidas por verdaderas o falsas según si se corresponden o no con el uso de que pretenden dar cuenta. Por ejemplo, “En Chile se usa la expresión *ambo* para hacer referencia a una vestimenta masculina que consta de una chaqueta y de un pantalón fabricados de géneros diversos”.

b) *definiciones estipulativas*, que son aquellas que expresan una decisión o acuerdo acerca del uso que habrá de darse a una palabra. De estas definiciones no puede decirse que sean verdaderas o falsas, puesto que no pretenden describir el uso lingüístico de un término, sino expresar una directiva acerca del significado que se dará a una determinada palabra en un cierto contexto. Por ejemplo, las definiciones que de ciertas palabras de uso corriente en las leyes hace nuestro Código Civil.

Desde el punto de vista del método que emplean para transmitir los criterios acerca del uso de las palabras, las definiciones admiten las siguientes clasificaciones:

a) definiciones que establecen el significado de una palabra enunciando las propiedades definitorias de la expresión que se pretende definir. Por ejemplo, “El hombre es un animal racional”.

b) definiciones que para establecer el significado de una palabra mencionan algunos miembros de la denotación de ésta.

Por ejemplo, “Son profesionales los abogados, los médicos, los dentistas, etc.”.

c) definiciones ostensivas, que son aquellas que procuran definir una palabra pronunciándola y señalando al mismo tiempo algún objeto denotado por ella. Por ejemplo, cuando se le enseña a un niño qué es un caballo pronunciando la palabra “caballo” y mostrándole el determinado finasangre que avanza en ese momento por la pista de carreras de un hipódromo.

d) definiciones contextuales, que son aquellas por medio de las cuales se comunica el significado de una palabra incluyéndola en un contexto característico, de modo tal que la comprensión del conjunto de la frase de que se trate permite identificar el significado de ésta. Por ejemplo, “Interpusieron amparo a favor de Juan Pérez”, o “Interpusieron protección a favor de Luis Pérez”, donde las palabras “amparo” y “protección”, como unos recursos o acciones que nuestra Constitución autoriza en ciertas circunstancias, surge del mismo contexto en que esas palabras se encuentran en la frase correspondiente.

Por otra parte, es un hecho que por lo común tratamos con las palabras no aisladamente, sino formando esos conjuntos que llamamos frases. Recuérdese a este respecto lo que se dijo en el capítulo I acerca de los diferentes usos del lenguaje, puesto que las frases o oraciones que componemos con las palabras pueden emitirse con fines tan distintos como informar sobre la realidad, expresar emociones, establecer directivas para motivar determinados comportamientos, etc.

Por lo mismo, cuando se trata de la interpretación jurídica lo que se interpreta son propiamente *textos*, no *normas*, puesto que las normas son fijadas como resultado de la interpretación que se hace de los textos jurídicos que tienen significación normativa.

En consecuencia, lo que encara el intérprete en el ámbito del derecho son textos —el texto de una ley, el texto de un tratado, el texto de un contrato—, de modo que las normas sólo quedan fijadas una vez que se ha efectuado la interpretación del texto correspondiente, o sea, una vez que el intérprete ha establecido los significados y alcances que pueden darse al texto de que se trate. Esto último previene también acerca del error de creer que la interpretación de los textos jurídicos con significa-

no sólo sobre el sentido de las normas que aplican, sino también sobre *hechos* y sobre *valores* que conciernan al caso que deban resolver.

En efecto, se sobrevalora comúnmente la importancia que tienen las normas en la argumentación judicial y en las decisiones que tales argumentaciones apoyan, en circunstancias de que la prueba de los *hechos* es lo que muchas veces decide la suerte de un litigio. El derecho, en medida importante, es lo que los jueces declaran como tal, es lo que los jueces deciden en los casos concretos de que conocen. Por lo mismo, los abogados de las partes deben procurar la predicción de ese comportamiento. Esto es lo que explica la idea de Oliver Wendell Holmes en el sentido de que el derecho no es otra cosa que las predicciones acerca de cómo se comportarán los tribunales. Sin embargo, tales predicciones no se refieren sólo a las normas que los jueces aplicarán ni a la interpretación más probable que harán de ellas. Se refieren también a la actitud que los jueces tendrán ante los hechos de la causa y ante la prueba que se rinda para acreditarlos. En consecuencia, en las controversias que se llevan ante los tribunales muchas de las discusiones de las partes se concentran en los hechos, en la prueba de éstos y en la ponderación que haya de hacerse de la prueba rendida, antes que en las normas aplicables a los hechos y en las consecuencias que deban seguirse de su aplicación.

Como dice sobre el particular otro jurista norteamericano -Jerome Frank-, "en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas, y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho, tales como si Ding estaba conduciendo su automóvil a 80 millas por hora cuando atropelló a Dong, o si Nervous disparó contra High y lo mató, o si Sydney entregó el título de dominio de su granja a Simón".

En cuanto a los *valores* y a su incidencia en la argumentación judicial, el punto será tratado a propósito de las distintas doctrinas sobre interpretación judicial de las leyes que serán presentadas más adelante.

Explicar y justificar decisiones.- Según fue analizado en el capítulo relativo a las fuentes formales del derecho, los jueces apli-

can y crean derecho, o, mejor aún, aplican derecho con vistas a producir más derecho. Por lo mismo, los jueces deben establecer el sentido de las normas que aplican, o sea, deben interpretarlas, lo cual da lugar a lo que se conoce con el nombre de "interpretación judicial del derecho" y, más en particular, "interpretación judicial de la ley".

La afirmación de que los jueces aplican determinadas normas jurídicas de carácter abstracto y general con miras a crear nuevas normas jurídicas de índole concreta y singular refuerza la idea de que los jueces toman finalmente decisiones respecto de los casos de que conocen, la más importante de las cuales es la sentencia con que ponen término a los juicios que ante ellos se promueven.

Por lo mismo, interesa destacar ahora qué es lo que se espera de los jueces, en términos de argumentación, cuando, una vez interpretado el derecho aplicable al caso, adoptan una determinada decisión.

Tratándose en general de decisiones, es conveniente advertir que éstas pueden ser *explicadas* o *justificadas*.

Se *explica* una decisión cuando se mencionan a su respecto las razones que permiten *entenderla*. Así, si alguien dice que Juan mató a su mujer Luisa porque ésta le arrebatada permanentemente el control del televisor, lo que está haciendo es explicar la decisión de Juan. Por tanto, cuando esa misma persona dice "La razón por la que Juan mató a Luisa fue que ésta le arrebatada el control del televisor", la palabra "razón" viene aplicada en un sentido *débil* o impropio, esto es, como simple sinónimo de "motivo".

En cambio, se *justifica* una decisión cuando se ofrecen a su respecto razones que permiten *aceptarla*, esto es, tenerla por adecuada o correcta, de modo que la decisión pueda ser aprobada no sólo por quien la adoptó, sino por cualquier otra persona que se informe de ella. Si la misma persona de nuestro ejemplo dice ahora que "Juan no tuvo razón al matar a Luisa porque ésta le arrebatada el control del televisor", la palabra "razón" viene utilizada ahora en un sentido *fuerte* o propio, esto es, como algo cuya ausencia permite reprobar el comportamiento de Juan.

Pues bien, de quienes toman decisiones jurídicas, especialmente de los jueces, se espera que justifiquen sus decisiones, no que meramente las expliquen, lo cual supone que esos opera-

sea, como algo que se encuentra suficientemente justificado, todo lo cual supone de parte de ese agente un esfuerzo argumentativo en favor de la interpretación escogida.

Si argumentar, como dice Manuel Atienza, es una actividad compleja que consiste en "producir razones a favor de lo que decimos, en mostrar qué razones son pertinentes y por qué, y en rebatir otras posibles razones que justificarían una conclusión distinta a la nuestra", es evidente que existe lo que podríamos llamar "argumentación jurídica", que sería toda aquella destinada a justificar determinadas posiciones como decisiones que se adoptan en asuntos o problemas de interés para el derecho.

En consecuencia, la argumentación *jurídica* es más amplia que la argumentación *interpretativa*, y, a su vez, la argumentación interpretativa es más amplia que la argumentación *judicial*. Puesto de otro modo, la argumentación jurídica no se agota en la argumentación interpretativa y ésta no se agota tampoco en la argumentación judicial.

La argumentación *jurídica*—así, en general— es toda aquella que se produce en contextos jurídicos, ya sea que esos contextos se refieran a la producción de normas jurídicas (legislador), a la interpretación de normas con fines de conocimiento, difusión y facilitación de la solución de casos (juristas) o la interpretación y aplicación de normas con miras a dar solución a casos reales de la vida social (jueces). En otras palabras, argumentan jurídicamente los legisladores, los juristas y también los jueces cada vez que estas distintas categorías de personas llevan a cabo las funciones que les son propias. Así, por ejemplo, el legislador razona jurídicamente a favor de una determinada ley que acaba de ser votada favorablemente en el Congreso Nacional. Un jurista razona jurídicamente cuando analiza el texto de esa ley y trata de explicarla por medio de una exposición oral o escrita. En fin, un juez razona jurídicamente cada vez que, analizados los hechos del caso e interpretadas las normas correspondientes, funda de alguna manera la decisión que adopta frente al caso.

Sin embargo, es preciso advertir que la mayoría de las teorías acerca del razonamiento y la argumentación jurídicas han dirigido su atención al ámbito de los jueces y han descuidado un tanto los otros dos contextos en los que también se produce razonamiento y argumentación de tipo jurídicos. Quizás si el menos explorado de estos otros dos contextos sea el del legisla-

dor, al considerar que se trata de una argumentación más política que jurídica.

Al hilo de lo dicho precedentemente, quizás convenga distinguir entre *razonar* jurídicamente y *argumentar* jurídicamente, porque la expresión "razonar" alude más bien a los procesos interiores que tienen lugar cuando se piensa jurídicamente, en tanto que el verbo "argumentar" se refiere a la exteriorización, verbal o escrita, que hace el que ha razonado previamente desde un punto de vista jurídico. Tanto es así que no puede descartarse que los *razonamientos* jurídicos de una persona no coincidan con las *argumentaciones* jurídicas que esa misma persona comparte con otros miembros de la comunidad jurídica.

Por otra parte, y en lo que al razonamiento jurídico se refiere, éste tiene un distinto carácter según se oriente sólo al conocimiento o a la toma de decisiones. El razonamiento jurídico de los juristas tiene en este sentido un carácter *teórico*, en cuanto su finalidad es, ante todo, aumentar el conocimiento que se tiene acerca del derecho y facilitar la difusión de ese mismo conocimiento, y sólo secundariamente se dirige a influir en los órganos de aplicación y creación del derecho. En cambio, el razonamiento jurídico de legisladores y de jueces tiene un carácter *práctico*, puesto que está orientado a la toma de decisiones que a tales autoridades corresponde adoptar en el campo de sus respectivas funciones y competencias.

En cuanto a la argumentación interpretativa, es naturalmente más restringida que la argumentación jurídica, puesto que se trata de aquella que tiene lugar únicamente cuando se trata de interpretar el derecho, esto es, de acordar significado a determinadas normas jurídicas o, como hemos dicho antes, a los enunciados lingüísticos en que tales normas se expresan.

Por su parte, la argumentación judicial es aun más restringida que la argumentación interpretativa, puesto que la primera tiene lugar únicamente cuando un determinado caso de la vida social es resuelto por los órganos jurisdiccionales. Esto quiere decir que la argumentación judicial es aquella que ofrecen los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, en concreto aquella que ofrecen para justificar las decisiones que adoptan.

Sin embargo, debe advertirse que la argumentación judicial no se reduce a una modalidad de la argumentación interpretativa, puesto que los jueces no argumentan sólo sobre *normas*, o

que la lleva a cabo, desde el punto de vista del *resultado* a que conduce, y desde el punto de vista de si la actividad interpretativa, especialmente en el caso de la que llevan a cabo los jueces, se encuentra o no *reglada* por el respectivo ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista del *agente* que la lleva a cabo, es posible distinguir entre *interpretación pública*, o por vía de autoridad, e *interpretación privada*.

La interpretación pública, a su vez, se clasifica en *interpretación legal*, *interpretación judicial* e *interpretación administrativa*.

La *interpretación legal*, llamada también *auténtica*, es la que de la ley lleva a cabo el propio órgano productor de las leyes, esto es, el órgano o poder legislativo, ya sea que lo haga en el propio texto de la ley interpretada o valiéndose de una ley posterior que toma por ello el nombre de ley interpretativa. Esta ley interpretativa se entiende incorporada a la ley interpretada, según lo establece el Art. 9 del Código Civil. En cuanto a la *interpretación judicial de la ley*, es aquella que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les está encomendada, en virtud de la cual deben conocer y resolver los casos jurídicamente relevantes que se les someten en aplicación de las leyes que regulan tales casos. Por su parte, *interpretación administrativa* es la que realizan determinados órganos y servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras de diversa naturaleza, tales como Contraloría, Servicio de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, etc., y suele ella expresarse en dictámenes que emanan del jefe superior del órgano o servicio de que se trate, dictámenes que tienen por finalidad hacer aplicación de normas legales que rigen en el ámbito de competencia del respectivo órgano o servicio.

Descontada la interpretación que el legislador hace siempre de las normas constitucionales que regulan la actividad legislativa —como resultado de que el legislador aplica esas normas cada vez que estudia, discute y aprueba una ley o cumple cualquiera de las otras funciones que la Constitución le asigna—, lo cierto es que el órgano legislativo no está obligado a establecer el significado que habrá de darse a las leyes que aprueba y despacha, es decir, no está obligado a interpretar de modo auténtico las normas legales que produce. Por ello es que la interpretación legal o auténtica es más bien escasa y tiene un carácter excepcional.

Los jueces son los llamados a interpretar las normas legales, puesto que deben hacer aplicación de éstas en relación con los casos de que conocen. Es más, tal como indicamos antes en este mismo capítulo, cada vez que se habla de interpretación jurídica, y en particular de interpretación de la ley, en lo que se piensa comúnmente es en la interpretación judicial, esto es, en la atribución de significado que los jueces hacen a las normas abstractas y generales de las leyes al hacer aplicación de éstas a los casos concretos de que conocen y al establecer, en fin, la norma jurídica individual para el caso de que se trate. Es por esta razón que vamos a volver más adelante sobre la interpretación judicial.

Una diferencia importante entre interpretación legal e interpretación judicial es que la primera tiene obligatoriedad *general*, tal como lo establece el Art. 3 del Código Civil —que dice que “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”—, mientras que la interpretación judicial tiene obligatoriedad sólo en relación al caso de que se trate, como indica a continuación esa misma disposición del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

En cuanto a la interpretación privada, se trata de la que llevan a cabo los propios *sujetos de derecho*, la que realizan los *juristas* y, asimismo, la que llevan a cabo los *abogados* en su condición de expertos en derecho.

En primer lugar, los propios sujetos normativos, que deben acatar y obedecer las leyes, llevan a cabo una interpretación de éstas, o sea, atribuyen algún significado a las normas legales que regulan su comportamiento. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un individuo revisa y trata de comprender la legislación del tránsito antes de presentarse a rendir el examen que le permitirá obtener licencia para conducir vehículos motorizados.

En segundo lugar, tenemos la interpretación privada que de las leyes llevan a cabo los juristas cuando hacen ciencia del derecho, actividad que expresan en sus explicaciones verbales con ocasión del proceso de formación jurídica y en las obras escritas de que son autores.

Seguidamente está la interpretación que de las leyes hacen los abogados en las contiendas y demás gestiones que realizan ante los tribunales y los órganos de la administración en repre-

dores jurídicos deban respaldar sus decisiones con razones en un sentido fuerte del término, o sea, con razones que permitan que ellos mismos, así como los restantes operadores jurídicos, puedan no sólo entender tales decisiones, sino, más que eso, aprobarlas, lo cual supone un esfuerzo argumentativo de parte de tales operadores a favor de las decisiones que adoptan.

Tratándose siempre de los jueces y de las decisiones que éstos adoptan en el ejercicio de la función jurisdiccional, otras dos alternativas son también posibles, además de *explicar* y *justificar* esas decisiones. Nos referimos a las actitudes que consisten en *imponer* y en *probar* tales decisiones, situándose la de imponer por debajo de la de explicar y la de probar por encima de la de justificar. Así, un juez impone una decisión cuando la adopta y comunica sin ofrecer para ello ningún tipo de razones, ni siquiera en el sentido débil del término, que es lo que ocurriría, por ejemplo, si un juez, luego de escuchar al querellante y al querellado en una causa por homicidio, dijera simplemente, aludiendo al segundo de aquellos, "Mátenlo". En cambio, un juez explica una decisión cuando ofrece a favor de ésta alguna razón en el sentido débil del término, que es lo que ocurriría si al fallar un recurso de apelación el tribunal de segunda distancia dijera "Visto: se confirma la resolución apelada", e, incluso, lo que acontecería si el mismo tribunal dijera "Visto lo establecido en el artículo X del Código X, se confirma la resolución apelada".

Como se ve, imponer una decisión es menos que explicarla, y, a su turno, explicarla es menos que justificarla.

Por su parte, probar una decisión es más que justificarla, puesto que podría decirse que un juez prueba una decisión cuando ofrece en favor de ésta razones en un sentido *fortísimo* del término, esto es, razones de tal modo concluyentes que sean capaces de dar no sólo plausibilidad a la decisión de que se trate, sino de demostrar que se trata de la única decisión posible, e, incluso, de una decisión que debe ser tenida como la *verdadera* solución.

En nuestra opinión, lo que cabe esperar de los jueces, en especial cuando se trata de las decisiones más importantes que deben adoptar —las sentencias— es *justificar* tales decisiones y no meramente imponerlas o explicarlas, ni tampoco probarlas. En otras palabras, si no es aceptable que un juez imponga ni tam-

poco explique sus decisiones más importantes, tampoco es exigible que las pruebe como únicas o verdaderas.

2. INTERPRETACION DE LA LEY

Concepto y clasificaciones. Meta o propósito de la interpretación de la ley. Métodos o elementos de la interpretación de la ley. Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno. Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley. Criterios de interpretación de la ley en otras ramas del derecho. Los razonamientos interpretativos. La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa.

Concepto y clasificaciones.— La interpretación de la ley es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo

Ese modo doble de definir la interpretación de la ley se explica porque en el lenguaje habitual de los juristas dicha interpretación es una actividad que recae directamente sobre las normas legales, en circunstancias de que, en rigor, la interpretación de la ley fija o establece las normas legales como resultado de atribuir significado no a las normas legales, sino a los enunciados lingüísticos que expresan y comunican el acto normativo que lleva a cabo la autoridad legislativa. De acuerdo a este segundo punto de vista, la interpretación de la ley es una interpretación de textos, no de normas, tal como fue explicado previamente.

Por otra parte, hablamos aquí de interpretación de la ley empleando la palabra "ley" en el sentido amplio de ese término, o sea, comprendiendo todas las distintas clases de leyes, desde la Constitución hasta las manifestaciones de la potestad reglamentaria, con exclusión únicamente de los tratados internacionales, los cuales tienen un estatuto propio en cuanto a su interpretación, según se mostrará más adelante.

En cuanto a las clasificaciones más frecuentes de la interpretación de la ley, ellas se hacen desde el punto de vista del *agente*

la norma en cuestión una interpretación extensiva e impedir el ingreso de la cabra? Nos parece que lo que el jefe de estación debe hacer es lo segundo y, basado en que la finalidad de la norma es prohibir el ingreso a los andenes de cualquier animal que pueda perturbar a los pasajeros, sean o no perros, tendría que impedir el ingreso de la cabra.

Pero supongamos que, cansado de discutir con quienes pretenden ingresar a los andenes con cabras y otros animales distintos de los perros, el jefe de estación cambia el enunciado de la norma por el siguiente: "Prohibido ingresar con animales". Imaginemos a continuación que un campesino pretende entrar al andén con una mariposa posada en su hombro y preguntémonos cuál tendría que ser en este caso la actitud del intérprete, porque si se da una interpretación estricta a la nueva norma tendría que impedirse el ingreso del campesino y su mariposa. Sin embargo, todos coincidiremos –salvo tal vez los alérgicos a las mariposas– que la norma será interpretada restrictivamente, por entender que al decir "animales" no quiso incluir a aquellos que por su tamaño y demás características no están en condiciones de molestar a los pasajeros.

Se podría admitir que, en principio, toda interpretación de la ley debe ser estricta y que tanto la interpretación restrictiva como extensiva sólo pueden ser adoptadas –como en el ejemplo anterior– en caso de que el intérprete pueda ofrecer buenas razones para ello.

Otros ejemplos sobre el particular podrían enunciarse de la siguiente manera: ¿Era correcto eximir de responsabilidad al propietario de una avestruz traída a Roma desde Africa que había causado daños en la propiedad de un tercero sólo porque la Ley de las Doce Tablas concedía una acción semejante ante los deterioros causados por cuadrúpedos? ¿Resultaba adecuado, en el siglo X, impedir la entrada al monasterio benedictino de St. Gall a la Duquesa de Hadwig, protectora del lugar, sólo porque existía la regla de San Benito que prohibía a las mujeres pisar el umbral del monasterio?

Respecto del segundo de esos ejemplos, cuenta Luis Diez Picazo que planteado el problema, esto es, habiendo manifestado la duquesa su intención de visitar la abadía, el abad convocó a una reunión de todos los monjes, porque si bien la aplicación estricta de la regla debía conducir a impedir la entrada de la du-

quesa por razón de su sexo, la interdicción de la entrada a quien era patrona y protectora de la abadía podía ocasionar funestas consecuencias y poner en riesgo el futuro de aquella casa de Dios. Por lo mismo, la solución adoptada fue la que propuso uno de los monjes: "La duquesa es el patrono de nuestra abadía y en esta calidad debe ser considerada como un hombre; y si nuestra regla es estricta, que entre sin poner los pies en el umbral".

Asumo que todos estaremos de acuerdo con la solución que se administró en ese caso, esto es, que todos habríamos hecho una interpretación de la regla que permitiera el ingreso de la duquesa a la abadía, aunque no tenemos por qué compartir la argumentación que fundó la decisión de los monjes. En rigor, la duquesa no podía ser considerada como un hombre y parece extremadamente formal creer que la regla no se vulneraba porque ella ingresaba sin poner los pies en el umbral, por ejemplo, subida en una especie de andarilla. Por lo mismo, lo que los monjes debieron concluir fue que era preciso hacer una interpretación no estricta de la norma, sino una de carácter restrictivo, en atención a las consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes, ciertamente no queridas por el que promulgó la regla, que se habrían seguido en caso de impedir el ingreso de la patrona y protectora del convento. La duquesa no era un hombre ni tenía por qué ingresar en andas. Simplemente, la norma, en el tenor literal de su enunciado, no le era aplicable en atención a razones bastante atendibles que cualquier observador razonable habría podido compartir.

Una última clasificación de la interpretación legal es aquella que distingue entre *interpretación reglada* e *interpretación no reglada*.

Interpretación reglada es aquella que en cuanto al método que debe seguir el intérprete para establecer el o los significados de las normas legales interpretadas se encuentra normado por el respectivo ordenamiento jurídico. Es lo que ocurre, sin ir más lejos, en el caso del ordenamiento jurídico chileno, que regula el modo de llevar a cabo la interpretación de la ley en el título preliminar del Código Civil. En cambio, *interpretación no reglada* es aquella que no se encuentra normada por el ordenamiento jurídico de que se trate, de modo que el intérprete de la ley puede llevar a cabo la atribución de significado a ésta de manera más libre que en el caso de la interpretación reglada.

sentación de partes o de personas interesadas en determinado asunto jurídico.

Diferenciamos la interpretación privada de los abogados de la de los juristas, porque nos parece que la primera está más directamente vinculada a la aplicación de las normas legales por parte del determinado tribunal u órgano de la administración ante el cual actúan dichos profesionales. Se trata, por lo mismo, de una interpretación más circunstancial que aquella que realizan los juristas, y, asimismo, más interferida por los intereses de la parte que el abogado representa ante tales instancias judiciales o administrativas.

Con lo anterior no se quiere sugerir que la interpretación *doctrinal* de las leyes que llevan a cabo los juristas no esté ligada en absoluto a la aplicación de las normas o que se encuentre libre de toda interferencia, sino que en el caso de la interpretación *profesional* que hacen los abogados esa vinculación e interferencia son más marcadas y directas. Si lo ponemos en el lenguaje de Kelsen, tanto el jurista como el abogado, cuando establecen, promueven o invocan una determinada interpretación de un texto legal, buscan influir en la producción jurídica que está confiada a los órganos que deben hacer aplicación de los textos legales, es decir, buscan persuadir, especialmente a los jueces, de que la interpretación que ellos han establecido, o que promueven e invocan, es la correcta. Sin embargo, ese deseo de ganar influencia es más fuerte, más directo y está también más interferido por intereses en el caso del abogado que en el del jurista.

La interpretación doctrinal que los juristas llevan a cabo de las leyes se expresa, oralmente o por escrito, en un lenguaje jurídico *cognoscitivo* que recae sobre el lenguaje jurídico *prescriptivo* de los textos legales. Esto significa que las proposiciones que enuncia la ciencia jurídica recaen sobre las normas jurídicas, o bien sobre los textos legales, de manera que puede decirse que el lenguaje de los textos legales es objeto del lenguaje compuesto por las proposiciones de la ciencia del derecho. En consecuencia, como observa Rolando Tamayo, "las normas jurídicas serían, en relación con los enunciados jurídicos, un lenguaje objeto", mientras que estos últimos constituirían, en relación con las normas jurídicas, un metalenguaje, es decir, un lenguaje que se utiliza para hablar acerca de otro lenguaje previamente dado.

Desde el punto de vista del *resultado* a que conduce, la interpretación legal se clasifica en *estricta*, *extensiva* y *restrictiva*.

Se llama *interpretación estricta* a aquella que, una vez efectuada por el intérprete, conduce a la conclusión de que el texto legal interpretado debe ser aplicado únicamente a los casos que él expresamente menciona, sin extender por tanto la aplicación del texto a más casos de los que éste contempla y sin restringirlo tampoco a menos casos de los que el propio texto interpretado señala. Se la llama también *interpretación declarativa*.

Interpretación extensiva es aquella en la que como resultado de la misma se concluye que la ley interpretada debe aplicarse a más casos o situaciones de los que ella expresamente menciona.

Interpretación restrictiva, por su parte, es aquella que como resultado de la misma se concluye que la ley interpretada debe aplicarse a menos casos o situaciones de las que ella menciona expresamente.

Así las cosas, si en la interpretación estricta el alcance que se da a la ley interpretada es el mismo que se desprende de las palabras empleadas por el texto correspondiente, en la interpretación restrictiva el alcance que se da a la ley se limita a menos casos de los que el texto indica, mientras que la interpretación extensiva es aquella que se produce cuando el alcance que se da a la ley interpretada cubre más casos o situaciones de las que su texto indica.

No es posible establecer una regla acerca de si la interpretación de las leyes debe ser estricta, restrictiva o extensiva. Sólo el resultado de la actividad interpretativa podrá decir cuándo estamos en presencia de una u otra de estas tres clases de interpretación. Sin embargo, el Art. 23 del Código Civil chileno se inclina por la primera de esas tres modalidades de la interpretación.

El ejemplo de Gustav Radbruch a este respecto es ya clásico, aunque lo vamos a retocar un tanto en las siguientes explicaciones.

Una norma comunicada por medio de un aviso a la entrada de una estación de ferrocarriles dispone "Prohibido el ingreso con perros". ¿Qué acontecería, sin embargo, si un campesino intenta ingresar al andén con una cabra? ¿Deberá el jefe de estación correspondiente interpretar esa norma en forma estricta y permitir el ingreso del campesino con su cabra o deberá dar a

pretados, sino una *metamorfosis* de éstos que les permite no permanecer estáticos mientras las condiciones de vida de la sociedad continúan evolucionando.

La diferencia entre la teoría subjetiva y la teoría objetiva es ilustrada por Radbruch con la imagen de un barco que sale de las aguas del puerto bajo la dirección de un práctico, pero que busca luego su propio curso en el mar libre bajo el mando del capitán. Engisch, por su parte, se vale de otro paralelo para ilustrar tal diferencia, al señalar que al referirse a las relaciones del legislador con la ley uno se siente tentado a pensar en las relaciones de los padres con sus hijos, "a quienes en un primer momento se les infunde el espíritu de la casa paterna, pero que luego se vuelven cada vez más independientes, hasta llegar a oponerse a los padres con sus propias concepciones y decisiones".

Por otra parte, es preciso observar el subjetivismo y el objetivismo no agotan todos los posibles métodos de interpretación, o, puesto de otro modo, es preciso advertir que tanto una como otra teoría plantean interrogantes que de alguna manera las aproximan entre sí. De este modo, cuando la teoría subjetiva llama a desentrañar la voluntad del legislador, ¿se refiere a los antecedentes de hecho que el legislador tuvo a la vista al momento de aprobar la ley que se trata de interpretar o a los objetivos que buscó con el establecimiento de la ley? De la misma manera, cuando la teoría objetiva propicia la búsqueda de un sentido actualizado de la ley, ¿no debe acaso tener en cuenta cuál es el probable sentido histórico de la ley que ahora debe ser actualizado?

Es por ello que no faltan autores, como es el caso de Karl Larenz y Luis Recasens Siches, que si bien se muestran partidarios de que el intérprete busque ante todo el sentido normativo propio de la ley y no el que está ligado a la voluntad histórico-psicológica del legislador, porque —según argumentan— "la ley es más sabia que el legislador", se inclinan finalmente por una *síntesis* entre ambos puntos de vista, lo cual no significa colocar una teoría al lado de la otra, sino combinarlas de algún modo que permita pasar desde lo simple a lo complejo. Por lo mismo, tales autores, conscientes de que toda ley es portadora de la memoria personal del legislador que la produjo, aunque conscientes también de que en ella se va acumulando una memoria más amplia y profunda como consecuencia de que una ley no pue-

de conservar indefinidamente el mismo sentido y alcance que tuvo cuando fue dictada, propugnan la búsqueda del sentido normativo propio de la ley, sin perjuicio de considerar que la investigación acerca de la voluntad del legislador que la dictó no es irrelevante a la hora de determinar cuál puede ser ese sentido normativo propio de la ley.

La siguiente cita de Larenz pone de manifiesto el intento del autor por conseguir la síntesis antes aludida: "la cuestión de si la meta de la interpretación es el conocimiento de la voluntad del legislador, en sentido de un *factum* histórico, o el sentido normativo de la ley, considerando a éste entonces como regulativo, ha de ser resuelto claramente, en principio, en el segundo sentido. Pues el mero '*factum*' de lo que realmente se ha querido no tiene por sí solo fuerza normativa; ésta sólo le corresponde a la ley como la voluntad jurídica general objetivizada. Con ello no se quiere decir, sin embargo, que el *factum* de la voluntad histórica carezca de significación para el contenido de este sentido legal normativo. Antes bien, actúa sobre él como impulso creador. La ley, como voluntad expresada del legislador, lleva en sí los caracteres de 'su' tiempo; pero como ley ahora vigente, se transforma 'con' el tiempo. Ambos 'elementos' tienen la misma gran significación; ambos han de ser tenidos en cuenta por la interpretación".

Cabe señalar, por último, que existe un aspecto político evidente que subyace la discusión entre subjetivistas y objetivistas. Al propiciar que el intérprete debe buscar la voluntad de quien produjo la ley y plegarse a ella, lo que se pretende en el plano político es una mejor realización de los propósitos de la autoridad legislativa, lo cual cuadra muy bien con los postulados de un gobierno que quisiera dejar reducidos a los intérpretes —y en especial a los jueces— a la condición de esclavos de la ley, o sea, a la boca por la que habla el legislador aun cuando este último haya desaparecido hace ya mucho tiempo. "El intérprete —escribe Luiz Diez Picazo—, como servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es lo que éste ha querido y complacerle", sin perjuicio de que cuando el poder legislativo está constituido por un órgano colegiado y no por uno de carácter unipersonal, esto es, cuando el poder legislativo encarna en un congreso o en un parlamento, y no en un príncipe, hablar de voluntad del legislador no pasa de ser una auténtica ficción.

Meta o propósito de la interpretación de la ley.— Es claro que la interpretación de la ley busca establecer un significado para ésta, aunque uno de los problemas centrales que plantea la teoría de la interpretación jurídica es el de si tal significado debe ser establecido sobre la base de determinar cuál fue la voluntad histórica que como creador de la ley el legislador depositó en ésta, o cuál es la voluntad que vive actualmente en la ley, con independencia de cuál haya podido ser la que tuvo quien produjo la ley en un momento determinado.

Dicho problema es el que ha dado lugar a una *teoría subjetiva* y a una *teoría objetiva* de la interpretación de la ley.

Para la primera de esas teorías, toda ley es portadora del sentido subjetivo que imprimió en ella el legislador que la produjo, de modo que la meta del intérprete no puede ser otra que la de reconstruir la voluntad histórica que tuvo el legislador al momento de aprobar la ley que se trata de interpretar. De acuerdo con este punto de vista, como explica Karl Engisch, el intérprete tiene que “penetrar en el alma del legislador”, esto es, tiene que “colocarse mentalmente en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente en sí mismo su actividad”.

La teoría subjetiva parte de la base de que toda ley es expresión de la voluntad de quien la dictó, de modo que lo decisivo al momento de interpretar una ley es descubrir esa voluntad, para lo cual el intérprete cuenta, ante todo, con las palabras de la ley, esto es, con las palabras mediante las cuales el legislador expresó su pensamiento normativo, las cuales pueden conducirlo al sentido que el propio legislador vinculó a tales palabras.

Para la teoría objetiva, en cambio, toda ley, si bien emana de un acto deliberado y consciente de producción normativa por parte del legislador, se desprende de la voluntad de éste y, merced a su inserción en el ordenamiento jurídico y a su incorporación a lo que podríamos llamar el tráfico jurídico, y, sobre todo, merced al cambio de las circunstancias que pueda haberse producido entre el momento en que fue aprobada y el instante posterior en que ella es interpretada, la ley adquiere un sentido objetivo propio que es el que el intérprete debe establecer.

La teoría objetiva, en consecuencia, parte de la base de que toda ley es portadora de un sentido propio, sentido que la ley adquiere con independencia de aquel que el legislador quiso

imprimirle al momento de su creación, de modo que la tarea del intérprete tiene que consistir en fijar ese sentido y no en retroceder años, y posiblemente decenios, en busca del alma de un legislador que ya no existe. La tarea del intérprete —como explica nuevamente Engisch— “consiste en interpretar de acuerdo con los tiempos, contemporáneamente”, y dirigir su mirada no hacia el pasado, sino hacia el presente y el futuro. Y refiriéndose en particular a la interpretación judicial de la ley, añade todavía el mismo autor: “Transformar a quien aplica la ley en el fiel sirviente del legislador significaría degradarlo en su función. Por lo pronto, el juez, en tanto depositario del ‘tercer poder’ del Estado, está situado en un plano de igualdad con respecto al legislador. Cuando mediante la interpretación objetiva de la ley la hace valer como tal, defiende su propia independencia”. Por lo demás, “el legislador moderno es un ser anónimo formado por una pluralidad de direcciones de voluntad”, en tanto que “el sentido de la ley sólo puede ser su sentido único y no contradictorio”.

Puesta la distinción entre subjetivistas y objetivistas en otros términos, la interpretación subjetiva sería una interpretación *conservante*, con carácter cognoscitivo, mientras que la interpretación objetiva sería una interpretación *innovadora*, con carácter modificatorio, aunque no faltan autores que se niegan a calificar como interpretativas las decisiones innovadoras de los intérpretes cuando éstas no están basadas en el respeto a la autoridad de la ley y de quien la produjo —en particular tratándose de decisiones innovadoras de los jueces—, y sostienen, en consecuencia, que la llamada interpretación objetiva, más que un método para identificar el sentido que tiene un determinado texto legal, es una manera de cambiar simplemente el sentido de ese texto. Según expresan Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, esto último demuestra que la palabra “interpretación” es peligrosamente ambigua, puesto que se la usa para describir tanto la actividad tendiente a *descubrir* el sentido como la que consiste en *modificar* el sentido.

Por su parte, Alf Ross, quien relativiza la oposición entre interpretación subjetiva y objetiva, entendiéndolas más bien como dos *estilos* que como dos auténticos *métodos* de interpretación, sostiene que por medio de lo que se llama interpretación objetiva se produce no una *modificación* de los textos legales inter-

El elemento histórico en sentido estricto parte de la base de que toda ley tiene una historia que es posible de ser reconstruida a partir de los distintos documentos que dan cuenta de su respectivo proceso de formación. Por su parte, el elemento histórico en sentido amplio opera sobre la base de reconocer que el estado general del derecho al momento de aprobarse la ley que se trata de interpretar, así como las fuentes materiales que sea posible identificar en el origen de ésta, constituyen datos relevantes al momento de tener que acordar a dicha ley un determinado sentido y alcance.

El *elemento lógico* es aquel que para establecer el o los posibles sentidos y alcances de una ley se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí, esto es, entendidas en el contexto que ellas forman y no de manera aislada, así como de las conexiones que las normas de la ley que se trata de interpretar puedan reconocer con las de otras leyes que versen sobre la misma materia.

El elemento lógico parte de la base de que las normas de una ley hacen un conjunto y que deben ser interpretadas no en forma aislada o desvinculada unas de otras, sino en el contexto del mensaje normativo del cual forman parte, y asume, del mismo modo, que las normas de una ley hacen también un conjunto con las de otras leyes que versen sobre una materia similar.

En cuanto al *elemento sistemático*, no difiere sustancialmente del elemento lógico y representa sólo un grado más avanzado de éste, puesto que consiste en establecer el o los posibles sentidos y alcances de una ley atendiendo ahora a las conexiones que la ley que se trata de interpretar pueda guardar con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho, y no solamente con las normas de otras leyes que versan sobre la misma materia de la ley interpretada.

El elemento sistemático asume que las normas de una ley guardan relaciones no sólo entre sí y con las de otras leyes que versen sobre la misma materia, sino que tales relaciones se dan por referencia a todo el ordenamiento jurídico, de modo que su interpretación tiene que ser efectuada en el contexto más amplio de este último.

El *elemento teleológico*, en fin, es aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo al fin de ésta, o sea, a los determinados objetivos que se buscó conseguir por medio de su establecimiento.

Este último elemento parte de la base que el legislador dicta leyes animado de ciertos propósitos cuya identificación debe jugar un papel importante al momento de interpretar dichas leyes, sobre todo cuando la interpretación se realiza para aplicar las leyes a los casos concretos de la vida social que caen bajo el ámbito de su regulación.

A los métodos o elementos antes señalados algunas legislaciones y autores agregan a veces el *criterio de la realidad social*, según el cual la interpretación de la ley debe hacerse atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento en que tiene lugar la aplicación de las normas de que se trata de interpretar. Es un criterio importante en la adaptación del derecho al cambio social, aunque se trata de un criterio de interpretación que, lejos de sustituir a los cinco antes indicados, debe operar junto con ellos. Un ejemplo a este respecto lo constituye el Código Civil de España, que en una de sus disposiciones establece que "Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Por su parte, el Tribunal Supremo español señaló en una de sus sentencias que "los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y sí solo para suavizarla, debiendo ser aplicado con mucho tino y prudencia".

Cabe señalar, por último, que los elementos de interpretación de la ley no deben ser vistos como si se tratara de caminos alternativos o excluyentes de que dispone el intérprete a fin de acordar sentido y alcance al derecho legislado. Por el contrario, deben ser considerados como técnicas complementarias que colaboran todas a esa misma finalidad.

Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno.— El párrafo 4 del Título Preliminar de nuestro Código Civil trata de la interpretación de la ley y establece los elementos que deben ser considerados por el intérprete. Por lo mismo, en Chile tenemos un sistema de interpretación reglado.

Sin embargo, un argumento como el antes expuesto puede ser revertido cuando los integrantes del órgano legislativo son elegidos democráticamente mientras los del poder judicial no lo son. De acuerdo con este punto de vista —señala ahora Joseph Raz— “la teoría democrática requiere que la ley sea determinada por la voluntad del pueblo tal como es expresada por sus representantes elegidos democráticamente. Por lo tanto, puesto que el derecho legislado es el derecho tal como es establecido mediante la interpretación de las leyes, la teoría democrática requiere que las leyes sean interpretadas de acuerdo con las intenciones de los miembros de la legislatura elegidos democráticamente”.

En todo caso, y para cerrar ya este acápite, es preciso advertir que el punto de vista objetivo ha ido ganando terreno sobre el subjetivo, lo cual no tiene por qué significar una suerte de entronización del gobierno absoluto de los jueces ni despreciar tampoco el valor que la seguridad jurídica tiene para los ciudadanos.

Métodos o elementos de la interpretación de la ley.— Se entiende por tales los distintos medios de que dispone el intérprete para establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley interpretada, los cuales son comúnmente aceptados por la doctrina y en ocasiones consagrados expresamente por los propios ordenamientos jurídicos.

Por lo mismo, los llamados elementos de la interpretación de la ley serían, a la vez, *métodos* mediante los cuales se lograría un conocimiento adecuado del derecho legislado; *procedimientos* para esclarecer los mensajes normativos del legislador; *técnicas* socialmente prestigiosas para orientar especialmente a los órganos jurisdiccionales en su tarea de especificación y concretización de las normas abstractas y generales de las leyes; y, en ocasiones, *prescripciones* dirigidas a los intérpretes en general y, en particular, a los órganos que cumplen funciones de aplicación y producción de derecho.

Sin embargo, y establecido que se trata de elementos en los que se apoya la interpretación de la ley que llevan a cabo tanto los juristas como los abogados y los jueces, vamos a dar cuenta ahora de ellos y no cuando tratemos en particular de la interpretación judicial de la ley.

Los elementos de interpretación de la ley son el elemento *gramatical*, el *histórico*, el *lógico*, el *sistemático* y el *teleológico*.

El *elemento gramatical* es aquel que permite establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley atendiendo para ello al tenor de las palabras de la ley, es decir, al significado de los términos y frases de que se valió el legislador para expresar y comunicar su pensamiento normativo.

Este primer elemento parte de la base de que la ley es expresión de la voluntad e intención del legislador que la crea, y puesto que las leyes se escrituran, esto es, se revisten por el legislador de los símbolos del lenguaje, el medio más confiable y seguro para establecer la voluntad e intención del legislador tiene que consistir en la consideración de las palabras y frases que éste utilizó al momento de producir la ley que se trata de interpretar.

Con todo, con la utilización o consideración del elemento gramatical no se trata de conseguir una determinación lingüística del sentido de los enunciados normativos, sino, como dice Vernengo, de recurrir a ciertos patrones culturales que puedan refrendar, como lingüísticamente legítimo, alguno de los sentidos de un término que convenga a la norma que el órgano se propone establecer, de todo lo cual se sigue que “la interpretación literal es básicamente un procedimiento destinado a determinar un sentido, socialmente admisible, de ciertas palabras”.

El *elemento histórico* es aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo para ello a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Dicha historia se ve reflejada, documentalmente, en cada una de las fases o etapas del proceso de formación de la ley, en especial en el texto del correspondiente mensaje o moción y en las actas en que se hubiere dejado constancia de las discusiones habidas al interior del órgano legislativo con ocasión de la tramitación del respectivo proyecto de ley.

A lo anterior se puede llamar elemento histórico en *sentido estricto*, puesto que en *sentido amplio* este elemento alcanzaría también a la identificación y ponderación de las circunstancias políticas, económicas, sociales, o de cualquier otro orden, que existían al momento de aprobarse la ley y que puedan haber ejercido influencia en el contenido y objetivos de ésta.

tro Código Civil que tratan de la interpretación de la ley, como la que lleva a cabo Alejandro Guzmán Brito, permite una mejor comprensión acerca del sentido y alcance de cada una de esas disposiciones, puesto que las normas del párrafo cuarto del Título Preliminar de nuestro Código Civil, si bien tratan de la interpretación de la ley, son igualmente, ellas mismas, susceptibles de ser interpretadas y, por consiguiente, de tener más de un sentido y alcance.

Tiene razón el autor antes citado cuando dice que la principal de las reglas aludidas es la del Art. 23, cuyo texto recordamos hace un instante. En esta norma se encuentran presentes tanto el *principio* que según nuestro Código debe guiar al intérprete de la ley como la principal *consecuencia* que se sigue de ese principio. El *principio* consiste en que la meta del intérprete es captar el verdadero sentido de la ley, al que el mencionado artículo se refiere como "genuino sentido" de la ley, en tanto que la *consecuencia* se refiere a que ese genuino sentido de la ley determina la extensión que deba darse a ésta.

Para fijar ese genuino sentido de la ley es preciso fijarse en el texto de ésta, motivo por el cual el inciso primero del Art. 19 establece que "cuando el sentido de una ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Esta regla no quiere sugerir que la interpretación está de más o que deba dejarse de lado cada vez que el sentido de una ley sea claro, esto es, cada vez que el sentido coincida con el texto de la ley. Ello, en primer lugar, porque sólo como resultado de la acción de interpretar una ley puede concluirse si su sentido es claro o no; y, segundo, porque lo que el aludido inciso prescribe no es evitar la interpretación de las leyes cuyo sentido sea claro, sino impedir que se amplíe o restrinja el campo de aplicación que ese mismo texto delimita con claridad.

Sin embargo, el inciso segundo del Art. 19 admite que la ley pueda ser portadora de alguna expresión oscura, debiendo entenderse por "expresión" no sólo una o más palabras aisladas de la ley, sino las frases que fueron formadas por el autor de la ley al momento de aprobarla y promulgarla como tal.

Ahora bien, ¿qué hacer en presencia de una expresión oscura de la ley?

El mismo inciso segundo del Art. 19 dispone que en tal caso debe recurrirse a la "intención o espíritu de la ley, claramente

manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento". De este modo, el Art. 19 inciso primero, que se coloca en el caso de que el sentido de la ley sea claro, impide consultar la intención o espíritu de la ley, en circunstancias de que, todo lo contrario, esa intención o espíritu es lo que debe ser consultado en la hipótesis de que la ley interpretada tenga alguna expresión oscura.

Pero el inciso segundo del Art. 19, tal como se ha visto, habla de "intención o espíritu", como si se tratara de términos sinónimos. Sin embargo, por "espíritu" de la ley habría que entender la "razón" de la ley, esto es, el fin objetivo que ésta tiene, con lo cual se podría sostener, tal como adelantamos en su momento, que tal inciso acoge o da cabida al método o elemento teleológico de la interpretación de la ley. Por su parte, "intención" no puede significar otra cosa que voluntad del legislador que estableció la ley.

En todo caso, es evidente que el inciso segundo del Art. 19 acoge el elemento histórico de interpretación, aunque en el sentido estricto y no amplio que ese elemento posee, puesto que para fijar la intención o espíritu de la ley se remite al intérprete a la historia *fidedigna* del establecimiento de aquélla, con lo cual se parte de la base de que toda ley, como producto humano que es, tiene una historia, normalmente documentada, que el intérprete puede reconstruir al momento de tener que establecer el o los sentidos posibles que la ley interpretada pueda tener.

Concordando ahora el primer inciso del Art. 19 con las disposiciones de los Arts. 20 y 21, es preciso reiterar que lo que hacen estas dos últimas disposiciones es establecer el modo en que deben ser entendidas las palabras de la ley. Esto significa que si nuestro sistema reglado de interpretación vincula al intérprete a las palabras de la ley, lo cierto es que tampoco lo deja libre a la hora de responder a la pregunta acerca de cuál es el sentido que deba acordar a las palabras de la ley. Con todo, la alusión explícita del Art. 20 a un "sentido natural" de las palabras, si bien puede ser entendida como relativa al uso común o general de las mismas, resulta enteramente inadecuada, puesto que, tal como hemos señalado antes, las palabras tienen una relación convencional, no natural, con los objetos que designan.

Retomando ahora el Art. 23, esta disposición importa una toma de posición adversa tanto frente a las interpretaciones ex-

El inciso primero del Art. 19 del Código Civil consagra el método o *elemento gramatical* de interpretación al disponer que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. En consecuencia, y salvo que el tenor literal del texto legal que se trata de interpretar merezca dudas al intérprete, éste debe fijar su atención únicamente en las palabras de la ley.

Respecto de cómo debe entender el intérprete las palabras de la ley, los Arts. 20 y 21 establecen una *regla general* y dos *excepciones*.

La *regla general* está establecida en la parte inicial de la primera de tales disposiciones, donde se dice que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”. En cuanto a qué debe tenerse por uso general de una palabra, se ha entendido que es el que fija el diccionario de nuestra lengua.

La *primera excepción* a dicha regla general está contemplada en el mismo Art. 20, que advierte que cuando el legislador haya definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. Un ejemplo de ello lo constituye el párrafo siguiente del propio Código Civil, en el que se definen varias palabras de uso frecuente en las leyes. En cuanto a la *segunda excepción*, está consagrada en el Art. 21 y se refiere a las palabras técnicas de toda ciencia o arte, las cuales “se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Tocante ahora al *elemento histórico*, aparece aludido en el inciso 2 del Art. 19, en los siguientes términos: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Es preciso advertir que esta disposición consagra el *elemento histórico en sentido estricto*, puesto que remite al intérprete a la historia *fidedigna* del *establecimiento* de la ley que se trata de interpretar. Por otra parte, la entrada del elemento histórico aparece condicionada a la presencia de una expresión oscura de la ley y únicamente como un método adecuado para fijar la intención o el espíritu de la ley que se trata de interpretar.

En cuanto al *elemento lógico*, aparece consagrado en el Art. 22, disposición que establece que “el contexto de la ley servirá para

ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, a lo cual se agrega, en el inciso 2 de la misma disposición, que “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

El *elemento sistemático*, por su parte, tal como lo definimos en su momento, encuentra en nuestro Código Civil una consagración bastante poco explícita. Sin embargo, hay dos disposiciones que interesan a este respecto. Primero, la del Art. 22, en la parte que dice que los pasajes oscuros de una ley podrán ser ilustrados por medio de otras leyes, *particularmente* si versan sobre el mismo asunto, puesto que la presencia de ese adverbio es indicativa de que los pasajes oscuros de una ley pueden también ser ilustrados por medio de otras leyes, aunque éstas no versen sobre la misma materia o asunto de la ley que se trata de interpretar. Y, segundo, la del Art. 24, en la parte en que remite al intérprete al espíritu general de la legislación.

En cuanto al *elemento teleológico*, se le puede entender consagrado, aunque débilmente, en el inciso segundo del Art. 19, concretamente en la parte en que esa disposición autoriza al intérprete a recurrir al “espíritu” de la ley.

Cabe señalar, asimismo, que el Art. 23 refuerza la preeminencia que al elemento gramatical da nuestro Código Civil, puesto que dispone, tal como vimos en su momento, que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, agregando, todavía, que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

En cuanto al Art. 24, y tal como se comentó al tratar de los principios generales y de la equidad como fuentes del derecho, se trata de una norma restrictiva a lo menos en tres sentidos, puesto que autoriza la entrada de los principios generales y de la equidad sólo en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación de los Arts. 19 al 23, únicamente con el fin de interpretar pasajes oscuros o contradictorios, y adjudicando a estas fuentes supletorias del derecho unas denominaciones que limitan la conceptualización que pueda hacerse de ambas.

Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley.— Una lectura más atenta de los artículos de nues-

Por lo pronto, la sola ubicación de tales reglas en el Título Preliminar del Código Civil no restringe su ámbito de aplicación. Dicho título contiene también normas sobre fuentes del derecho en general, así como sobre interpretación de la ley en general, que trascienden el campo del derecho civil y que tienen aplicación, en consecuencia, respecto de todo el ordenamiento jurídico nacional.

Por lo mismo, tratándose de normas sobre interpretación de la ley, las que establece nuestro Código Civil pueden tener aplicación en cualquier otra rama del derecho. Tales reglas están dadas para la interpretación de la ley en general, no sólo de la ley civil, de modo que las pautas y criterios de interpretación que ellas establecen pueden recibir aplicación cada vez que se trata de establecer el o los posibles sentidos y alcances de normas pertenecientes a otras ramas del derecho chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso advertir que algunas ramas del derecho —en especial del derecho constitucional y el derecho penal— adoptan algunos criterios de interpretación que les son propias. En otras palabras: tratándose de algunas ramas que forman parte del derecho público es posible encontrar pautas de interpretación de la ley no establecidas en el Título Preliminar del Código Civil y otras que modifican las reglas de interpretación de ese Código o que alteran el orden o la jerarquía que el Código Civil les acuerda.

El caso de la hermenéutica constitucional, esto es, de la interpretación de la ley fundamental, es uno de ellos.

La interpretación de la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional, cuya competencia sobre cuestiones de constitucionalidad está fijada por el Art. 32 de nuestra Constitución.

La Corte Suprema está también llamada a interpretar la Constitución con ocasión de diversas acciones y recursos que son de su competencia, sin perjuicio de que la propia Constitución se encarga de establecer, en su Art. 80, que la mencionada, con motivo de las materias de que conoce, podrá declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución, de oficio o a petición de parte, aunque la declaración que la Corte Suprema haga en tal sentido sólo trae consigo la inaplicabilidad del precepto inconstitucional en el caso particular de que se trate y no la pérdida de su validez general dentro del ordenamiento jurídico.

El Congreso Nacional interpreta también la Constitución a través de las llamadas leyes interpretativas que fueron estudiadas a propósito de los distintos tipos de leyes que existen en el derecho legislado nacional, sin perjuicio de que en el cumplimiento de sus demás funciones, al tener que hacer aplicación de las disposiciones constitucionales que las rigen, el órgano legislativo tenga que acordar también algún sentido y alcance a tales disposiciones.

La Contraloría General de la República interpreta igualmente la Constitución con motivo del trámite de toma de razón que le está confiado y que tiene por finalidad velar tanto por la legalidad como por la constitucionalidad de los decretos.

Del mismo modo, los tribunales encargados de administrar justicia electoral interpretan la Constitución a propósito de los asuntos especializados de que conocen.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones, cuando conocen el recurso de protección, el recurso de amparo y el recurso de amparo económico que consagra la propia carta fundamental, interpretan asimismo la Constitución.

Por último, los demás jueces letrados, tanto civiles como penales, interpretan asimismo la Constitución. Uno de los casos más frecuentes en que ello ocurre se relaciona con la libertad provisional. Esta última es un derecho de toda persona detenida o sujeta a prisión preventiva para ser juzgada en libertad y el juez penal debe conceder esa libertad, según dispone la letra e del número 7 del Art. 19 de la Constitución, siempre que no considere que la prisión es necesaria para la investigación que lleva a cabo o para la seguridad del ofendido por el delito o de la sociedad en general.

Además de los cuatro métodos tradicionales de interpretación —gramatical, histórico, lógico y sistemático—, en materia de interpretación constitucional cobra particular importancia el método o elemento teleológico. Esto quiere decir que las normas constitucionales han de interpretarse ajustándose ante todo a la finalidad que ellas persiguen y en el marco de los valores y principios constitucionalmente consagrados.

Tratándose de los métodos tradicionales, se acepta también la preeminencia del elemento lógico sobre el de carácter gramatical.

Del mismo modo, si los principios generales ocupan una posición más bien disminuida en el Art. 24 del Código Civil, en

tensivas como restrictivas. Al presentar del modo como lo hizo el mencionado Art. 23, Bello se apartó de la doctrina que sobre la materia había defendido en su obra *Principios de derecho de gentes*, donde escribió lo siguiente: "En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirlas".

Por su lado, tiene razón Alejandro Guzmán cuando dice que el Art. 23 no impide del todo que el intérprete lleve a cabo una interpretación extensiva o restrictiva. Lo que la citada disposición le impide es tan sólo fundar una interpretación de cualquiera de esos dos tipos en lo favorable u odioso que pueda existir en una determinada norma legal que se trata de interpretar. Por lo demás, y tal como fue advertido al tratar de las distintas clasificaciones de la interpretación de la ley, no es posible tomar un partido a priori por la interpretación estricta, por la extensiva o por la restrictiva, o sea, no es posible predeterminar cómo haya de ser siempre la interpretación de las leyes, puesto que la extensión razonable que deba darse a la ley es algo que el intérprete sólo puede saber como resultado de la interpretación, esto es, una vez efectuada la interpretación de la ley de que se trate y una vez fijados los distintos sentidos y alcances de ésta y las diversas alternativas de aplicación que ella presente.

En cuanto al Art. 24, cabe recordar lo que se dijo a propósito de la equidad y los principios generales como fuentes supletorias del derecho, en especial el carácter restrictivo que tiene esa disposición en los tres sentidos que fueron explicados también en esa parte. Precisamente, una de tales restricciones se produce en la medida en que esa disposición se refiere a los principios generales del derecho con la expresión "espíritu general de la legislación".

Sin embargo, Alejandro Guzmán interpreta de manera distinta esa manera de expresarse del Art. 24 y considera que "espíritu general de la legislación" no alude a los "principios generales del derecho", sino a la razón o finalidad de la ley, aunque en el caso del Art. 24 no se trataría ya de la razón o finalidad de la concreta disposición legal que se trata de interpretar, sino de la razón o finalidad que conciernen al conjunto de la legislación de la cual dicha disposición forma parte.

En cuanto a "equidad natural", se trata de una expresión más amplia que la de "espíritu general de la legislación", puesto que

aquella, a diferencia de ésta, no sería propia de un determinado ordenamiento jurídico, sino de todo derecho.

En todo caso, es indudable que el Art. 24, al adjetivar el sustantivo "equidad" con la palabra "natural", restringió deliberadamente el campo de juego de la equidad, sin perjuicio de introducir la dificultad que significa acordar algún sentido y alcance a la palabra "natural".

Según Alejandro Guzmán, la equidad natural no se refiere a la idea de lo justo que el juzgador puede hacerse frente a un caso dado y frente a las normas que corresponda aplicar en ese mismo caso. Tampoco se refiere a una solución que podría provenir directamente del derecho natural. Equidad natural, para el autor recién citado, remite aquí a los textos producto de la reflexión y discusión de los juristas, con el agregado de que, en su opinión, el *Corpus Iuris* constituye el texto en el que la equidad está inscrita por antonomasia.

Se puede estar de acuerdo con Alejandro Guzmán cuando dice que la equidad no puede ser invocada sólo como la opinión individual y puramente subjetiva del juez al momento de fundar su fallo y que siempre es preciso tener y ofrecer razones que justifiquen las decisiones judiciales dadas en nombre de la equidad, aunque nos parece excesivo que dichas razones deban tener por base "premisas objetivas, ciertas y verificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina". Hablar de equidad, quierase o no, es hablar del sentido de lo justo que se forma el juzgador frente a un caso dado. Y si bien nadie podría negar la importancia que para el juez pueden tener la ciencia y la doctrina al momento de formar su convicción acerca de lo justo, es evidente que para la formación de una convicción como esa concurren también otros factores, tal como tuvimos oportunidad de analizar al tratar la equidad como fuente del derecho.

Criterios de interpretación en otras ramas del derecho.— Antes de concluir los análisis sobre el sistema reglado de interpretación que establece nuestro Código Civil, conviene preguntarse si las reglas de interpretación que consagra ese código valen sólo para el derecho civil o si tienen aplicación, además, cuando se trata de interpretar normas de otras ramas del derecho, especialmente del derecho público.

co, o bien principios de otro orden, por ejemplo, morales, que puedan resultar pertinentes en relación con el caso de que se trate.

Por lo mismo, el argumento de principios puede ser utilizado tanto para interpretar la ley como para integrarla.

e) *argumento de autoridad*, que es aquel que justifica la interpretación dada a un texto legal invocando el prestigio del autor o autores que la hacen suya o apoyándose en el hecho de que se trata de la interpretación aceptada por los tribunales superiores de justicia.

f) *argumento de coherencia*, que se vincula al elemento lógico y al elemento sistemático de interpretación, y que es aquel que asume que debe ser desechada toda interpretación de una norma que provoque su incompatibilidad con otras normas de la misma ley a que pertenece la primera o con otras normas del respectivo ordenamiento jurídico visto éste en su conjunto.

g) *argumento material*, vinculado también a los dos elementos antes mencionados, y que es aquel que considera que la localización o ubicación de una norma dentro del articulado del que forma parte proporciona información útil acerca de su contenido y del sentido y alcance que el intérprete haya de darle.

h) *argumento a rúbrica*, vinculado asimismo al elemento lógico, y que es aquel que asume que no sólo la ubicación de una norma legal dentro del articulado proporciona la información útil antes aludida, sino también el párrafo, título o rúbrica que encabeza el conjunto de normas de las que la norma que se trata de interpretar forma parte.

i) *argumento de la no redundancia*, que es aquel que concluye que entre dos o más significados posibles de una norma ha de rechazarse el que constituya una mera repetición de lo establecido por otra norma del mismo ordenamiento jurídico.

j) *argumento pragmático*, en un sentido amplio, es aquel que consiste en dar por justificada aquella interpretación de una norma legal que produce determinadas consecuencias que el intérprete considera favorables. En un sentido estricto, sin embargo, el argumento pragmático es aquel que en presencia de dos significados posibles de una norma, uno de los cuales le da efectividad y el otro la convierte en inútil, prefiere u opta por el primero de ellos.

k) *argumento por el absurdo*, que es aquel que justifica el rechazo de cualquier interpretación de una norma legal que conduzca a adjudicar a ésta consecuencias absurdas.

La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa.— En cuanto a la interpretación judicial de la ley, ya sabemos que se trata de aquella que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les está encomendada por mandato constitucional, y en virtud de la cual deben conocer y fallar los casos jurídicamente relevantes que se les someten en aplicación de las normas que el derecho legislado hubiere establecido sobre el asunto de que se trate.

Tal como convivimos en el capítulo sobre fuentes del derecho, los órganos jurisdiccionales *aplican* y a la vez *producen* derecho, puesto que, por una parte, hacen aplicación de la legislación que concierne a los casos de que conocen, y, por la otra, al adoptar una determinada decisión sobre tales casos, establecen una norma jurídica de carácter individual. Sin embargo, si la función de producción de derecho es la que aparece enfatizada en el caso del legislador, tratándose de los jueces es la dimensión de aplicación la que en cierto modo predomina sobre la de creación jurídica. Por lo mismo, los órganos jurisdiccionales son vistos habitualmente como órganos de aplicación del derecho, un punto de vista que puede ser compartido, a condición de que no se pierda de vista que se trata también de órganos que continúan el proceso de producción jurídica que a nivel del legislador discurre en un nivel más general.

En consecuencia, la interpretación que de las leyes hacen los jueces es una típica *interpretación operativa*, esto es, una interpretación que se efectúa para aplicar normas jurídicas preexistentes y para producir una nueva norma jurídica, aunque de carácter individual, que da solución al caso o asunto sometido a consideración del tribunal correspondiente.

De este modo, los materiales jurídicos previos al caso (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) que han de aplicarse por los jueces, o, más exactamente, el lenguaje en que esos materiales vienen expresados (lenguaje del constituyente, lenguaje del legislador, lenguaje de la autoridad ejecutiva o administrativa) reciben por parte del órgano aplicador una determinada interpretación que conduce al establecimiento de nuevos mate-

materia de interpretación constitucional juegan un papel de mucha mayor relevancia. Esto ocurre también en los ámbitos del derecho administrativo, del derecho penal, del derecho del trabajo, del derecho tributario, y, en general, en todas las ramas del derecho dotadas de autonomía y capaces de producir algunos principios que pueden llegar a tener gran importancia al momento de interpretar, comprender y aplicar las normas e instituciones jurídicas propias de cada uno de esos distintos ámbitos de regulación jurídica.

Tal es el caso, sin ir más lejos, del derecho penal, puesto que la interpretación de sus normas no puede perder de vista que el fin de toda ley penal es proteger determinados bienes jurídicos, tales como la vida, la libertad, la integridad física, la propiedad, la honra, etc., de modo que la correcta identificación y delimitación de tales bienes constituye siempre un apoyo indispensable para el intérprete. Además, determinados principios que rigen en el derecho penal moderno, especialmente los de legalidad e irretroactividad, tienen importantes efectos en todo lo que concierne a la interpretación de las leyes penales y a la integración de éstas.

Tratándose del derecho tributario, corresponde mencionar la facultad que tiene el Director de Impuestos Internos para interpretar administrativamente las leyes tributarias, así como para fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos, según lo establece el Art. 6 del Código Tributario. Por su parte, el Art. 2 establece que las normas de ese código sólo rigen para la aplicación e interpretación del mismo y de las demás disposiciones legales relativas a las materias de tributación fiscal interna que sean de la competencia del Servicio de Impuestos Internos, y que "de ellas no se podrán inferir, salvo disposición expresa en contrario, consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos, contratos o leyes".

En el caso del derecho del trabajo, por último, cabe señalar que por disposición del Art. 450 del código respectivo, "la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo". Esta interpretación, como la que llevan también a cabo otros servicios públicos, se llama "interpretación administrativa", y constituye una interpretación por vía de autoridad que es distinta de aquella que llevan a cabo el legislador y los jueces.

Los razonamientos interpretativos.— Los intérpretes de la ley, en particular los jueces, se valen también, comúnmente, de determinados argumentos que les permiten dar una justificación a las conclusiones a que llegan en su labor interpretativa. Siguiendo en esto a Jerzy Wroblewski y Francisco Javier Ezquiaga, podríamos presentar tales argumentos de la siguiente manera:

a) *argumento por analogía*, que es aquel por medio del cual la solución dada por la ley para un caso determinado se traslada a otro caso no previsto por la ley, aunque semejante a aquel que sí se encuentra previsto por ella.

La analogía jurídica es propiamente un método de integración del derecho y a ella nos referiremos más en extenso en la segunda parte de este capítulo;

b) *argumento a fortiori*, que es aquel en virtud del cual, dada una norma jurídica que establece una calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se concluye que tal calificación vale también para otro sujeto o clase de sujetos que merecen esa calificación con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos.

Por lo mismo, puede decirse que el argumento a fortiori es un procedimiento discursivo para justificar interpretaciones extensivas de una norma legal.

Ahora bien, el argumento a fortiori se manifiesta bajo dos formas: *ad maiori* y *a minori*. El primero es el argumento a fortiori aplicable a las calificaciones jurídicas ventajosas, como los derechos y las autorizaciones, mientras que el segundo es el argumento fortiori aplicable a las calificaciones desventajosas, como los deberes.

c) *argumento a contrario*, que es aquel por el que, dada una norma que establece una calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se concluye que tal calificación no vale para otro sujeto o clase de sujetos no expresamente mencionados o incluidos en la norma de que se trate.

Por lo mismo, puede afirmarse que el argumento a contrario es un procedimiento justificatorio de interpretaciones estrictas.

d) *argumento de principios*, que es aquel que procura justificar una determinada interpretación de un texto legal, o la solución dada a un caso no regulado por la ley, invocando principios jurídicos que puedan informar el respectivo ordenamiento jurídico.

3. ALGUNAS DOCTRINAS Y PUNTOS DE VISTA ACERCA DE LA INTERPRETACION DE LA LEY

Planteamiento inicial. Glosadores y comentaristas. La Escuela de la Exégesis. François Geny y el método de la libre investigación científica. Savigny y la Escuela Histórica. Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre. Tópica y jurisprudencia. Hans Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley. Alf Ross y la interpretación judicial de la ley. Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin. Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación judicial como interpretación operativa. Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo.

Planteamiento inicial.— Desde el siglo XV en adelante se han producido distintas doctrinas y puntos de vista acerca de la interpretación de la ley, en especial cuando es llevada a cabo por los jueces.

Algunas de esas doctrinas van más allá de la sola interpretación judicial de la ley y se extienden sobre la índole o naturaleza de la función jurisdiccional, sobre la interpretación de la ley fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional e, incluso, alcanzan a la interpretación de la ley en el marco más general de determinadas concepciones acerca del derecho, de la ciencia del derecho y de las fuentes por medio de las cuales el derecho se produce y se manifiesta. Con todo, y ya sea que se trate de doctrinas sobre la interpretación de la ley por parte de los jueces, o sobre la naturaleza de la función jurisdiccional, o sobre la interpretación de la ley y del derecho en general, o sobre la idea del derecho, de la ciencia del derecho y de las fuentes del derecho —o sobre todas esas cosas a la vez con distintos énfasis—, las doctrinas que presentaremos a continuación tienen todas alguna importancia para la comprensión que podamos conseguir acerca de qué hacen los jueces cuando aplican las leyes a los casos de que conocen e interpretan los textos en que las leyes se sustentan.

Por otra parte, cabe advertir que la interpretación de la ley no es la única actividad que realizan los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional. Además de interpretar las leyes, los jueces fijan e interpretan los hechos de cada causa y dan a las prue-

bas de tales hechos una determinada ponderación o valor, establecen luego relaciones entre los hechos probados y las normas que les resultan aplicables, y concluyen con una decisión justificada para cada caso de que conocen. Sin embargo, la aplicación e interpretación de las normas legales al caso de que se trate, así como los razonamientos que los jueces hacen para establecer el sentido y alcance de las leyes y las argumentaciones de que se valen para informar acerca de la interpretación que han efectuado en un caso dado y para justificar la decisión finalmente adoptada, constituyen una parte muy importante de esa actividad dinámica, compleja y difícilmente escindible que es el ejercicio de la función jurisdiccional.

Cabe advertir que en lo que sigue presentaremos sólo algunas de las doctrinas y puntos de vista acerca de la materia que nos interesa en este instante, aunque con la siguiente prevención. Algunas de esas doctrinas y puntos de vista pretenden únicamente *describir* la interpretación de la ley, en especial por los jueces, mientras que otras adoptan una posición *prescriptiva* al respecto. Esto quiere decir que algunas de tales doctrinas aspiran a *describir* qué es lo que hacen efectivamente los jueces cuando interpretan las leyes y las aplican a los casos que conocen, en tanto que otras *prescriben* lo que los jueces deberían hacer en tales circunstancias. Un ejemplo de doctrina descriptiva es, por ejemplo, la de Alf Ross, en tanto que la Exégesis nos parece una doctrina prescriptiva.

Glosadores y comentaristas.— Esta es la denominación que acostumbra darse a los juristas medievales que en el siglo XV elaboraron toda una teoría de la interpretación de los textos legales, teniendo como base los textos romanos conservados en el *Corpus Iuris* de Justiniano.

Glosadores y comentaristas distinguieron entre el *tenor literal* de la ley y el *sentido* de la ley, entendiendo por tenor literal las palabras por medio de las cuales la ley se manifiesta externamente y por sentido el pensamiento que el autor de la ley quiso expresar por medio de tales palabras.

De acuerdo con esa distinción, los juristas medievales entendieron que la meta de la actividad interpretativa era la determinación del sentido de la ley, aunque lo primero que había que aclarar para establecer ese sentido era lo concerniente a las pa-

riales jurídicos. En efecto, como advierte Rolando Tamayo, "el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, decide, a su vez, el curso de la creación jurídica subsecuente del derecho". Por lo mismo, la interpretación judicial de la ley "se traduce en actos o voliciones cuyo resultado son los materiales jurídicos que completan un cierto sistema de normas jurídicas".

En ello radica toda la importancia que tiene la interpretación judicial de la ley, porque si bien ella es una exigencia del proceso de aplicación de ésta, conduce también a la producción de nuevas normas jurídicas.

Ello explica, asimismo, que las decisiones judiciales, en especial aquellas de mayor relevancia, como es el caso de las sentencias, tengan que ser justificadas por el juez que las dicta, justificación que debe alcanzar también al sentido y alcance que el juez de la causa fije para las normas aplicables al caso como resultado de la interpretación de éstas.

Los argumentos que justifican una decisión judicial relevante conciernen a algo más que al modo como el juez interpreta las normas legales en juego. Dicha interpretación, como es obvio, alcanza también a los hechos de la causa y a la prueba de éstos. Sin embargo, una parte importante de los argumentos judiciales se refieren comúnmente al modo como el juez ha interpretado las normas aplicables al caso. Por lo mismo, y tal como dijimos antes, la *argumentación jurídica* es más amplia que la *argumentación interpretativa* relativa a las normas, aunque ésta ocupa un lugar muy destacado en aquélla, especialmente cuando se trata de la argumentación interpretativa que de las normas llevan a cabo los jueces.

En ocasiones la o las normas aplicables, como asimismo la comprobación de los hechos del caso, no merecen al juez ninguna duda, de modo que su labor resulta tan fácil como dar por establecidas las premisas normativas del caso, comprobar que éste cabe en el marco de tales premisas y trasladar al caso de que se trate la conclusión prevista en las correspondientes premisas normativas. En otras palabras: establecida con claridad tanto la premisa fáctica como la premisa normativa, la conclusión se obtiene por medio de un simple proceso de tipo deductivo. A este tipo de justificación se la suele llamar *justificación interna*, porque está relacionada, precisamente, con la

racionalidad interna de la decisión jurídica. Por tanto, como dice Wroblewski, "una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas, dándose en tal caso por supuesta la validez de las premisas utilizadas."

Dicho tipo de justificación —razona ahora Atienza— "sólo es suficiente cuando ni la norma o normas aplicables ni la comprobación de los hechos suscitan dudas razonables", lo cual quiere decir que "la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación para los casos fáciles o rutinarios".

Sin embargo, en la vida jurídica, y sobre todo en la práctica judicial, no se dan únicamente casos fáciles o rutinarios, sino que, con cierta frecuencia, surgen los llamados "casos difíciles", que son aquellos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la fáctica resulta una cuestión problemática para el juez, motivo por el cual éste tiene que ofrecer razones a favor de las propias premisas —premisas que no pueden ser simplemente supuestas—, razones que, además, no tendrán ya un carácter puramente deductivo. Así, a la justificación que tiene por finalidad mostrar el fundamento de las premisas se la llama *justificación externa*.

Tal como dice Wroblewski, "la justificación externa se relaciona con la racionalidad externa de la decisión". Por tanto, "una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación". Y como añade por su parte Atienza, "en los así llamados 'casos difíciles', la tarea de argumentar a favor de una decisión se centra precisamente en la justificación externa. La justificación interna sigue siendo necesaria, pero no es ya suficiente y pasa, por así decirlo, a un segundo plano de importancia".

En los casos difíciles, por tanto, no basta la justificación interna de la decisión judicial, es decir, no basta con mostrar coherencia entre las premisas utilizadas por el juez y la conclusión adoptada finalmente por éste, sino que es preciso, además, que el juez de razones convincentes a favor de las propias premisas.

claraban "Yo no conozco el Derecho Civil; yo sólo enseño el Código de Napoleón", y "El derecho es la ley escrita".

Por otra parte, los códigos como cuerpos normativos dictados de una sola vez para toda una clase de materias o para un determinado sector de regulación jurídica –por ejemplo, el derecho civil–, favoreció la idea de que el ordenamiento jurídico tenía caracteres de *complitud* (ausencia de lagunas) y de *coherencia* (ausencia de contradicciones). Todavía más, quienes redactaron los códigos de la época creyeron seriamente que éstos producirían la felicidad de los pueblos. Incluso Jean Etienne Marie Portalis, el habitualmente medido redactor del discurso preliminar del Código Civil francés, no obstante las lúcidas advertencias que hace en ese discurso para frenar los excesos en que de todas formas incurrirían los partidarios de la Exégesis, llegó a decir que "las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlas, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio". Por tanto, "buenas leyes civiles son el más grande bien que los hombres pueden dar y recibir; ellas son el origen de las costumbres, el palladium de la prosperidad, la garantía de toda paz pública y verdadera".

Establecidos tales presupuestos, se comprenderá que la Exégesis haya desarrollado una profunda desconfianza en los intérpretes de la ley, sean éstos juristas o jueces. Nada mejor para ilustrar esa desconfianza que la frase que se atribuye a Napoleón y que éste habría hecho en presencia de los primeros comentarios al Código Civil de 1804: "Mi Código está perdido". Como apunta sobre el particular Sebastián Soler, dicha frase no debe ser tomada como puramente expresiva de un talante autoritario y arrogante, sino que ella importa mucho más como testimonio de una concepción jurídica dominante en aquella época. Una concepción que puede explicar, asimismo, la conocida frase de Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno de 1856 –"El juez es esclavo de la ley"–, o las expresiones de otro jurista francés de la época en el sentido de que "en jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad que la razón o equidad de la ley".

En punto a la función jurisdiccional y al cometido de los jueces al momento de aplicar e interpretar las leyes, las ideas de la Exégesis fueron las siguientes:

a) la judicatura no es un órgano de producción jurídica, sino de aplicación jurídica, de donde se sigue que los jueces no crean derecho, sino que meramente aplican el derecho previamente establecido por el legislador;

b) para aplicar las leyes los jueces deben interpretarlas, aunque la meta de la interpretación judicial de la ley consiste en reconstruir la voluntad histórica que el legislador depositó en ésta al momento de producirla;

c) una vez determinados los hechos del caso y localizada la ley que corresponda aplicar a éste, los jueces deben trasladar al caso las consecuencias previstas por la ley, tal y como las hubiere consagrado el legislador;

d) con el propósito de que los jueces, con el pretexto de interpretar las leyes, no traicionen la voluntad del legislador, es preciso regular minuciosamente la tarea interpretativa que llevan a cabo los jueces, dando preeminencia entra tales reglas a aquellas que tengan que ver con las palabras de la ley o con las meras conexiones lógicas que las normas de una misma ley puedan guardar entre sí o con otras leyes del mismo ordenamiento, particularmente si versan sobre la misma materia.

"La interpretación es concebida así por la exégesis –dice Radbruch– como un método totalmente empírico tendiente a establecer hechos, esto es, los pensamientos realmente pensados por ciertos hombres; se trata, entonces, de repensar (por los jueces) algo ya pensado antes (por el legislador)". Es por eso que Baudry-Lacantinerie, fiel representante de esta escuela o método, pudo escribir lo siguiente: "La ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley, no ésta la que regiría el medio".

A la base de tales ideas está, como advertimos, el principio político de la separación de poderes, que Montesquieu describió del siguiente modo: "Cuanto más se aproxima un gobierno al régimen republicano, tanto más uniforme llega a ser la manera de juzgar. Es de esencia en la constitución del gobierno republicano el que los jueces se atengan a la letra de la ley. Y no

labras de la ley interpretada. Y en cuanto a cómo debían ser entendidas las palabras y las frases de la ley, glosadores y comentaristas manifestaron que el *sentido propio* de un término, esto es, aquel que le hubiere dado el autor de la ley, debería prevalecer sobre el *sentido impropio*, o sea, sobre el sentido proveniente del uso común de los términos.

Los juristas medievales distinguieron también la *razón* de la ley como algo diverso del *sentido* de ésta, puesto que si el sentido de una ley se vincula estrictamente al pensamiento y a la voluntad del legislador, la razón de la ley es algo más complejo que concierne a la finalidad buscada con ésta. Alejandro Guzmán explica bien la diferencia entre ambos elementos, así como la que existe entre cada uno de ellos y el tenor literal de la ley, valiéndose de las siguientes palabras: "La diferencia es conceptualmente clara, en la misma medida en que hay diferencia entre lo que alguien pensó en decir (*sensus*) y por qué o con qué finalidad lo dijo (*ratio*), a lo que podemos agregar el tercer elemento, a saber, cómo lo dijo (*littera*)."

Los mismos juristas medievales plantearon también la cuestión de cómo conocer la razón de una ley y debatieron acerca de si lo que el intérprete debe respetar son, ante todo, las palabras de la ley, aun cuando se vulnere la razón de ésta, o si debe preferir la razón de la ley sin importar que se vulnere las palabras de ésta.

Del mismo modo, distinguieron entre la equidad como un cierto sentimiento que acerca de lo justo puede desarrollar el juzgador frente a un caso dado, y la equidad transformada en preceptos que es necesario respetar. Esta distinción, que no es otra que la que existe entre *equidad* y *derecho*, o sea, entre lo que se siente como justo y lo que se encuentra formalmente establecido como justo, condujo también a los glosadores y comentaristas a tener una clara conciencia de los conflictos que pueden producirse entre equidad y derecho establecido. Uno de ellos, Martino Gosia, distinguió entre la interpretación que de la ley hace el legislador, que es general y necesaria, de la que lleva a cabo el juez, que es necesaria y no general, y de la que practican los juristas, que no es ni necesaria ni general, entendiendo aquí por "necesidad" el carácter obligatorio de la interpretación y por "generalidad" el ámbito de personas a quienes se aplica la interpretación que de la ley se hubiere efectuado. Esta distin-

ción favoreció la idea de que el legislador no es la única autoridad llamada a interpretar las leyes.

La Escuela de la Exégesis.— La formación del Estado moderno, sobre la base del principio de la separación de los poderes y con la idea consiguiente de un legislador racional que expresa en forma clara su pensamiento normativo a través de cuerpos legales exhaustivos y exentos de contradicciones, llamados códigos, dieron lugar a la *Exégesis*, que algunos presentan como una escuela, otros como un método y otros, en fin, como un simple estilo de interpretación de la ley, caracterizado por atenerse al texto de ésta como única o principal referencia para establecer la voluntad que debe primar a la hora de interpretar y aplicar las leyes: la voluntad del legislador.

Especial importancia en el desarrollo de esta escuela tuvo la promulgación del Código Civil francés de 1804, llamado Código Civil Napoleónico, a raíz de que fue redactado por una comisión especial designada por el propio Emperador.

Esta doctrina parte de la base de que no hay otro derecho que el que se produce y unifica a partir del Estado y de sus órganos, creencia que conduce a considerar que la ley es la única fuente del derecho, de manera que las demás fuentes formales son sólo fuentes *aparentes* o, en el mejor de los casos, fuentes *subordinadas* a la ley, de donde se sigue que las decisiones de los jueces deben derivar también, única y exclusivamente, de la ley. Si los tratadistas o los jueces hicieran el derecho —sostenía Laurent en tiempos de la Exégesis— "usurparían el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo".

En consecuencia, las fuentes formales distintas de la ley, como acabamos de señalar, en especial la costumbre jurídica, son sólo fuentes aparentes, o bien fuentes subordinadas a la ley, tal como lo muestra, sin ir más lejos, el Art. 2 del Código Civil chileno, cuerpo legal éste que fue redactado a mediados del siglo XIX bajo la influencia entonces predominante de los postulados de la doctrina de la Exégesis.

La idea de que la ley es la única fuente del derecho, o, lo que es lo mismo, la idea de que el legislador monopoliza la producción del derecho, se ve claramente reflejada en dos autores de la época inmediatamente posterior a la de la entrada en vigencia del Código Civil de 1804 —Bugnet y Liard—, quienes de-

antes identificados. En consecuencia, para descubrir la voluntad del legislador es necesario a veces recurrir a elementos extraños al texto mismo de la ley, tales como los trabajos preparatorios que puedan haber precedido al texto de la ley, las finalidades perseguidas por ésta e, incluso, las circunstancias sociales y económicas para las cuales la ley fue dada.

Así las cosas, puede decirse que Geny compartió el *respeto* a la ley, mas no el *culto* ni menos el *fanatismo* legales en que incurrieron los partidarios de la Exégesis, advirtiendo que las leyes se dictan en un determinado momento y en vista de unas determinadas necesidades, en tanto que la vida sigue su curso y transforma las instituciones.

Siguiendo en esto el resumen que acerca de las ideas de Geny ofrece Adolfo Carvallo, si la ley es clara debe ésta ser aplicada por el juez, siempre que no hayan variado las condiciones sociales. Si dichas condiciones han variado, se trata de una situación que el legislador no consideró y que deja al juez en situación de averiguar por sí mismo cuál es la norma aplicable, haciendo en tal caso acto de legislador. Si la ley es oscura, es preciso buscar la voluntad del legislador haciendo ciertamente un análisis gramatical y lógico del texto legal, aunque recurriendo también a otros factores o elementos, tales como trabajos preparatorios. Y si no hay ley, el juez recobra su entera libertad y hace, todavía con mayor propiedad, acto de legislador.

En consecuencia, el llamado "método de la investigación científica" propiciado por Geny no es un método de *interpretación* de la ley, sino uno de *integración* de ésta en caso de lagunas. En efecto, a falta de ley que regule el caso, y luego que ni la costumbre, ni la doctrina ni los precedentes consigan proporcionar al juez la solución del caso, éste debe integrar la ley ateniéndose a cuatro tipos de datos, a saber, *reales*, *históricos*, *racionales* e *ideales*.

Los datos reales se refieren a las condiciones económicas, políticas y sociales en medio de las cuales el juez debe adoptar su decisión integradora. Los datos históricos están constituidos por la tradición, es decir, por la autoridad de ciertas prácticas y usos que prevalecen en la sociedad de que se trate. Los datos racionales son ciertos principios éticos que se consideran válidos en sí mismos y que harían parte de lo que tradicionalmente ha sido llamado "derecho natural". Y los datos ideales son los

finés que el legislador se propuso alcanzar y que deben presidir toda futura modificación del derecho.

Todos esos datos deben ser tomados en cuenta por el intérprete para poder resolver el problema. No pueden ser desconocidos por el intérprete, porque si son desconocidos, entonces ya su solución no será una solución científica, sino una puramente ocasional y subjetiva.

Ahora bien, Geny llama a su método "libre investigación científica" por las siguientes razones: *libre*, porque cuando el juez emplea ese método no está sujeto a ninguna autoridad positiva, en particular a la autoridad del legislador; y *científica*, porque la decisión del juez no es pura discrecionalidad arbitraria o caprichosa, sino una solución obtenida de la investigación y uso combinado de las cuatro clases de datos que fueron señalados, datos que, por lo demás, pueden ser conocidos por el intérprete gracias al aporte de diferentes ciencias. Así, la ciencia jurídica permite conocer los datos ideales; la historia los datos históricos; la economía y otras ciencias sociales los datos reales; y la razón los datos racionales.

Savigny y la Escuela Histórica.— La denominada Escuela Histórica surgió en Alemania como resultado de la obra de Friedrich Karl von Savigny, quien, muy lejos también de las ideas de la Exégesis, sostuvo que el derecho no es el producto deliberado de la razón o de la voluntad humana, sino un producto de lo que él llamó el "espíritu del pueblo". De este modo, cada pueblo estaría dotado de un espíritu que le es propio, y del que surgen, lo mismo que las costumbres, el folklore y la religión de ese pueblo, su derecho.

Las concepciones acerca del derecho a las que se opuso Savigny fueron aquellas que, al modo de la Exégesis, consideraban que el derecho era una creación libre y voluntaria que el legislador del momento podía llevar a cabo con entera independencia del derecho que hubiere regido en el pasado. Para Savigny, en toda sociedad existe una indisoluble comunidad con el pasado, de modo que "cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas". De este modo, el derecho no puede ser creado por el solo arbitrio de quienes detentan el poder legislativo, de espaldas a la tradición, sino en íntima conexión con ésta.

hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse una ley, cuando de sus bienes, su honor o su vida se trate”.

Cabe destacar, por lo mismo, que a la base de las ideas que la Exégesis profesó acerca del papel de jueces y legisladores en la creación y en la aplicación del derecho hay un postulado político favorable a la soberanía popular, que encarnaba en la figura del legislador, antes que una mera expresión de desconfianza en los jueces.

Portalís explica bien esa idea cuando dice que “en los Estados despóticos, donde el príncipe es propietario de todo el territorio, donde todo el comercio se hace a su nombre y beneficio, donde los particulares no tienen ni libertad ni voluntad ni propiedad, hay más jueces y verdugos que leyes”. En cambio, “doquiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles, allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible la existencia de un buen número de leyes para hacer frente a todo”. De este modo, Portalís ve en las leyes una manera de otorgar garantías a los ciudadanos en lo que concierne a sus distintas esferas de intereses.

Por otra, el mismo autor, a diferencia de los excesos en que incurrieron la mayoría de los partidarios de la Exégesis, advirtió que sería ilusorio e inconveniente “prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez”. Y añadió: “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples, y sus relaciones tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo”. En suma —concluyó—, “multitud de cosas han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces”.

François Geny y el método de la libre investigación científica.—Descontadas las prevenciones de Portalís en su discurso preliminar del Código Civil francés, cuya lectura se recomienda para percibir cómo los exégetas fueron más lejos que quienes intervinieron en la preparación misma de los códigos, la primera crítica sistemática y contundente a la Escuela de la Exégesis provino de otro autor francés —François Geny—, quien publicó en 1899 su conocida obra “Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”.

En la primera parte de esa obra —a nuestro entender la más lograda—, el autor antes mencionado hace la crítica del método de la exégesis, mientras que en la segunda y última propone la doctrina que a su entender debía sustituir a dicho método.

Geny advierte que la Asamblea Constituyente se apoderó en Francia de las ideas de Montesquieu y de los juristas de la Exégesis, expresándolas, sobre todo, en los decretos relativos a la organización judicial de la época, y cuyo espíritu parece haber sido el de que “los tribunales debían limitarse a aplicar la ley sin poder incluso interpretarla en caso de dificultad real y sería en cuanto a su extensión”.

Así se aprecia, por ejemplo, en la institución del árbitro legislativo, por medio de la cual se facultaba a los jueces, y en algunos casos directamente se les obligaba, a remitir al legislador la resolución de cuestiones jurídicas que les merecieran dudas.

Algo similar se aprecia en la organización dada en Francia al tribunal de casación, al que se concibió como una especie de vigilante de la interpretación de las leyes por parte de los jueces, situándose a dicho tribunal, desde el punto de vista institucional, más cerca del poder legislativo que del judicial. El sentido de la disposición que estableció el tribunal de casación —comenta Geny— es que éste “no formase parte, verdaderamente, del Poder Judicial, sino lugar separado y más alto que éste, algo así como una prolongación del Legislativo, el cual delega en él en cierto modo para el efecto de vigilar, de fiscalizar, de inspeccionar, como llegó a decirse, la aplicación de la ley”.

En cuanto al origen del derecho, Geny no lo vio en la sola voluntad del legislador, sino en la interacción entre datos reales, históricos, racionales e ideales, de los cuales los datos racionales son los preponderantes. Es por ello que el autor afirma del derecho que se trata de “una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza”.

Por su parte, la ley escrita, si bien ocupa el primer lugar entre las fuentes, no puede ser considerada como la única fuente del derecho, de modo que *derecho* y *ley*, a diferencia de lo propiciado por la Exégesis, no pueden equipararse. Además, la ley escrita es para Geny simplemente el instrumento técnico por medio del cual se fija y otorga mayor certeza a las normas jurídicas resultantes de la elaboración científica, una elaboración que se produciría por conjunción de los cuatro tipos de datos

un punto de vista formal como material. En el caso concreto de los jueces, es efectivo que Savigny no desconoce la importancia, como él dice, de contar con “magistrados loables”, con “magistrados de probidad experimentada”, aunque manifiesta un evidente recelo ante la moderación que puedan mostrar los jueces cuando la legislación les deja alguna latitud para determinar a qué fuente del derecho han de recurrir para decidir los casos de que conocen, y, asimismo, un no menos notorio escepticismo en las posibilidades de que un tribunal de casación consiga moderar y uniformar la práctica judicial.

Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre.— En su libro *La lucha por la ciencia del derecho*, de 1906, este autor postula el concepto de “derecho libre” y ofrece una idea de la aplicación judicial del derecho que se aparta sobremanera de la visión tradicional del tema.

De partida, lo que Kantorowicz se propone es explicar lo que los jueces hacen efectivamente cuando interpretan y aplican el derecho. Por tanto, puede decirse que lo que él propone es una explicación acerca de la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces y no pautas o reglas acerca de cómo los jueces deberían realizar su tarea. Se trata, entonces, de una *teoría* de la interpretación y no de una *ideología* de la interpretación.

Respecto de lo que el autor llama “derecho libre”, se trata de un derecho positivo, lo mismo que el estatuido por los órganos del Estado, aunque se diferencia de éste por ser un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo en la sociedad, un derecho instalado en las convicciones de las personas, una especie de suelo —en fin— en que se apoyan las creaciones jurídicas del Estado. Como se ve, el parentesco de esa idea con la del derecho popular de Savigny es bien evidente, aunque sólo en cuanto se relativiza o rebaja la importancia del derecho legislado producido por órganos del Estado, puesto que el derecho libre de Kantorowicz, a diferencia del derecho popular de Savigny, da más importancia al individuo que a la sociedad y privilegia lo que el juicio individual hace aparecer a cada cual como derecho en un lugar y tiempo dados.

Como prueba de la existencia del derecho libre, Kantorowicz menciona la experiencia de un viajero en país extranjero. Ese viajero puede llegar a familiarizarse, a poco andar, con la len-

gua, la historia, el arte y las costumbres del pueblo que visita, pero ni en sueños se le ocurriría abrir los códigos del país para conocer su derecho, porque ese derecho, en verdad, vive libremente en las opiniones que el juicio de cada cual presenta como derecho y no como mera arbitrariedad o conveniencia.

Desplazando luego su atención al tema de la interpretación judicial del derecho, el autor señala que los criterios o elementos tradicionales de la interpretación de la ley son en gran medida ficticios, porque se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que existe un legislador que tiene exactamente los mismos deseos del intérprete que utiliza esos elementos. En consecuencia, no se trata de buscar la voluntad del legislador, sino de emplear los procedimientos que se inspiren en la voluntad de conseguir el resultado deseado por el intérprete. Por lo mismo, lo que hace de hecho el intérprete de una ley es escoger entre las premisas posibles de su decisión aquéllas que le conducen a la conclusión deseada.

En suma: los jueces resuelven los litigios por medio de actos de *voluntad*, no de *conocimiento*, y la alusión a determinados criterios como sustento de sus fallos —propiciada por la doctrina tradicional— no pasa de ser un disfraz con el cual se esconden las verdaderas motivaciones del juez y se procura dar prestigio a lo que éste resuelve. Así, Kantorowicz sostiene que Bartolo, a quien él considera uno de los grandes juristas de todos los tiempos, dictaba primero la parte resolutive de sus razonamientos jurídicos y ponía luego a su amigo Trigrinio a buscar los pasajes aplicables del *Corpus Iuris*.

Según Kantorowicz, la doctrina tradicional de la interpretación, que afirma la idea de que juristas y jueces basan todas sus opiniones y decisiones en la ley, hace comparable la tarea de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia de los tribunales a la teología, puesto que esta última reconduce también cada pregunta a los pasajes de las sagradas escrituras donde siempre es posible hallar una respuesta. Sin embargo, lo que de verdad ocurre en el caso de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia de los tribunales es un acto de voluntad del actor. “La deducción lógica— como explica Rolando Tamayo— no pasa de ser una mera apariencia: no está al servicio de la verdad, sino del interés”.

Eugen Ehrlich, jurista próximo a las ideas de Kantorowicz, sostiene también que la interpretación conduce a un acto de deci-

No se trata de conferir al derecho del pasado un carácter absoluto o estático, esto es, inmodificable, sino de advertir que todo cambio en el derecho tiene que tomar en cuenta la continuidad histórica que según Savigny tiene cada pueblo. Por lo mismo, su doctrina no responde a una visión estática del derecho ni a una negación de todo valor al cambio en el derecho, sino a la convicción de que el cambio y el progreso jurídicos no pueden ser conducidos por la sola voluntad de quien tiene en un momento dado la competencia para producir las leyes.

Por tanto, el papel del legislador no es propiamente el de creador del derecho —puesto que éste emana del espíritu del pueblo—, sino el de quien está llamado a revestir al derecho de los signos exteriores del lenguaje y a conferirle una autoridad cierta, con lo cual queda en claro que la ley —equiparada con el derecho por los exégetas— cumple para el jurista alemán una finalidad subsidiaria respecto del derecho: exteriorizarlo y dotarlo de certeza.

Pero si la Escuela Histórica restó importancia a la figura del legislador, no hizo lo mismo con la figura de los juristas, puesto que consideró que junto al *derecho popular*, es decir, junto al derecho que emana del espíritu del pueblo, existe un *derecho científico*, producto este último de la actividad que desarrollan los juristas. Para Savigny, los juristas, por obra de los fenómenos culturales de la especialización y de la división del trabajo, representan de algún modo al pueblo del cual forman parte y facilitan el acceso de la comunidad a los complejos conceptos e instituciones jurídicas.

Por otra parte, el papel de los juristas consistiría en percibir el derecho y traducirlo en forma lógica, determinando de manera rigurosa y detallada tanto los principios como los preceptos jurídicos, aunque Savigny advirtió también que la labor que ejecutan los juristas revierte en cierto modo sobre el derecho mismo, de donde resulta que esa clase de personas está llamada tanto a *exponer* como a *desenvolver* el derecho vigente.

En síntesis: la afirmación de Savigny en el sentido de que el derecho nace y vive “en la conciencia común del pueblo en cuanto contemplación concreta de las instituciones jurídicas”, vale sólo durante esa etapa de la evolución social que el autor llama “época juvenil” de los pueblos, caracterizada porque en ella “la unión nacional es íntima y la conciencia de la misma general-

mente divulgada, no empañada todavía por las diferencias de la formación individual”. Sin embargo, en toda comunidad nacional, vista en el decurso de todas sus etapas de desarrollo, es posible constatar que la cultura de sus miembros se vuelve cada vez más heterogénea, llevándose entonces a efecto una delimitación más precisa de los conocimientos y de las profesiones. Ahora bien, esta diversidad y consiguiente multiplicidad de las profesiones que se dan en la comunidad, trae consigo una suerte de segregación de las ocupaciones y oficios y la constitución de una clase especial: los peritos del derecho.

Esa escisión que se lleva a cabo en el seno de la sociedad dificulta la producción del derecho que descansaba hasta entonces en la conciencia común del pueblo, a la vez que obstaculiza el conocimiento de un derecho en permanente e intrincada efusión. Ahora bien, es a los juristas, precisamente, a quienes, según Savigny, corresponde venir en auxilio de la comunidad a la cual pertenecen, para aliviar la obstrucción que experimenta la producción del derecho a partir del espíritu del pueblo, lo mismo que para organizar el conocimiento del derecho vigente.

En consecuencia, Savigny ve en el legislador, y sobre todo en los juristas, aunque no en los jueces, el factor decisivo para la evolución y progreso del derecho, y no es extraño, por lo mismo, que uno de sus libros se titule *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*.

A Savigny se debe también la primera mención sistemática de los cuatro elementos tradicionales de la interpretación de la ley. En su obra “Sistema de derecho romano actual” reivindica ciertamente el elemento histórico de interpretación, aunque no desconoce, ni menos desdeña, la utilización de los que él considera elementos *complementarios*, a saber, el gramatical, el lógico y el sistemático.

Es comprensible que en el marco de las ideas antes expuestas Savigny se mostrara contrario a la codificación del derecho y que, desconfiando del legislador y dispensando escasa atención a la labor de los jueces, depositara finalmente su confianza en la labor de los juristas. Su libro *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* es una fuerte crítica al proceso codificador que había tenido lugar en algunos países de Europa central, y, en particular, un análisis implacable de los defectos que, en su opinión, mostraba el Código Civil francés de 1804 tanto desde

Ahora bien, a las conclusiones dialécticas y retóricas Aristóteles las llamó *topoi*, esto es, "tópicos", a los que consideró como "puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad".

Lo más relevante en la tóptica es que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema, en el sentido de que lo que se procura es que las conclusiones giren alrededor de los problemas. Ella parte de la base que los problemas se presentan de una manera tan inevitable como acuciante y muchas veces se tiene ante ellos la sensación de que falta un camino para salir del problema. "La tóptica —dice Viehweg— pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse a fin de no quedar detenido sin remisión. Es, por tanto, una técnica del pensamiento problemático."

¿Pero qué es un problema o cuándo podemos decir que estamos frente a un problema?

Viehweg responde que puede llamarse problema a "toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución".

La sola definición de *problema* propuesta por Viehweg ilumina bastante acerca de la importancia que una técnica del pensamiento problemático puede tener en el trabajo de los jueces, puesto que éstos también encaran cuestiones que es preciso tomar en serio y que a primera vista admiten más de una respuesta, y a las que, sin embargo, los jueces tienen que responder con una única y determinada solución.

La dirección del pensamiento *problemático* es lo contrario a la del pensamiento *sistemático* y su finalidad es alcanzar un catálogo de tópicos, o sea, una colección de argumentos usualmente admitidos que faciliten la respuesta que es preciso dar a los problemas. Por otra parte, si es posible formar colecciones de tópicos utilizables para toda clase de problemas, también es posible formar catálogos de tópicos aplicables a una determinada rama del saber, por ejemplo, la jurisprudencia. En todo caso, la función de los tópicos, sean éstos generales o especiales, consiste en servir a una discusión de los problemas, de modo que de-

ben ser entendidos de una manera funcional, o sea, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.

Viehweg es de opinión que el pensamiento tópico estuvo presente entre los propios juristas romanos, quienes, en palabras de Savigny, entendieron que "un caso cualquiera es el punto de arranque de toda la ciencia", viéndose impulsados no a ordenar el caso dentro de un sistema previamente dado, sino más bien a ejercer sus propias discusiones.

Tratándose luego de la Edad Media, Viehweg estima que glosadores y comentaristas utilizaron también el pensamiento tópico. Así, "de la jurisprudencia medieval puede decirse lo mismo que del *ius civile*", a saber, "que se orientaba hacia el problema y que tenía, por tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello".

La tóptica ha prestado así grandes servicios a la jurisprudencia, aunque una jurisprudencia basada en la tóptica es únicamente un *estilo* y no alcanza a convertirse en un *método*, puesto que —dice Viehweg— "sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentación, es decir, un sistema deductivo".

Ahora bien, establecido que la tóptica es sólo un estilo, surgen dos posibilidades: intentar convertir ese estilo en un método, caso en el cual se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de una ciencia porque sus conceptos y sus proposiciones forman un conjunto unitario de definiciones y de fundamentos, o prescindir de un intento semejante, conservando el estilo como tal y haciéndolo objeto de una ciencia.

Si aplicamos lo anterior a las disciplinas jurídicas, significaría que, en el primer caso, se procura científizar la técnica jurídica, mientras que, en el segundo, se la hace simplemente, tal como es, objeto de una ciencia. Ello quiere decir que hay dos maneras de constituir una ciencia del derecho: transformando en método lo que es puramente un estilo, o bien dejando que el estilo siga siendo lo que es y pensando científicamente sobre él. Y la conclusión de Viehweg a este respecto es que en el ámbito del derecho se prefirió el primero de tales caminos, o sea, se sustituyó el estilo por el método, la tóptica por el sistema. La elección de ese camino, dice el autor, en la medida que "corres-

sión, no de razón, y que esta verdad es habitualmente oscurecida porque jueces y juristas, cuando resuelven una controversia u opinan sobre ella, pretenden justificar su decisión u opinión invocando artículos de una ley, principios o reglas de argumentación.

Como escribe a este respecto Antonio Hernández Gil, quien presenta el punto de vista del autor desde una perspectiva más prescriptiva que descriptiva, quizás si el punto en que cobran más trascendencia las ideas de Kantorowicz sea el relativo a la aplicación judicial del derecho: "El juez goza de una libertad absoluta: no está sujeto a la ley, sino fuera de su campo de acción. Cuando la ley contenga una solución cierta, el juez no debe dedicarse a investigar la voluntad del legislador, como propugnaba el método tradicional, sino que ha de resolver conforme a la regla que el legislador, según su firme convencimiento, habría adoptado". Sin embargo, un planteamiento como ese es desmentido por otros comentaristas de Kantorowicz, como es el caso de A. L. Goodhart, quien en su Introducción al libro de Kantorowicz, *La definición del derecho*, se extiende sobre lo que él considera los errores a que condujo la expresión "derecho libre" y sobre la reacción incluso airada que Kantorowicz tuvo con algunos juristas que, apoyándose en sus planteamientos, propiciaron un realismo jurídico extremo.

Conviene señalar, por último, que las ideas jurídicas de Kantorowicz, como lo ponen de manifiesto algunos de sus comentaristas, fueron adoptadas y aplaudidas por el régimen nacionalsocialista alemán. Desde luego que la intención del autor no fue ir en esa dirección, de modo que la utilización política que se hizo de sus ideas no es responsabilidad suya. Más aún: Kantorowicz fue perseguido por el nacionalsocialismo a causa de sus opiniones sobre las causas de la primera guerra mundial, sobre la política de Bismarck y sobre los propios postulados del nacionalsocialismo.

Sin embargo, puede comprenderse perfectamente que los ideólogos del nacionalsocialismo miraran con interés y entusiasmo una doctrina jurídica que apelaba a un derecho implícito en las convicciones o en el sentimiento del pueblo y que apreciaba la figura del juez como la de alguien que podía moverse con extrema facilidad, puesto que ello encajaba bien con el mito de una supuesta superioridad racial del pueblo alemán y con la tendencia a imponer decisiones políticas sin importar si con és-

tas se lesionaba la seguridad jurídica de los grupos a los cuales se procuraba reprimir o eliminar.

Tópica y jurisprudencia.— Otro planteamiento que vale la pena conocer a propósito del tema que nos ocupa es el que hace Theodor Viehweg acerca de la aplicación que puede tener en la actividad de los intérpretes del derecho, y en especial en los jueces, lo que este autor llama *pensamiento tópico*, o *pensamiento problemático*.

Si bien Viehweg trata del pensamiento tópico en la jurisprudencia, entendida esta última como sinónimo de ciencia del derecho y no como resultado de la actividad que realizan los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo cierto es que el tipo de pensamiento que describe el autor constituye una técnica que también puede encontrar aplicación en la tarea que corresponde llevar a los jueces cuando conocen y resuelven casos concretos de la vida social.

Para dar a entender en qué consiste la *tópica*, el autor antes mencionado se remite a Aristóteles.

Sobre el particular, el punto de partida de Aristóteles se encuentra en el arte de disputar que en la filosofía griega clásica practicaban los retóricos y los sofistas. Esta práctica fue combatida por Sócrates y por Platón, aunque fue Aristóteles quien llevó a cabo un intento de elucidación al respecto con su distinción entre lo *apodíctico* y lo *dialéctico*.

Lo *apodíctico* es lo que concierne a proposiciones sobre la verdad y es por tanto el campo para los auténticos filósofos; en cambio, lo *dialéctico* se refiere a proposiciones meramente opinables y es por tanto el terreno en que se mueven retóricos y sofistas. Lo apodíctico tiene así que ver con lo *demostrable*, en tanto que lo dialéctico tiene que ver con lo que es tan sólo *opínable*. Por lo mismo, tanto el pensamiento apodíctico como el dialéctico se valen de premisas para obtener conclusiones, pero mientras en el primero se parte de proposiciones iniciales verdaderas, en el segundo se parte de simples opiniones. Entonces, las conclusiones del pensamiento apodíctico constituyen el dominio de la filosofía, en tanto que las que provienen del pensamiento dialéctico pertenecen al campo del arte de disputar, campo este último que Aristóteles no desdeña, puesto que lo considera como un primer peldaño de la filosofía.

ámbito del derecho, especialmente por los jueces, y no con el propósito de *prescribir* cómo esa actividad debería ser efectuada.

Recordando que toda creación de derecho es a la vez aplicación de derecho, en el sentido de que toda norma jurídica es creada sobre la base de hacer aplicación de la norma superior que regula su creación, y establecido, además, que toda norma que resulta aplicada en el proceso de producción de otra norma tiene que ser interpretada, Kelsen afirma que "la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior".

Por lo mismo, si todo el que produce derecho a la vez aplica derecho, todo el que aplica derecho, a su vez, debe interpretar este mismo derecho, o sea, tiene necesidad de establecer el sentido y alcance de las normas que aplica.

Por ello, el juez interpreta la ley cuando aplica normas legales al caso de que conoce. Pero el legislador también interpreta el derecho —en su caso la Constitución— cada vez que en aplicación de la carta fundamental produce normas jurídicas abstractas y generales bajo el nombre genérico de "leyes".

A continuación, Kelsen distingue entre *interpretación auténtica* e *interpretación no auténtica*.

La primera es la que se efectúa por cualquier órgano jurídico que deba aplicar el derecho, como es el caso de jueces y legisladores. La segunda, en cambio, es aquella que no se efectúa por un órgano jurídico de aplicación del derecho, sino por una persona privada, especialmente por los juristas cuando éstos hacen ciencia jurídica en sentido estricto o dogmática jurídica. También es no auténtica la interpretación que del derecho hacen los abogados y la que pueda hacer privadamente un sujeto cualquiera.

La diferencia entre ambos tipos de interpretación —según Kelsen— consiste en que la interpretación privada, sea que se lleve a cabo por la ciencia jurídica, por un abogado o por un sujeto de derecho cualquiera, es pura determinación cognoscitiva de las normas jurídicas interpretadas; en cambio, la interpretación que llevan a cabo los órganos jurídicos conduce a una producción de derecho.

La relación entre una norma superior o fundante y una norma inferior o fundada de un mismo ordenamiento jurídico

—como la que se da, por ejemplo, entre la Constitución y la ley, o bien entre la ley y la sentencia—, es, según Kelsen, una relación de determinación: la norma superior regula la creación de la norma inferior correspondiente y determina comúnmente no sólo quién puede crear la norma inferior, sino el procedimiento que deberá seguirse en la creación de ésta y ciertos límites que en cuanto al contenido de la norma inferior debe respetar el órgano autorizado para producirla.

Sin embargo, la determinación que de la norma inferior hace la norma superior correspondiente nunca es completa, de manera que siempre queda un margen mayor o menor para la discrecionalidad de quién está autorizado para producir la norma inferior de que se trate.

Así, todo acto de producción de derecho está sólo en parte determinado por la correspondiente norma superior, quedando en parte indeterminado, aunque la parte en que dicho acto queda indeterminado es variable según los casos.

Ahora bien, la indeterminación en que dentro de ciertos límites deja la norma superior a la correspondiente norma inferior cuya producción regula puede ser *intencional* o no *intencional*.

La indeterminación es *intencional* cuando ha sido justamente establecida por voluntad del órgano que produjo la norma que se trata de aplicar. Así, por ejemplo, una ley sanitaria determina que en caso de producirse una epidemia, los habitantes de la ciudad o del país afectado tendrán que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión del mal, facultando al órgano administrativo que corresponda para determinar cuáles serán esas medidas según se trate de una u otra enfermedad causante de la epidemia. En este caso, como se ve, no es la ley la que establece las medidas que deberán tomarse y que los habitantes tendrán que obedecer, limitándose a facultar a un órgano determinado para que defina y adopte tales medidas en el momento oportuno.

La *indeterminación no intencional* se produce cuando por la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras de la norma superior, el órgano o persona que tiene que aplicarla para producir la norma inferior correspondiente se encuentra con que la norma en cuestión, es decir, la norma superior que debe ser aplicada, es susceptible de varios significados posibles.

pondió al deseo de la moderna cultura del continente occidental de concebir a la jurisprudencia como ciencia, se tuvo por ello que dirigir necesariamente contra la tópica”.

Con todo, Viehweg insiste en que las ciencias se generan cuando surgen problemas de un determinado tipo. Pero mientras esas disciplinas encuentran principios objetivos, seguros y efectivos en su campo, y por ello pueden ser sistematizadas, hay otras –y tal sería el caso de la jurisprudencia– que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Por lo mismo, cuando esta segunda situación se presenta sólo es posible una discusión del problema. Y concluye con las siguientes tres afirmaciones: la estructura total de la jurisprudencia solamente puede ser determinada desde el problema; las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.

Para concluir ya con el punto de vista de Viehweg, tendríamos que reiterar que sus planteamientos se refieren a la jurisprudencia entendida como ciencia o saber acerca del derecho, esto es, a la labor de los *juristas*, no a la que ejecutan los *jueces*, aunque resulta evidente que al establecer catálogos de tópicos jurídicos se facilita la tarea de quienes están llamados a dar algún tipo de solución a los conflictos jurídicos que se presentan en la vida social.

El pensamiento tópico, más abierto y flexible que el pensamiento sistemático, permitiría un mejor desenvolvimiento del juez cada vez que a éste no le resulta posible establecer con claridad qué decisión espera de él el derecho preexistente al caso, mostrándole, de paso, que él no es un ser inanimado que esté llamado únicamente a repetir las palabras de la ley. Como ha escrito en nuestro medio Gonzalo Cordero, quien en un trabajo sobre el tema analiza un par de decisiones de tribunales chilenos que habrían sido adoptadas tópicamente, Viehweg “volvió la mirada de la ciencia del derecho sobre una técnica que permite ampliar el sustrato de fundamentación material de las soluciones a los conflictos jurídicos”. El oficio de jurista vuelve a

hacerse creativo, lo que no tiene por qué significar irracionalidad o arbitrariedad, “sino todo lo contrario, pues al ampliar la base de fundamentación material del derecho, y al sujetar la legitimidad de las premisas al examen de un auditorio –la mayoría o los más sabios y famosos– se amplía la racionalidad y controlabilidad del quehacer jurídico, satisfaciéndose así los postulados del Estado de Derecho”.

Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley.– Kelsen advierte reiteradamente que su teoría pura pretende constituir una teoría acerca del derecho positivo en general y no una teoría acerca de un ordenamiento jurídico específico. Por tanto, la teoría pura quiere presentarse como una doctrina general sobre el derecho y no como la interpretación de normas jurídicas determinadas de un ordenamiento jurídico también determinado.

En tal sentido, la doctrina de Kelsen, a la que en su conjunto él denominó “teoría pura del derecho”, sin perjuicio de que ese fue también el título que el autor dio a uno de sus libros más importantes, se presenta como una ciencia *general* del derecho, esto es, como un conjunto de enunciados o proposiciones cognoscitivas acerca de todo derecho positivo, diferenciándose así de la ciencia jurídica *particular*, o dogmática jurídica, que se presenta, a su turno, como una conjunto de enunciados o proposiciones cognoscitivas acerca de un determinado ordenamiento jurídico positivo dotado de realidad y vigencia histórica.

Por lo mismo, si a la dogmática jurídica, en cuanto ciencia jurídica particular, corresponde llevar a cabo la interpretación de las normas y otros estándares que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico, a una ciencia general del derecho –como es el caso de la obra de Kelsen– le corresponde ofrecer una teoría sobre la interpretación jurídica en general.

Es por eso que Kelsen, sin estar interesado en decir cómo deben ser interpretadas las normas de un determinado ordenamiento jurídico, ofrece, sin embargo, una teoría de la interpretación que pueda tener validez por referencia a todo ordenamiento jurídico.

Cabe señalar, asimismo, que cuando Kelsen se propone ofrecer una teoría de la interpretación jurídica, lo hace con el ánimo de *describir* cómo la actividad interpretativa tiene lugar en el

consistían, por su parte, en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados en la causa.

Sin embargo, el significado de una ley no siempre es claro y a menudo tiene que ser descubierto mediante la interpretación, aunque la interpretación –para la teoría tradicional que Ross examina– es fundamentalmente una tarea teórica-empírica. Según un punto de vista como éste, “el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómata. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir”.

Ross cree que una manera semejante de describir las cosas no se ajusta para nada a la realidad, puesto que la interpretación de la ley, en cuanto determinación del sentido de ésta, con frecuencia no conduce a ningún resultado cierto.

El autor llama enseguida la atención acerca de que la inevitable vaguedad de las palabras de la ley, así como la inevitable limitación que existe para determinar la profundidad intencional de ésta, hacen que a menudo sea imposible establecer con seguridad si el caso que el juez debe resolver está o no comprendido por el significado de la ley. Muchas veces el caso no es obvio y es razonablemente posible definir el significado de las palabras de la ley tanto de una manera en que los hechos resulten comprendidos en ella como de una en que tales hechos queden fuera del campo de referencia de la ley. Así las cosas, la interpretación, en el sentido propio de este término, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico, tiene que fracasar.

Con todo, el juez no puede dejar de cumplir su tarea, o sea, no puede eximirse de conocer y de fallar el asunto de que se trate sólo porque se encuentra en la dificultad antes planteada. El juez “tiene que decidirse”, dice Ross, y “esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración”. Por lo mismo, “su interpretación de la ley (en un sentido ahora más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento”, puesto que “sus motivos no se reducen al deseo de acatar una determinada directiva” dada previamente por el legislador.

Además de lo anterior, Ross afirma que el punto de vista tradicional también falla “porque el juez es un ser humano” y, “aun cuando la obediencia al derecho (la *conciencia jurídica formal*) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción”, puesto que el juez “no es un autómata que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones”.

Junto a esa conciencia jurídica formal –continúa argumentando Ross– está lo que el autor llama *conciencia jurídica material*, esto es, el conjunto de “ideales, actitudes, estándares o valoraciones que constituyen lo que hemos denominado ‘tradicción cultural’”. En consecuencia, bajo el nombre antes indicado de conciencia jurídica material, dicha tradición “vive en el espíritu del juez y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho”.

En suma: si la conciencia jurídica formal vincula al juez con la ley, su respeto por ésta nunca es absoluto, ni tampoco la ley es el único motivo que lleva al juez a decidir en un sentido o en otro. Junto a la conciencia jurídica formal está la de carácter material, que hace fuerza sobre el juez para que su decisión pueda ser aceptada no sólo como correcta desde el punto de vista de las normas legales en juego, sino también como justa o como socialmente deseable, no descartándose tampoco la posibilidad de discrepancias entre una y otra conciencia. Ahora bien, si la discrepancia entre una y otra excede cierto límite, el juez puede llegar a prescindir de restricciones impuestas por las palabras de la ley o por la intención del legislador y llegar a una “interpretación constructiva que no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa”.

Del modo antes indicado, tanto la conciencia jurídica formal como la material inciden en las interpretaciones que prefieren los jueces y en las decisiones que ellos finalmente adoptan, hasta el punto de que Ross afirma que “la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material”, de modo que las decisiones a que arriban los jueces están siempre determinadas por el efecto com-

Trátase de una indeterminación intencional o no intencional, lo cierto es que para Kelsen toda norma jurídica ofrece varias posibilidades de interpretación y, por consiguiente, varias posibilidades de aplicación. Por lo mismo, la interpretación del derecho es una actividad que se encamina no a determinar el *único significado* posible de la norma, el cual pueda ser presentado como el correcto sentido y alcance de la misma, sino las *diversas posibilidades* de interpretación que la norma admita. De este modo, escribe el autor, "la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias decisiones, todas las cuales, en la medida que quepan dentro del marco de posibilidades de interpretación de la ley de que se trate, tienen el mismo valor".

De lo anterior se desprende que toda norma jurídica, y, en particular, toda norma legal, es un marco abierto a *varias posibilidades de interpretación*, de manera que interpretar una ley equivale únicamente a fijar el marco de posibles sentidos y alcances que ella admita, pudiendo luego el intérprete —por ejemplo, el juez en el caso de la interpretación judicial— escoger uno de tales significados y fundar en él la decisión correspondiente.

Por lo mismo, en la interpretación judicial de las leyes se combinan un acto *cognoscitivo* y otro *volitivo*. El acto *cognoscitivo* se produce en la medida en que el juez, auxiliándose para ello de los métodos o elementos de la interpretación de la ley, fija el marco de posibles sentidos y alcances que tiene la ley interpretada. Por su parte, el acto *volitivo* se produce en el momento en que el juez, una vez fijado el marco de posibles interpretaciones que la norma admite, escoge uno de ellos y lo ofrece como fundamento de su decisión. Y en cuanto a las motivaciones que el juez tiene para escoger una u otra de las interpretaciones posibles, Kelsen sostiene que ellas tienen que ver con las concepciones políticas y morales del juez que lleva a cabo la elección.

En consecuencia, los métodos o elementos de la interpretación de la ley sirven al juez únicamente para fijar el marco de posibles interpretaciones que la o las normas legales admitan. Una vez fijado ese marco, cualquiera de las interpretaciones que quepan dentro de él es válida. Pero el juez terminará por preferir una de ellas sobre las restantes movido por sus concepciones de carácter político y moral, sea o no cabalmente consciente

de esto y lo admita o no al momento de adoptar la correspondiente decisión.

Alf Ross y la interpretación judicial de la ley.— En su libro *Sobre el derecho y la justicia*, este jurista escandinavo sostiene que es preciso alcanzar una idea lo más clara posible de la actividad que realizan los jueces cuando llevan a cabo la tarea de interpretar y aplicar las leyes a los casos sometidos a su conocimiento y decisión. En esto, lo mismo que acontece con Kelsen, Ross actúa movido por un propósito descriptivo y no prescriptivo de la función jurisdiccional y del proceso de interpretación y aplicación judicial de la ley, esto es, procura establecer cómo operan de hecho la función jurisdiccional y la interpretación judicial de ley y no cómo éstas deberían operar.

El autor afirma que el juez realiza actos de tipo cognoscitivo. Así, por ejemplo, el juez debe conocer los hechos del caso y el contenido de las posibles normas aplicables. Sin embargo, aun cuando el camino que sigue el juez resulta indudablemente preparado por procesos de tipo cognoscitivo, ello no modifica el hecho de que la administración de justicia, por su propia naturaleza, conduzca finalmente a una decisión, esto es, a un acto de voluntad.

Ross llama la atención acerca de que de acuerdo con el punto de vista tradicional las decisiones de los jueces surgen de un sustrato en la conciencia constituido por *dos* componentes. *Primero*, un motivo que da a la actividad su dirección en procura de una meta; y, *segundo*, ciertas concepciones operativas, esto es, ciertos elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin. Para ilustrar este punto de vista, Ross se vale de la siguiente analogía: "Mi decisión de salir con paraguas brota del deseo de no mojarme, como motivo, en conexión con la concepción operativa de que probablemente lloverá y de que el paraguas es un instrumento de protección".

De acuerdo a eso, la teoría tradicional acerca de la función de administrar justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrece, según Ross, un cuadro muy simple de aquellos dos componentes, puesto que suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente, concebido éste como voluntad del legislador, y suponía, además, que las concepciones operativas

sentencia, y marcan el camino que deben seguir los jueces en el conocimiento y fallo de los asuntos. Parte de ese camino, como es obvio, está constituido por la interpretación que los jueces deben hacer del derecho preexistente al caso.

Los jueces estructuran sus decisiones como si se tratara de consecuencias necesarias que se siguen de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro, lo cual puede ser así en los casos más simples o rutinarios, mas no en los complejos o en aquellos que se presentan como auténticos casos difíciles.

Las normas del derecho legislado operan sin dificultades respecto de los casos más ordinarios o comunes de que conocen los jueces. Sin embargo, la legislación tiene una característica común a todo lenguaje humano, consistente en que, atendida la vaguedad o la ambigüedad de muchos términos y frases, se presenta como una "textura abierta", según la expresión del propio Hart, de modo que en muchos casos que se ventilan ante los tribunales las leyes no permiten un único resultado o decisión de parte de los jueces.

"En los casos más importantes —sostiene Hart— hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley. Únicamente la tradición de que los jueces 'hallan' y no 'crean' el derecho ha ocultado eso, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez". Y concluye: "Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido. Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas".

Por lo mismo, el lenguaje general dotado de autoridad de que se valen las leyes y por medio del cual se manifiestan y expresan las reglas que el juez debe aplicar, sólo puede guiar a éste de una manera incierta, de donde se sigue que "el ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio".

"Es una característica de la condición humana (y por ello también de los legisladores), escribe Hart, que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el

segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular previsiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todo los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica *mecánica*".

Obviamente —continúa Hart—, ese mundo no es el nuestro, porque los legisladores humanos no pueden tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Por tanto, "la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso".

Con todo, Hart llama a no exagerar con la textura abierta del derecho y a verla en su justa perspectiva, con lo cual quiere decir que el amplio campo abierto al ejercicio de la discreción judicial no debe ocultar el hecho de que la estructura dentro de la cual tiene lugar el ejercicio de la función jurisdiccional está compuesta por normas generales cuya aplicación puede ser realizada a veces sin recurrir a la discreción de algún órgano oficial. Por lo mismo, el autor no comparte la idea del realismo jurídico norteamericano en orden a que las normas del derecho legislado son únicamente predicciones acerca de lo que harán los tribunales o apenas ingredientes para la elaboración posterior por parte de los jueces del auténtico derecho —el derecho judicial—, puesto que tales normas, tratándose de los jueces, no funcionan simplemente como hábitos o como bases para predecir decisiones de jueces o acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta que son aceptados y que, a pesar de su textura abierta, son lo suficientemente determinados como para *limitar*, aunque no para *excluir*, la discrecionalidad judicial.

De ese modo, Hart se opone tanto al formalismo extremo, para el cual las normas sujetan al juez como cadenas, como al

binado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa del juzgador.

Ross dice que la conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones judiciales, y si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica material aprueba también la correspondiente decisión, o que, en todo caso, no la encuentra incompatible con su idea de lo justo o con lo que se considera socialmente deseable, puesto que si los postulados político-morales de su conciencia jurídica material hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría encontrado el camino, mediante una argumentación adecuada, para evitar esa decisión.

Cabe llamar la atención, asimismo, que Ross no considera que la dimensión *cognoscitiva* y la dimensión *valorativa* de la función jurisdiccional sean de tal modo diferentes que el juez pudiera elegir entre una y otra. Lo que ocurre es que ambas dimensiones se fusionan en la práctica judicial, lo cual dificulta la posibilidad de establecer con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. Simplemente, cuando se otorga por el juez una mayor fuerza relativa al factor valorativo sobre el cognoscitivo, diremos que estamos en presencia de un estilo de interpretación *libre*, o, al menos, relativamente libre. En cambio, cuando el juez conceda un mayor peso relativo al factor cognoscitivo sobre el valorativo, diremos que estamos en presencia de un estilo de interpretación *limitado*, o, al menos, relativamente limitado. Sin embargo, como aclara enseguida el autor, “es difícil decidir si la diferencia en estilo es tan grande como puede parecer a primera vista. Porque puede que la diferencia no esté tanto en el grado de libertad de que goza el juez, como en la franqueza con la que esa libertad es reconocida”.

Por tanto, más que preguntar acerca de cuán libres son o no los jueces al momento de adoptar sus decisiones, habría que preguntar sobre cuán dispuestos están los jueces a reconocer el grado de libertad con que adoptan de hecho sus decisiones.

Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin.— Tal como tuvimos oportunidad de explicar en el capítulo II, para Herbert Hart el derecho es algo que contiene normas, algo que tiene que ver preferentemente con normas, una unión, en fin, de lo que el autor llama “reglas primarias” y “reglas secundarias”.

Las reglas primarias, también llamadas “reglas de obligación”, son aquellas que imponen directamente determinados deberes bajo la amenaza de medidas coercitivas. Las leyes penales son un buen ejemplo de este tipo de reglas, puesto que tienen la pretensión de que los sujetos normativos se abstengan de realizar determinadas conductas consideradas de especial gravedad y anexan un castigo para el caso de que un sujeto ejecute alguna de tales conductas.

Todo derecho, aun el de las comunidades más primitivas, incluye un buen número de reglas primarias e, incluso, un derecho poco primitivo puede reducirse a este solo tipo de reglas.

Sin embargo, sociedades evolucionadas no pueden regirse únicamente por reglas primarias, puesto que éstas adolecen de ciertos defectos, a saber, falta de certeza, carácter estático e ineficiente presión social para hacerlas cumplir. Pues bien, el remedio para cada una de esas tres carencias de las reglas primarias es suministrado por las reglas secundarias. Así, el remedio para la falta de certeza lo proporciona la *regla de reconocimiento*, que es aquella que especifica las características que tiene que poseer una regla para que se la pueda tener como parte del ordenamiento respectivo. Por su parte, el remedio para el carácter estático de las reglas primarias lo proveen las llamadas *reglas de cambio*, esto es, aquellas reglas secundarias que establecen quiénes tendrán la potestad de introducir nuevas reglas primarias o de modificar o derogar las ya existentes. Por último, la insuficiente presión social para hacer cumplir las reglas primarias se remedia por medio de las denominadas *reglas de adjudicación*.

Las *reglas de adjudicación* —que son las que interesan en este momento— son aquellas que facultan a alguien para que determine en forma revestida de autoridad si en una ocasión determinada se ha transgredido o no una regla primaria. Estas reglas secundarias no sólo identifican a los individuos que deben juzgar los casos jurídicamente relevantes de la vida social, sino que, además, señalan los procedimientos que tales individuos deben observar en el conocimiento y fallo de los asuntos. En fin, se trata de reglas que junto con imponer al juez el deber de juzgar, le conceden potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las decisiones judiciales.

Las reglas de adjudicación, por lo mismo, son las que definen conceptos jurídicos importantes, tales como *juez*, *jurisdicción*,

dice que alguien tiene discreción si las decisiones que está llamado a tomar está guiada por estándares que personas igualmente razonables podrían interpretar de diferentes maneras. Así, por ejemplo, un sargento goza de discrecionalidad en este primer sentido si se le ordena que forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. En *segundo* lugar, se dice que alguien tiene discreción si la decisión que está llamado a adoptar es definitiva, esto es, que no puede ser revisada ni anulada por ninguna autoridad superior. Tal es el caso del árbitro de fútbol que valida un gol en un partido. En *tercer* término, se dice también que una persona tiene discreción cuando un conjunto de estándares que le imponen ciertos deberes, no le imponen, sin embargo, deber alguno respecto de una decisión determinada. Tal es el caso, en un contrato de arrendamiento, de la cláusula que permite al arrendatario la renovación discrecional del contrato.

Dworkin concede que la discreción judicial funciona en los dos primeros sentidos antes indicados, mas no en el tercero. Así, "si hay una norma que exija inequívocamente una decisión jurídica determinada, y entre los juristas hay discrepancias acerca de la decisión que corresponda adoptar, los jueces tendrán discreción en el primero de los sentidos indicados, porque tendrán que ejercer su iniciativa y su juicio más allá de la aplicación de una regla establecida. También es obvio que si los jueces en cuestión forman un tribunal supremo de apelación, tendrán discreción en el segundo sentido. Pero no podemos llegar a la conclusión —dice el autor— de que esos jueces tengan discreción en el tercer sentido.

El autor norteamericano centra su crítica a Hart en lo que llama "casos difíciles". Para Dworkin, un caso difícil es el que se presenta cuando un determinado asunto no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución. Dicho con mayor precisión, los casos difíciles son tanto aquellos respecto de los cuales no hay norma aplicable como aquellos en los que se detectan en las normas aplicables vaguedades, ambigüedades, contradicciones o imprecisiones que desconciertan al juez y le sugieren que el caso tiene más de una alternativa de solución. Por lo mismo, tratándose de casos difíciles, Hart dice que el juez tiene discreción "para decidir el caso en uno u otro sentido", mientras que Dworkin

sostiene que atribuir al juez semejante competencia es enteramente inadecuado.

Inadecuado, primero, porque para adoptar la decisión del caso se empuja al juez fuera del ordenamiento jurídico. Inadecuado, acto seguido, porque de ese modo se vulnera la seguridad jurídica de quienes han solicitado la intervención del juez. E inadecuado, en fin, porque en una democracia no se puede otorgar semejante poder a quienes, a diferencia de lo que ocurre con los legisladores, no han sido elegidos por sus ciudadanos por medio de una votación popular ampliamente participativa.

A la crítica precedente, Hart responde diciendo que el que a los jueces les sean confiadas facultades decisorias para solucionar conflictos cuya regulación no está prevista por el derecho, o lo está de una manera indeterminada, puede ser considerado como un precio que hay que pagar para evitar la inconveniencia de otras soluciones —por ejemplo, reenviar el problema al órgano legislativo—, máxime si tales facultades decisorias de los jueces son apenas "intersticiales", expresión esta última con la que el jurista de Oxford quiere decir que se trata de facultades sujetas a muchas limitaciones y que no pueden ser utilizadas por los jueces para imponer reformas o cambios a gran escala en el derecho vigente.

Además —continúa Hart—, la delegación de facultades legislativas al ejecutivo es algo bien conocido en las democracias modernas. Del mismo modo, una delegación semejante al poder judicial no parece constituir una gran amenaza para la democracia.

Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación operativa.— Este autor polaco considera que la interpretación que de las leyes hacen los jueces constituye un ejemplo típico de lo que él llama "interpretación operativa". Por su parte, la interpretación operativa es uno de los tipos de interpretación jurídica que pueden ser señalados atendiendo a la fuente de la interpretación, es decir, atendiendo a quién lleva a cabo la interpretación.

"Interpretación operativa —dice Wroblewski— es la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión." En consecuencia, se trata de una interpretación que realiza un órgano encargado de la

escepticismo extremo, que ve en las normas poco más que “juguetes vistosos” cuya única importancia consiste en predecir lo que los jueces harán en determinados casos.

Por último, considera Hart que los jueces aceptan como derecho las leyes vigentes, en primer lugar, porque existe un acatamiento general a esa exigencia, de modo que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella; y, en segundo término, porque desviarse de tal exigencia introduce grados de incerteza entre los ciudadanos que pueden ser muy perjudiciales.

Tal como fue dicho antes, Hart se opone al realismo jurídico norteamericano, al que considera una “pesadilla”, porque tal doctrina sugiere que el derecho preexistente al caso que el juez debe resolver se encuentra vacío de toda solución y contiene únicamente algunos ingredientes que el juez podrá utilizar al momento de construir la solución definitiva del caso.

Por otra parte, Hart se opone también al punto de vista de Dworkin, al que califica de “noble sueño”, porque, justo lo contrario del realismo norteamericano, sugiere la idea de un derecho preexistente de carácter autosuficiente, esto es, de un derecho tan rico y detallado que el juez siempre puede descubrir pautas, guías o principios que le permitan resolver sin discrecionalidad alguna los distintos asuntos controvertidos.

La postura de Hart a este respecto es intermedia: él considera que el derecho preexistente al caso contiene gran número de reglas legislativas y consuetudinarias, como también precedentes de los propios tribunales, aunque ni aquellas ni éstos son suficientemente numerosos y precisos para que el juez pueda resolver todos los casos sin ejercer jamás discrecionalidad.

La tesis de Dworkin podría resumirse diciendo que para él todo ordenamiento jurídico suficientemente desarrollado ofrece una tal cantidad y variedad de materiales normativos, incluyendo normas propiamente tales y principios, que siempre es posible para el juez descubrir una única respuesta jurídica correcta para cada caso de que conoce, incluidos los casos difíciles, de modo que la discrecionalidad judicial queda eliminada como práctica legítima.

Cabe señalar, sin embargo, que el punto de vista de Dworkin acerca de “la única respuesta correcta” no está basado, como en el caso de la Exégesis, en una concepción mecanicista de la

función judicial, consistente en identificar la voluntad que el legislador depositó en la ley y trasladarla al caso concreto que puede ser subsumido en dicha ley, sino en la convicción de que todo ordenamiento jurídico evolucionado no está compuesto únicamente por normas, sino también por principios y por precedentes que juegan un papel muy importante en la aplicación del derecho por parte de los jueces.

Dworkin parte de la base de que el derecho preexistente a los casos que deben ser resueltos por los jueces está formado no sólo por normas, sino también por principios, de manera que, según Dworkin, el error de Hart y de otros positivistas no consistiría en afirmar que las normas jurídicas son estándares que los jueces utilizan en sus decisiones, sino en creer y hacer creer que las normas son los *únicos* estándares que se encuentran en la mente del juez al momento de decidir los casos. Por lo mismo, el derecho preexistente al caso, ya sea por medio de una de sus normas o de uno de sus principios, provee siempre una única solución correcta para el caso que el juez debe resolver y el cometido del juez tiene que consistir en ponerse en marcha para encontrar esa solución y aplicarla luego al caso de que se trate.

Por lo mismo, la presencia en todo ordenamiento jurídico de los llamados *principios* aseguraría, según Dworkin, una suerte de integridad o plenitud —muy distinta, en todo caso, a aquella que la Exégesis creía ver en todo derecho— que permite al juez encontrar una solución correcta para todos los casos sin hacer uso de su discreción en el sentido fuerte de este término y sin tener tampoco que escoger una solución por motivos puramente políticos o morales. Es probable —admite el autor— que al proceder de ese modo cada juez “refleje sus propias convicciones intelectuales y filosóficas”, aunque esto es muy distinto de “suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el solo hecho de ser suyas”.

Como se ve, si bien Dworkin escoge como blanco de su crítica la teoría de Hart, es evidente que su punto de vista, especialmente en lo que concierne a la afirmación de una sola respuesta correcta, se opone también, y quizás con mayor fuerza, a las teorías que Kelsen y Ross tienen acerca de la interpretación judicial de las leyes.

Respecto de la discreción judicial, Dworkin precisa *tres* maneras distintas de utilizar una expresión como esa. *Primero*, se

refieran a valoraciones. Piénsese, por ejemplo, en las expresiones “favorable” y “odioso” que aparecen en el Art. 23 del Código Civil.

Hasta aquí Wroblewski ha pretendido enunciar una teoría *descriptiva* de la interpretación operativa, esto es, un conjunto de proposiciones que responden a la pregunta cómo y por qué *se hace* una interpretación.

Sin embargo, existen también teorías *normativas* de la interpretación, que son aquellas que procuran responder a la pregunta cómo y por qué *debe hacerse* una interpretación. Por lo mismo, las teorías de este segundo tipo se presentan como un conjunto relativamente ordenado y completo de las valoraciones y directivas interpretativas que deberían guiar las interpretaciones operativas de los jueces.

Por último, y en lo que concierne a la interpretación judicial como búsqueda y establecimiento de la “única interpretación correcta”, Wroblewski advierte que la tesis de la única interpretación correcta es aceptada por cualquier ideología que sostenga que la tarea de la interpretación consiste en descubrir el significado de una norma legal que es, al menos en parte, independiente de la actividad del intérprete.

El caso paradigmático al respecto es el de la teoría tradicional o subjetiva de la interpretación, que sostiene que el significado de una norma legal no puede ser otro que el que determinó la voluntad del legislador histórico. Sin embargo, la teoría contraria tampoco se escapa de la tesis antes mencionada, puesto que sostiene que el significado cambiante de una norma legal, si bien independiente de la voluntad del legislador histórico, es algo objetivo que vive en la propia norma.

Para Wroblewski, en consecuencia, la tesis de la única interpretación posible es *ideológica* y presenta serios problemas desde el punto de vista de una teoría general de la interpretación. Sin embargo, tratándose de la interpretación legal o auténtica, como también de la interpretación judicial, en presencia de distintas alternativas de interpretación, la cuestión de la única interpretación correcta se resuelve en un argumento de autoridad: el legislador y el juez, según el caso, adoptan finalmente una de las alternativas y dan una solución al respecto. Por tanto, en ambos casos, si bien puede resultar discutible la *búsqueda* de una única interpretación correcta, no resulta discutible, en definiti-

va, el *establecimiento* que se lleva a cabo por esas autoridades en el sentido antes indicado.

En cuanto a la interpretación doctrinal de la dogmática jurídica, la tesis de la búsqueda de una única interpretación correcta está también muy enraizada, aunque, como sabemos, la dogmática no tiene el deber de encontrar una respuesta ni tiene tampoco la competencia para tomar una decisión –al contrario de lo que ocurre con los órganos de aplicación del derecho– y bien puede permanecer en el terreno donde los varios significados posibles de las normas legales pueden ser presentados como igualmente justificados.

Este último punto es desarrollado por el siguiente autor que vamos a considerar a propósito de la materia que nos encontramos desarrollando.

Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo.– Este autor finlandés advierte que el derecho puede ser definido como un sistema coactivo que está siempre determinado por la historia y por la sociedad donde se produce y debe recibir aplicación, aunque lo típico de los juristas es percibir y definir el derecho en su dimensión normativa, es decir, como un conjunto de normas.

Ambas definiciones, sin embargo, son unilaterales, puesto que el derecho no es sólo un sistema de poder ni tampoco es exclusivamente un conjunto de normas.

Respecto de las normas jurídicas, el papel de éstas, dice Aarnio, ha sido a menudo ilustrado comparándolas con los rieles de un ferrocarril, puesto que o bien uno obedece o bien viola las reglas. Lo que no resulta posible es obedecerlas “más o menos”, de la misma manera que un tren no puede desplazarse parcialmente sobre los rieles.

Sin embargo, no siempre se puede estar seguro acerca de cuál regla es la que hay que seguir. Esto es consecuencia de que las reglas son comunicadas a los ciudadanos por medio del lenguaje y las expresiones de éste dejan siempre lugar para la discrecionalidad. Así, la persona que no sabe cuál es la norma que hay que seguir se ve puesta ante una bifurcación ferroviaria. No sabe qué alternativa elegir, aunque –en el caso de los jueces– tiene que elegir una vía para continuar su camino.

aplicación del derecho, a fin de determinar un significado de normas que le merecen dudas y que le conduzca a adoptar una decisión.

Por lo mismo, un modelo general de interpretación operativa, aplicable, por cierto, a la interpretación judicial de las leyes, ofrece los siguientes elementos: a) una duda inicial concerniente al significado de la regla a aplicar; b) uso de directivas interpretativas que implican valoraciones; y c) toma de una decisión interpretativa que ha de ser justificada.

Respecto al primero de tales elementos, la interpretación jurídica en sentido estricto es necesaria cuando se producen dudas concernientes al significado de una o más normas, dudas que surgen con ocasión de la aplicación de tales normas y que provienen de los problemas que ofrece el lenguaje jurídico empleado por quien introdujo las normas.

En cuanto al segundo elemento, es preciso distinguir dos tipos de directivas: *directivas de primer nivel*, que son las que determinan el modo en que el intérprete debe atribuir significado a una norma —por ejemplo, la directiva del Art. 19 del Código Civil chileno—, y *directivas de segundo nivel*, que son las que determinan cómo deben ser utilizadas las directivas de primer nivel y que, además, resuelven la cuestión de cómo elegir entre los diferentes resultados a que puede conducir la aplicación de las directivas de primer nivel. Por lo mismo, las directivas de segundo nivel son tanto de *procedimiento* como de *preferencia*. Las de procedimiento determinan cómo deben utilizarse las directivas de primer nivel —por ejemplo, los Arts. 20 y 21 de nuestro Código Civil, que establecen, en relación con el Art. 19, cómo deben ser entendidas las palabras de la ley—, mientras que las de preferencia determinan la manera de escoger entre diferentes resultados que se puedan seguir de la aplicación de las directivas de primer nivel, por ejemplo, la directiva del Art. 23 del Código Civil.

Lo decisivo, en todo caso, es que tanto las directivas de primer como de segundo nivel responden a opciones valorativas acerca de qué se entiende por interpretación apropiada y cuál es el papel de una determinada intención —por ejemplo, la del legislador— en la atribución de significado a las normas legales.

Respecto ahora al tercer elemento de toda interpretación operativa, Wroblewski llama la atención acerca de que en todo ordenamiento jurídico se exige que las decisiones interpretativas, en

particular tratándose de los jueces, sean decisiones justificadas, esto es, decisiones a favor de las cuales puedan darse razones tales que las hagan, precisamente, “razonables”, “persuasivas”, “convincientes”, de modo que tales decisiones puedan ser compartidas por los demás integrantes de la comunidad jurídica.

A propósito de la justificación de una decisión, Wroblewski, diferenciándose en esto tanto de Kelsen como de Ross, llama a no confundir la *justificación* de una decisión con una *descripción* del proceso en virtud del cual esa decisión es tomada. De no establecer con claridad la diferencia entre justificación de una decisión y la descripción del proceso de toma de esa decisión, derivan según Wroblewski dos errores: *uno*, el creer que las decisiones interpretativas son el resultado de un simple razonamiento deductivo; y *dos*, el de considerar que la toma de decisión es algo puramente valorativo o derechamente intuitivo o irracional.

Wroblewski concede especial importancia a la justificación de las decisiones interpretativas que adoptan los tribunales cuando aplican el derecho. Al respecto, admite que hay distintos estilos de toma de decisiones judiciales, que cambian según sea la cultura jurídica que prevalece en cada país, aunque lo relevante es que la decisión “debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado”.

De acuerdo a todo lo expuesto previamente, las valoraciones influyen de tres maneras en toda interpretación operativa, y, desde luego, en la que llevan a cabo los jueces:

a) cuando se trata de determinar si el significado de una norma es claro o si existen dudas al respecto, la elección final del juez a este respecto puede estar influenciada por valoraciones;

b) también hay una elección influenciada por valoraciones cuando se trata de escoger entre directivas interpretativas de primer nivel y directivas de segundo nivel, puesto que muchas directivas interpretativas, tanto de uno como de otro nivel, son concurrentes y su aplicación conduce a una determinación diferente del significado;

c) el empleo de las propias directivas interpretativas puede exigir valoraciones cuando la formulación o el enunciado lingüístico de estas directivas incluya términos valorativos o que se

de los ciudadanos o de otros tipos o clases de personas, de modo que la dogmática es una actividad inevitablemente vinculada a la interpretación y sistematización de materiales normativos previamente dados. Y tocante a lo segundo, la dogmática difiere también de la práctica normal del abogado, de quien se espera más habilidad profesional que actitudes científicas. En cambio, la dogmática difiere de la práctica judicial sólo en lo que se dijo antes, a saber, en que los jueces tienen el poder y el deber de dar soluciones y los juristas no, aunque la estructura de la justificación que dan a sus conclusiones es análoga en ambos casos, lo cual quiere decir que cuando unos y otros aclaran el contenido del ordenamiento jurídico *piensan* de manera similar.

“Resumiendo –concluye Aarnio–, el hecho de que el dogmático jurídico no decida casos concretos, el hecho de que la autoridad que aplica el derecho no sistematice normas jurídicas, o el hecho de que –a diferencia de la posición del científico– sólo el juez (y los funcionarios administrativos) detenta el poder en el sistema es irrelevante desde un punto de vista *epistémico*”.

4. INTERPRETACION DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO

La interpretación de los tratados internacionales. La interpretación de la costumbre jurídica. La interpretación de los contratos. La interpretación de la sentencia judicial.

La interpretación de los tratados internacionales.– Si bien desde el punto de vista de su proceso o fase interna de formación los tratados pueden ser considerados como un tipo o clase de ley, lo cierto es que los tratados, en sus diversos aspectos, incluido el de su interpretación, se encuentran regulados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que fue suscrita el 23 de mayo de 1969.

Los Estados que suscribieron esa Convención admitieron la importancia fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales; reconocieron la cada vez mayor importancia que tienen los tratados como fuentes del derecho internacional y como medio para desarrollar la cooperación pa-

cífica entre las naciones; afirmaron que las controversias entre los Estados deben resolverse por medios pacíficos; y proclamaron que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados que fueron logrados en la Convención contribuirían a la consecución de los propósitos de la organización de las Naciones Unidas, aunque declararon también que las normas del derecho internacional consuetudinario continuarían rigiendo las cuestiones no reguladas por las disposiciones de la Convención.

La Parte III de la Convención, en sus Arts. 26 a 38, trata de la *observancia, aplicación e interpretación* de los tratados.

En punto a la *observancia* de los tratados, el Art. 26 da expresión al principio conocido como *pacta sunt servanda* y dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Seguidamente, el Art. 27, a propósito de la relación entre el derecho interno de los Estados y la observancia de los tratados, declara que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En cuanto a la *aplicación* de los tratados, los Arts. 28 a 30 de la Convención establecen algunos principios de importancia, tales como el de la irretroactividad de los tratados, territorialidad de éstos y aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

Por su lado, los Arts. 31, 32 y 33 norman lo relativo a la *interpretación* de los tratados, estableciendo a este respecto determinadas reglas y principios.

La *regla general* es que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

Si se atiende a dicha regla, es posible advertir que ella consagra cuatro principios en materia de interpretación de los tratados: el *principio de la buena fe*, el *principio del sentido corriente de los términos del tratado*, el *principio del contexto*, y el *principio del objeto y fin del tratado*.

El primero de tales principios alude a la actitud que debe adoptarse con ocasión de llevar a cabo la interpretación de un tratado. El segundo remite al intérprete al texto del tratado y establece que los términos de éste deben ser entendidos según el uso co-

Ningún ordenamiento jurídico es tan perfecto que permita obtener una respuesta para todos los problemas. Como señala el autor, "la vida es demasiado rica y los seres humanos demasiado veleidosos como para que sea posible captar con las palabras de la ley todos los conflictos de nuestra vida humana". De este modo, un juez, un funcionario administrativo, un abogado, un jurista, se ven confrontados permanentemente con el problema de la incertidumbre acerca de los contenidos del ordenamiento jurídico.

Pero como la vida social no puede caer en el caos, es preciso disipar esa incertidumbre y establecer cuál es el contenido de las normas jurídicas, lo cual sólo puede ser conseguido por medio de la interpretación, aunque cuidando siempre que ésta sirva tanto al objetivo de estabilidad del ordenamiento jurídico como al de flexibilidad de éste según las circunstancias.

La tensión entre las normas jurídicas y la realidad social se reduce entonces gracias a la interpretación que se hace de las primeras. En tal sentido, "los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias. Sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones".

Si se razona de ese modo —cree Aarnio—, la creación del derecho es un "trabajo en equipo" en el que participan el órgano que formula reglas (el parlamento) y el que administra justicia (los tribunales), sin que deba perderse de vista el apoyo que tanto a uno como a otro prestan los juristas con sus enfoques científicos acerca de los contenidos de las normas y sus posibilidades de aplicación.

La diferencia entre jueces y juristas, sobre todo desde el punto de vista de la *función social* que corresponde realizar a unos y a otros, es bastante notoria, aunque desde el punto de vista de la *interpretación jurídica* las similitudes son mayores que las diferencias.

En efecto, los jueces tienen a la vez el poder y el deber de dar soluciones, mientras que los juristas no tienen ni la facultad ni la obligación de tomar decisiones. "El científico puede olvidarse del problema por un tiempo si no logra una solución satisfactoria con los argumentos disponibles", y no tiene el tipo de responsabilidad que pesa sobre el juez en razón de su cargo.

Tratándose de la interpretación judicial de la ley, Aarnio critica la teoría tradicional que consiste en presentar esta actividad como una serie de "pasos" que debe dar el juez, a saber, el establecimiento de los hechos del caso, la identificación y aclaración de las normas relativas a los hechos, y la combinación final de hechos y normas en una subsunción de aquéllos en éstas.

El autor considera que un modelo como ese es erróneo por lo menos en *dos* sentidos. *Primero*, porque la toma de decisión de un juez, como procedimiento justificatorio que es, no puede ser considerada como un simple fenómeno de pasos sucesivos, sino como una secuencia de distintas operaciones claramente interconectadas entre sí. Así, el modelo de la subsunción "puede describir sólo el estadio final, la llamada racionalización *ex post* de la decisión", aunque "la parte más problemática de la justificación, es decir, la justificación externa, no puede ser dilucidada con este modelo elemental". Y *segundo*, porque el núcleo de la decisión judicial no es la distinción, sino la interconexión entre las cuestiones de hecho y las cuestiones normativas, puesto que "es imposible establecer los hechos del caso sin tomar en cuenta la información de la norma" desde el momento que dicha información fija el marco de aquello que se considera por el juez como el hecho jurídico del caso. "La información normativa —dice el autor—, en tanto 'preconocimiento' del juez, es como una lente a través de la cual quien toma la decisión tiene necesariamente que deliberar acerca de la prueba de la evidencia".

Por su parte, es evidente que los juristas, en tanto científicos del derecho, no trabajan con casos *concretos*, sino con casos *típicos*. Sin embargo, "la dogmática jurídica y la aplicación del derecho se encuentran, en cierto sentido, del mismo lado del cerco", puesto que juristas y jueces tienen un punto de vista epistemológico interno similar: ambos aceptan las normas del derecho preexistente al caso concreto o a los casos típicos y ambos se sienten vinculados por tales normas.

Lo anterior puede ser explicado comparando, por una parte, la posición del científico del derecho con la posición de otros científicos sociales, y, por la otra, la posición del científico con la del juez y otros operadores jurídicos prácticos.

Concerniente a lo primero, la dogmática jurídica, a diferencia de las ciencias sociales, está básicamente concentrada en las normas jurídicas y no en las regularidades de comportamiento

Es efectivo que tal interrogante es más fácil de resolver en el segundo caso, puesto que la ley concluye su proceso de formación con un acto formal muy visible, cual es su publicación. Nada semejante, en cambio, ocurre con el derecho consuetudinario, de modo que el juez tiene que realizar respecto de éste un trabajo mucho más minucioso a fin de dar por establecido el hecho de la costumbre.

Por tanto, la interpretación del derecho consuetudinario se confunde en cierto modo con la determinación del hecho que la constituye, aunque siempre habrá también que fijar el o los posibles sentidos y alcances que pueda tener el o los deberes jurídicos resultantes de ese hecho.

Interpretación de los contratos.— Los actos jurídicos, y la clase más importante de éstos —los contratos— son igualmente fuentes del derecho y representan el modo como los sujetos de derecho intervienen en el proceso de producción del derecho. Por tanto, si las partes de un contrato se valen de ciertos enunciados lingüísticos de carácter normativo, tales enunciados son susceptibles de ser interpretados.

En cuanto a quiénes llevan a cabo la interpretación de los contratos, se trata naturalmente de las propias partes, de los abogados que las asistan, de expertos imparciales que puedan ser consultados por aquéllas o por éstos, y de los propios jueces que concurren al conocimiento de una controversia donde se encuentra en discusión un determinado contrato.

En cuanto a las causas que puedan producir una contienda o discrepancia acerca de la interpretación de un contrato, son básicamente las mismas que suscitan dificultades de interpretación frente a cualquier lenguaje, oral o escrito, tales como vaguedad, ambigüedad, oscuridad, contradicción, etc.

Jorge López Santa María, en su libro *Los contratos*, distingue dos sistemas de interpretación, el *sistema subjetivo* y el *sistema objetivo*. El primero, que es el vigente en Chile, se caracteriza por entender que lo que busca establecer el intérprete de un contrato es la voluntad psicológica de las partes. En cambio, el segundo pone de lado la intención que tuvieron o habrían tenido las partes al momento de contratar, y para fijar los efectos del contrato se pregunta acerca de qué es lo socialmente más útil o qué es lo que la justicia indica como lo más adecuado.

Para el sistema subjetivo, el trabajo del intérprete consiste en buscar y establecer cuál fue la voluntad de los respectivos contratantes al celebrar el contrato que se trata luego de interpretar. Si esa voluntad es la que está en el origen del contrato, se comprenderá que para este punto de vista “el intérprete deba precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las *intenciones* de quienes las concluyeron”.

Lo anterior explica que la primera regla de interpretación de los contratos en el derecho chileno —el Art. 1560 del Código Civil— disponga lo siguiente: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”. Así las cosas, cuando se interpreta un contrato, el intérprete debe indagar cuál fue “el verdadero pensamiento íntimo que unió a los contratantes”, lo cual supone que el intérprete lleve a cabo una auténtica investigación psicológica.

Por otra parte, el Art. 1560 prefiere la *intención* a la *declaración* de las partes y es por ello que se inclina por la primera por sobre el tenor literal de las palabras empleadas por los contratantes al momento de declarar su voluntad.

Además, según Jorge López, el citado Art. 1560 es algo más que una regla de interpretación de los contratos. Se trataría más bien del *principio rector* al que se subordinan las reglas de interpretación que consagran los siguientes artículos del Título XIII del Libro IV de nuestro Código Civil.

Dichas reglas se ordenan en los Arts. 1561 a 1566, aunque es importante notar que el legislador se abstuvo de fijar un orden de preferencia entre tales disposiciones. “No podría ser de otro modo —escribe Jorge López—, pues la aplicación de estas normas está subordinada a la forma como el caso litigioso se presenta, a los puntos dudosos, a las posibilidades de descubrimiento de la voluntad interna de los contratantes, y, en general, a las circunstancias propias de cada convención. No cabe, pues, atribuir más valor a una regla o a otra en razón de su ubicación en el Código”.

Dichas reglas de interpretación son las siguientes:

a) *regla de la armonía de las cláusulas*, consagrada en el inciso 1 del Art. 1564: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad;

riente de los mismos. Con todo, se dará a un término del tratado un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por su parte, el tercer principio exige que la comprensión de los términos de un tratado se efectúe teniendo en cuenta el contexto en que se encuentran. Por último, el cuarto principio exige que la comprensión contextualizada de los términos del tratado se lleve a cabo teniendo en cuenta el objeto y fin de éste.

A propósito del tercero de los principios antes señalados, la Convención se encarga de precisar qué se entiende por "contexto" de un tratado. Sobre el particular, declara que "para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos", lo siguiente: todo acuerdo a que se refiere el tratado y que haya sido concertado por las partes con motivo de su celebración; y todo documento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

El Art. 31 agrega enseguida que juntamente con el contexto del tratado deberá tenerse en cuenta para la interpretación de éste todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y toda norma perteneciente al derecho internacional que sea aplicable en las relaciones entre las partes.

Establecida cuál es la regla general que establece el Art. 31 de la Convención, el artículo siguiente introduce algunos *métodos complementarios* de interpretación destinados a *confirmar* el sentido resultante de la aplicación de dicha regla o a *determinar* el sentido cuando la interpretación dada al tratado de conformidad con el Art. 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. El Art. 32 no establece cuáles son todos los medios de interpretación complementarios de que el intérprete puede echar mano y se limita a mencionar dos: los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Esta mención al elemento histórico en sentido amplio es únicamente ilustrativa, puesto que el mismo Art. 32 dispone que "se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias del tratado".

Cuando se trata de interpretar un tratado autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. Así lo dispone el Art. 33 de la Convención, disposición que agrega que se presumirá que los términos de un tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. Por otra parte, y salvo el caso en que prevalezca un texto determinado, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los Arts. 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Interpretación de la costumbre jurídica.— Como sabemos, la costumbre jurídica es también una fuente formal del derecho, esto es, un procedimiento de producción de normas jurídicas. El conjunto de las normas que tienen su origen en la costumbre recibe el nombre de "derecho consuetudinario" y las normas que forman parte de este derecho son también susceptibles de interpretación.

Por lo demás, el problema de la interpretación de las normas del derecho consuetudinario es independiente de la cuestión relativa a si estas normas requieren o no de reconocimiento judicial para existir como tales. En efecto, si existe o no una norma de derecho consuetudinario es algo que tiene que ser finalmente resuelto por los órganos de aplicación del derecho, esto es, por los jueces, aunque de ese hecho no puede concluirse que la costumbre sólo se convierte en norma jurídica merced a su reconocimiento por parte del tribunal que la aplica.

Sin embargo, tal como advierte Kelsen sobre el particular, la relación del juez con las normas del derecho consuetudinario no es distinta a la que tiene con las del derecho legislado, puesto que así como el juez que tiene que aplicar una norma consuetudinaria debe establecer el hecho de la costumbre, el juez que tiene que aplicar una norma legislada tiene que establecer el hecho de su aprobación legislativa; o sea, en un caso el juez debe resolver el interrogante de si efectivamente por costumbre se produjo la norma que tiene que aplicar, mientras que en el otro debe resolver el interrogante de si por vía legislativa se produjo la norma que le corresponde aplicar.

gado por sus propias decisiones frente a casos similares anteriores, así como a las decisiones que sobre el particular hubieren adoptado jueces de superior jerarquía. Referente a lo segundo, se entiende que a medida que los precedentes se alejan en el tiempo van perdiendo fuerza vinculante.

En cuanto a la segunda de las fases antes indicada, también ofrece no pocas dificultades al juez, quien debe tratar de descubrir algún principio general o hilo conductor entre las decisiones adoptadas antes por otros jueces respecto de casos parecidos al que le corresponde conocer y fallar.

En la tercera fase, según adelantamos, la regla o principio obtenido del análisis de los casos anteriores se aplica al nuevo caso que se les parece.

Como advierte Nino, "las normas jurisprudenciales tendrán que ir variando con los nuevos casos que deben ser resueltos", de modo que "cada nueva ocasión que se presenta para aplicar la regla da lugar a un enriquecimiento de ella mediante nuevas precisiones, condiciones y excepciones a fin de hacer compatible la norma con la solución que se adopte para el caso planteado".

Es evidente que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, que se inscribe en una tradición distinta a la del *common law*, el antes descrito modo de razonar no sólo es menos frecuente, sino también menos cuidadoso y complejo. Los jueces no están vinculados a los precedentes y fundan sus decisiones en una interpretación de textos legales antes que en alusiones a cómo otros jueces han resuelto previamente casos parecidos. Sin embargo, es preciso notar que cada vez que semejantes alusiones tienen lugar, ellas suponen que el juez que las hace no sólo ha identificado los fallos a que tales alusiones se refieren, sino que ha efectuado también una determinada interpretación de esos fallos.

En un plano ahora *particular*, cabe preguntarse por la interpretación de las normas jurídicas que se contienen en un fallo judicial determinado que, una vez dictado por el tribunal correspondiente, puede ofrecer dudas en cuanto al sentido y alcance que haya de darse a alguna o algunas de sus partes.

Un fallo judicial es también un texto escrito que, como tal, puede adolecer de vaguedad, ambigüedad, oscuridad o contradicción.

Al respecto, cabe referirse al denominado recurso de rectificación, aclaración o enmienda que establece el Art. 182 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Esa disposición establece que notificada una sentencia a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Sin embargo, podrá el tribunal, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

Pues bien: en la parte en que este recurso está destinado a "aclarar puntos oscuros o dudosos" del fallo, constituye un medio del que disponen las partes para provocar la interpretación del fallo por parte del propio tribunal que lo hubiere dictado, o sea, se trata de una iniciativa que pueden tomar las partes para provocar una suerte de autointerpretación de la sentencia de que se trate, puesto que la aclaración de los puntos oscuros o dudosos se pide al mismo tribunal que dictó el fallo en cuestión.

b) *regla del sentido natural*, establecida en el inciso 1 del Art. 1563: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato";

c) *regla del sentido restringido*, establecida en el Art. 1561, y en virtud de la cual "por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado";

d) *regla de la natural extensión de la declaración*, del Art. 1565, que dice que "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda;

e) *regla de los otros contratos de las partes sobre la misma materia*, configurada en los Arts. 1564, incisos segundo y tercero, y 1566, inciso segundo, y según la cual "podrán también interpretarse (las cláusulas de un contrato) por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia";

f) *regla de la interpretación auténtica*, consagrada en el Art. 1564, inciso tercero, que dice que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra"; y

g) *regla de clausura*, que es la que contempla el Art. 1566 en los siguientes términos: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

Interpretación de la sentencia judicial.— La interpretación del derecho judicial, esto es, del derecho que producen los jueces con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional y de los fallos que emiten, puede ser planteada en dos diferentes niveles, uno *general* y otro *particular*.

Situándonos primero en un plano *general*, puede decirse que las normas jurídicas que tienen su origen en la actividad judicial constituyen un importante material normativo no sólo en los sistemas jurídicos del *common law*, sino también en el siste-

ma continental europeo. En ambos sistemas las normas que encuentran su origen en la actividad judicial tienen una influencia no desdeñable en la solución de casos futuros. Podría incluso decirse —con Carlos Nino— "que la distinción entre los sistemas del *common law* y los del tipo continental europeo es una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas (fuerza obligatoria que en el caso de los precedentes se llama *stare decisis*)".

En consecuencia, las normas que provienen de la actividad de los jueces llegan a constituir un material normativo, lo mismo que las que emanan del legislador, y se plantea entonces la cuestión de cómo pueden ser ellas interpretadas, o sea, cómo es posible establecer para ellas un determinado sentido y alcance.

Cuando un juez tiene que resolver un caso y basar su decisión en las normas que antes de él han establecido otros jueces, que es lo que acontece en los sistemas del *common law*, el juez está obligado a determinar cuáles son esas normas y acordarles sentido y alcance.

La determinación de las normas jurisprudenciales relevantes para solucionar un caso —escribe Carlos Nino— "se hace mediante un complicado proceso que se funda en el llamado "razonamiento mediante ejemplos", o sea, en la comparación entre casos, uno de los cuales ha sido clarificado ya bajo cierto concepto".

Edward Levy distingue tres fases en el razonamiento mediante ejemplos, continúa Nino. "La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos. En segundo lugar, se hace explícita la regla a que obedeció la solución de los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado".

Desde luego que la primera de tales fases es la más complicada, puesto que supone la adopción de algún criterio acerca de qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para identificar la regla que permita resolver el nuevo caso planteado. Cabe advertir, sin embargo, que para la selección de los casos anteriores se toman también en cuenta la jerarquía y antigüedad del tribunal que conoció de los casos y adoptó resolución al respecto. Concerniente a lo primero, un juez se considera siempre obli-

hay jueces autorizados a llenarlas, y, asimismo, hay determinadas fuentes supletorias a las que el juez puede recurrir para llevar a cabo exitosamente su tarea de integración. Entre tales fuentes debe incluirse también a la costumbre jurídica, si bien esta suele tener un estatuto jurídico disminuido, como ocurre en nuestro Código Civil, o adolecer ella misma de vacíos, lo cual obliga al juez a recurrir a las dos fuentes antes mencionadas —principios generales y equidad—, que le permitan dar una solución al caso de que se trate de una manera que pueda ser debidamente justificada.

En suma: sólo si la expresión “derecho” se reduce al derecho legislado podría afirmarse que hay lagunas en el derecho, porque, en efecto, el derecho legislado puede presentar vacíos. En cambio, si con la palabra “derecho” se alude no sólo a la legislación, sino al producido por cualquier autoridad normativa distinta del legislador —por ejemplo, la comunidad jurídica en el caso de la costumbre o los jueces en el caso del derecho judicial—, entonces no resulta coherente hablar de lagunas en el derecho, puesto que una de las funciones que deben realizar los jueces es integrar la ley allí donde ésta adoleciera de un vacío respecto de un caso que reclama solución jurídica. Dicho brevemente: no hay lagunas en el *derecho* porque hay jueces.

Pero es evidente que hoy nadie pone en duda la afirmación acerca de que la palabra “derecho” cubre todas las fuentes formales que conocemos y no únicamente a la ley. El legislador sabe también esto y cuenta, asimismo, con la posibilidad de dejar lagunas en el derecho que le corresponde establecer, motivo por el cual en todo ordenamiento jurídico moderno es el propio legislador el que, sin perjuicio de abrir campo a la costumbre jurídica para suplir en determinados casos la falta de ley, autoriza a los jueces para llenar las lagunas legales y establece incluso el deber de éstos en orden a conocer y fallar los asuntos que se les someten aun a falta de ley que los regule. A esto se le llama *principio de inexcusabilidad*, un principio, como sabemos, que tiene hoy entre nosotros una consagración a nivel constitucional.

Por tanto, una laguna de la ley podrá ser corregida por la costumbre jurídica, aunque bajo dos condiciones: que el ordenamiento jurídico, o la determinada rama de éste en que se hubiere producido la laguna, autorice expresamente a la costumbre jurídica para suplir los vacíos de la ley; y que, hecho lo anterior,

el derecho consuetudinario no adolezca del mismo vacío que el derecho legislado, esto es, que provea efectivamente la solución que este último no previó. Cuando la costumbre jurídica no pueda operar por falta de alguna de esas dos condiciones, siempre estará el juez llamado a resolver el caso, quien llenará la laguna de que se trate valiéndose de cualquiera de los métodos o elementos de integración de la ley que presentaremos más adelante.

El dogma de la integridad.— Hay ciertos atributos que suelen predicarse de todo ordenamiento jurídico, a saber, *unidad*, *coherencia* e *integridad*. Este último es el que tiene que ver con el tema de las lagunas, aunque conviene detenerse un instante en los otros dos tributos.

Cuando estudiamos el ordenamiento jurídico en el capítulo IV de esta obra, hicimos ver que las normas jurídicas son incontables y que, además, provienen no de una sola fuente, sino de varias y diversas fuentes, algunas de las cuales producen normas abstractas y generales y otras normas concretas y singulares. Sin embargo, la teoría del ordenamiento jurídico permite advertir cómo la validez de cada norma se funda en otra norma y cómo, a fin de cuentas, la validez de todas las normas de un mismo ordenamiento puede ser reconducida a una norma básica o fundamental. Esta circunstancia, en fin, permite que innumerables normas producidas por múltiples fuentes puedan aparecer configurando esa *unidad* a la que se denomina “ordenamiento jurídico”.

En cuanto a la *coherencia*, se trata de una propiedad del ordenamiento jurídico que consiste en que dos normas contradictorias no pueden existir al mismo tiempo en un determinado ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no pueden coexistir una norma que prohíba un comportamiento y otra que lo permita. También analizamos en su oportunidad los criterios que existen para solucionar tales conflictos o antinomias de normas.

Por *integridad* de un ordenamiento jurídico se entiende la propiedad que consiste en que el ordenamiento jurídico cuenta siempre con una norma que regula y permite resolver cualquier caso jurídicamente relevante que se presente. Como dice Bobbio, “integridad significa ausencia de lagunas”, porque el atributo de la integridad sugiere que el ordenamiento jurídico es

INTEGRACION DEL DERECHO

1. GENERALIDADES

Interpretación e integración del derecho. El dogma de la integridad. Concepto de laguna legal y clases de lagunas.

Interpretación e integración del derecho.— La *interpretación* del derecho, como ya sabemos, es una actividad que realizan determinados órganos y personas en presencia de normas jurídicas ya establecidas, o, si se prefiere, en presencia de determinados textos que, una vez interpretados, dan por resultado las normas jurídicas que son las que se trata de establecer, comprender o aplicar, según los casos, por los diversos agentes que llevan a cabo tareas de interpretación jurídica.

Tratándose en particular de la interpretación de la ley, y, más concretamente aún, de la interpretación judicial de la ley, el juez cuenta con un derecho preexistente al caso que debe conocer y fallar, esto es, se encuentra vinculado a un material normativo puesto previamente por otra autoridad normativa, y que es, precisamente, el que él tiene que identificar, interpretar y decidir finalmente su aplicación a los casos de la vida social que se le presenten.

La interpretación judicial de la ley, en consecuencia, supone la existencia de un material jurídico dado al juez —las normas del derecho legislado o los textos que expresan ese derecho—, de modo que su labor interpretativa, ya sea que se entienda encausada directamente a las normas o a los textos, se desenvuelve siempre en un marco previamente establecido.

Distinto es lo que pasa con la *integración* de la ley, puesto que se trata de una actividad a la que el intérprete de la ley, en espe-

cial los jueces, se ven compelidos a falta de ley, es decir, cuando teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho legislado ha callado acerca de él y, por tanto, no provee solución jurídica alguna para el mismo.

El legislador puede advertir lagunas en las leyes y remediarlas o no. El jurista puede también detectarlas y proponer maneras de salvarlas, pero sus propuestas no resultan vinculantes desde un punto de vista jurídico. En cambio, los jueces advierten a veces lagunas en las leyes en relación con los casos de que conocen, aunque, a diferencia del legislador, están obligados a llenarlas y a fallar el caso de que se trate, no estándoles permitido omitir el fallo a pretexto de que no existe ley sobre la materia. Esto significa que en presencia de una laguna el juez no puede negarse a dar una solución al caso que no aparece regulado por la ley, ni puede tampoco diferir la solución hasta que el legislador colme o remedie la laguna de que se trate, ni puede, en fin, reenviar el problema al legislador e instarlo a que corrija la insuficiencia detectada en el derecho legislado de que ese legislador es responsable.

Por otra parte, y a diferencia ahora del jurista, el juez no está llamado a detectar lagunas y a hacer *proposiciones* acerca de cómo llenarlas, sino a *resolver* el caso no regulado de una manera vinculante para las partes que intervienen en el respectivo asunto, lo cual pasa, naturalmente, por llenar de algún modo la laguna que se ha detectado.

Cabe advertir que se acostumbra distinguir entre lagunas en el *derecho* y lagunas en la *ley*. Las segundas serían los vacíos que respecto de un caso jurídicamente relevante se perciben en el derecho legislado. Las primeras serían los vacíos que respecto de un caso semejante se perciben no sólo en el derecho legislado, sino también en las demás fuentes del derecho, esto es, en la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, establecido que la jurisprudencia de los tribunales es una fuente del derecho, y que también lo son los principios jurídicos y la equidad, sólo resulta razonable hablar de lagunas en la *ley*, y no en el *derecho*, puesto que, de producirse una laguna legal, son precisamente los jueces los llamados a llenarla, empleando para ello los principios generales y la equidad. Con esto se quiere decir que una laguna legal no puede expandirse a la totalidad del ordenamiento jurídico respectivo, esto es, al *derecho*, puesto que

Lagunas técnicas son aquellas que aparecen cuando el legislador omite normar un determinado aspecto de la ley que impide o dificulta la aplicación de ésta. Es lo que acontece, por ejemplo, si una ley determina que un cuerpo colegiado, para poder instalarse y funcionar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente que es el propio organismo el que tiene que elegir su presidente. Entonces, ¿cómo podría ser convocado el cuerpo colegiado por su presidente cuando se trata de reunirlos, precisamente, para que proceda a la elección de éste? Kelsen dice que en una situación como esa no hay propiamente una laguna, porque cualquier forma de convocatoria que se emplee será conforme a la ley.

Lagunas axiológicas, en fin, son aquellas que se producen cuando existe una norma jurídica aplicable al caso, pero ésta parece al juez injusta o inconveniente desde un punto de vista jurídico-político, de modo que el juzgador entiende que no debe hacer aplicación de esa norma y que lo que debe hacer es fallar el caso de que se trate como si tal norma no existiera. Sin embargo, una situación como ésta responde a un juicio de valor relativo de parte del juzgador que, según Kelsen, de ninguna manera pueda excluir un juicio de valor contrapuesto, de donde se sigue que no se está propiamente en presencia de una laguna, sino de una diversidad de criterios acerca de las bondades de una norma aplicable a un caso dado. Por tanto, a este tipo de lagunas, en tanto no importan ausencia de norma aplicable, sino falta de una norma satisfactoria o justa para el caso de que se trate, se las llama también *lagunas ideológicas*.

Volviendo ahora a la cuestión de la integridad del ordenamiento jurídico, si bien ella no puede constituir un dogma, tampoco debe vérsela como una simple ilusión. La integridad es un propósito del legislador cuya racionalidad no consiste en alcanzarla plenamente, sino en advertir, incluso por parte del propio legislador, que las previsiones normativas de la legislación nunca conseguirán ser completas y que el juez es el llamado a efectuar las determinaciones normativas de tipo singular por medio de las cuales se continúa y complementa el proceso de producción del derecho. En consecuencia, un ordenamiento jurídico, si bien nunca es *completo*, siempre resulta posible *completarlo*.

Concepto de laguna legal y clases de lagunas.—“Laguna” proviene del latín “*lacuna-ae*”. Esta expresión, además de aludir a la profundidad del mar, significa “cavidad”, “oquedad”, pero también “falta”, “vacío”. En un sentido más general, significa, asimismo, “omisión”, “carencia”; así, por ejemplo, cuando se dice de alguien que tiene “lagunas” en su memoria. En cualquier caso, los significados antes mencionados sugieren la idea de insuficiencia, defecto, carencia, ausencia de algo que debería estar en su lugar.

Por su parte, una laguna legal es una insuficiencia del derecho legislado que se percibe como ausencia de regulación jurídica para un caso en el que cabía razonablemente esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el derecho legislado, para lo cual el juez correspondiente puede valerse de los llamados procedimientos de integración de la ley, a saber, la analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

Por lo mismo, la analogía jurídica, aunque también la equidad y los principios generales, son los métodos o procedimientos que el juez puede utilizar en presencia de una laguna legal.

Siguiendo en esto a Bobbio, podemos decir que hay *lagunas legales subjetivas* y *lagunas legales objetivas*. Son *subjetivas* las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador, y son *objetivas* las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de nuevas invenciones, de cualquier causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, y que, por lo mismo, son independientes de la voluntad del legislador.

Las lagunas subjetivas pueden ser a su vez *voluntarias* o *involuntarias*. *Involuntarias* son las que se producen a raíz de cualquier inadvertencia del legislador sobre la materia o asunto regulado por él, y *voluntarias* son las que el mismo legislador deja a propósito en materias de suyo complejas que no admiten regulaciones demasiado minuciosas ni exhaustivas y que es preferible confiarlas a la interpretación y aplicación caso por caso que corresponde efectuar a los jueces.

Por último, se distingue también entre *lagunas praeter legem* y *lagunas intra legem*. Las primeras se presentan cuando las disposiciones de la ley, por ser demasiado particulares, no alcanzan a comprender todos los casos que pueden luego presentarse; las segundas, al contrario, tienen lugar cuando normas legales de-

completo y que el juez siempre hallará una norma que regule el caso que se le presenta.

En consecuencia, si falta unidad en el ordenamiento, lo que se trata de eliminar es una *contradicción*, mientras que si falta integridad, lo que se trata de llenar es un *vacío*. Ahora bien, si se pone atención a esos dos verbos –“eliminar” y “llenar”–, se comprenderá por qué en el caso de las antinomias estamos en presencia de una *exuberancia* normativa del ordenamiento jurídico (superabundancia de soluciones) y por qué en el caso de las lagunas estamos en presencia de una *deficiencia* normativa (ausencia de solución). Es por eso que los remedios para una y otra situación son distintos: en el primer caso, la *purga* del sistema para eliminar las normas sobrantes; y en el segundo, la *integración* para eliminar la deficiencia de normas, o sea, las lagunas.

Se puede admitir que la integridad del ordenamiento jurídico es una exigencia en presencia de jueces que están obligados a fallar todas las controversias que se les presenten en la esfera de sus respectivas competencias, y que, además, están obligados a fallar conforme al derecho que se encuentre preestablecido acerca de tales controversias.

Sin embargo, el error consiste en hacer de la integridad un dogma, un dogma que “nace probablemente de la tradición romanista medieval”, como indica Bobbio, y que encuentra su punto máximo de aprobación con el postulado posterior de la omnipotencia del Estado para producir derecho y de la racionalidad del legislador que interviene en la producción de las leyes. Como escribe Bobbio, “omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existieran lagunas, qué otra cosa debería hacer el juez aparte de recurrir a las fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas, la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un derecho paralelo, romper con el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la integridad vaya paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado”.

Las grandes codificaciones, según vimos a propósito de la doctrina de la Exégesis, son “la voluntad macroscópica de esa voluntad de integración, y fue precisamente en el marco de ideas de esa doctrina que surgió la convicción de que todas las deci-

siones judiciales deben derivar de las leyes puestas previamente por un legislador que es capaz de prever todos los posibles casos y situaciones que llegarán más tarde a conocimiento de los jueces”.

Vale la pena decir ahora que desde una perspectiva diferente a la anterior, Kelsen tampoco admite la existencia de lagunas, esto es, rechaza el supuesto de que existan “casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso”.

Kelsen distingue entre *lagunas auténticas*, que son las que el autor define del modo arriba indicado, *lagunas técnicas* y *lagunas axiológicas*.

En cuanto a las primeras, para Kelsen no constituyen lagunas, puesto que todo ordenamiento jurídico cuenta con un *principio de clausura*, entendiendo por tal el enunciado que estipula “todo lo que no está prohibido está permitido”. Así las cosas, cuando las normas de un ordenamiento jurídico ni imponen ni prohíben una determinada conducta, no puede decirse que ésta carezca de toda calificación jurídica, esto es, que exista una laguna a su respecto, puesto que en tal caso hay que entender que la conducta en cuestión se encuentra permitida por el ordenamiento y que, por lo mismo, no hay ausencia de regulación jurídica a su respecto.

Sin embargo, el enunciado de Kelsen acerca de que “todo lo que no está prohibido está permitido” ha sido objeto de críticas, bien porque es tautológico, bien porque no siempre resulta verdadero. El enunciado es tautológico si por “permitido” se entiende lo que no está prohibido, puesto que en tal caso el enunciado kelseniano podría ser leído del siguiente modo “todo lo que no está prohibido no está prohibido”. Por su parte, el enunciado no resulta siempre verdadero si por “permitido” se entiende otra cosa, a saber, no lo que no se halla prohibido, sino lo que se encuentra expresamente autorizado por una norma que permite la acción de que se trate, caso en el que el aludido enunciado podría leerse de la siguiente manera: “si no hay una norma que prohíba un comportamiento, ese comportamiento está permitido por otra norma del mismo ordenamiento”. Sin embargo, esto no siempre es así, salvo en el ámbito del derecho penal, de modo que se trata de un enunciado que no es posible aplicar *a priori* a todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto ahora al razonamiento jurídico por analogía –o, simplemente, analogía jurídica–, se trata de una argumentación en uso de la cual la solución prevista por la ley para un caso jurídicamente relevante se traslada a otro caso no previsto por la ley, aunque similar o parecido al que sí se encuentra previsto, por entender que existe una razón de justicia para ello, o, cuando menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso previsto.

Sin embargo, para que pueda atribuirse al caso no regulado la consecuencia prevista para el caso regulado, se requiere que entre ambos exista no una semejanza *trivial*, sino una semejanza *relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso no regulado se le atribuye aquella consecuencia y no otra.

Siguiendo el ejemplo de Bobbio, si una ley sanciona el comercio de libros obscenos, alguien podría preguntarse si la consecuencia que esa ley prevé puede aplicarse, por un lado, al comercio de libros policiales, y, por el otro, a los discos que reproducen canciones obscenas. Si bien entre los libros obscenos y los libros policiales existe una semejanza bien palpable –ambos están impresos en papel–, es seguro que cualquier intérprete no aceptaría la extensión de la consecuencia prevista para el primer tipo de libros al segundo tipo de libros, porque no se trata de una semejanza relevante para estos efectos, aunque sí podría mostrarse partidario de que dicha consecuencia se amplíe a los discos obscenos, puesto que existe una semejanza relevante entre éstos y los libros de ese mismo carácter.

En consecuencia, la analogía jurídica opera sobre la base de los siguientes presupuestos:

- a) un caso jurídicamente relevante de la vida social que no se encuentra previsto ni regulado por la ley;
- b) un caso similar, si bien no idéntico al anterior, que sí se encuentra previsto y regulado por la ley;
- c) existencia de una semejanza relevante entre ambos casos; y
- d) posibilidad de ofrecer una razón de justicia, o cualquier otro motivo plausible, que haga aconsejable trasladar al caso no previsto ni regulado la solución contemplada para el caso previsto y regulado.

Como dice Carlos Nino, la analogía jurídica “consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que sí lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos”.

Tratándose de la analogía jurídica, se distingue entre *analogía legis* y *analogía iuris*. Por *analogía legis* se entiende un procedimiento para llenar lagunas que consiste en extender la solución dada por la ley a un caso a otro caso no previsto por la ley, pero que es parecido o similar al que sí se encuentra previsto. Por su parte, la *analogía iuris* es también un procedimiento para llenar lagunas, aunque no a partir de una ley, esto es, no valiéndose de una determinada norma legal que contemple y resuelve un caso parecido a aquel que no se encuentra regulado por ley alguna, sino recurriendo a los principios generales del derecho.

Por tanto, puede decirse que la analogía jurídica propiamente tal –vista como un método o procedimiento de integración de la ley– es la *analogía legis*, puesto que la *analogía iuris* remite a un método o procedimiento de integración de la ley distinto de la analogía, a saber, los principios generales del derecho.

Por lo mismo, hay también similitud entre la analogía jurídica y la interpretación extensiva de la ley. Sin embargo, Bobbio dice que se han ideado varios criterios para justificar una distinción entre una y otra, aunque para el autor italiano el único criterio diferenciador aceptable es el que se refiere a los *efectos*, puesto que el efecto de la extensión analógica es crear una nueva norma jurídica, mientras que el efecto de la interpretación extensiva es únicamente ampliar el ámbito de aplicación de una norma a casos no previstos por ella.

El ejemplo que utiliza Bobbio a este respecto es el siguiente: se pregunta si el artículo 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador en relación con las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza que tiene el comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva norma para regular el comodato, una norma que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del mismo Código, que define como corredor a “quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio”, se puede hacer extensivo también a quienes inducen a la conclusión de un negocio una

masiado generales dejan vacíos que deben ser llenados por el intérprete.

Las lagunas *voluntarias* son generalmente *intra legen*, y la diferencia entre éstas y las *praeter legen* consiste en que, tratándose de estas últimas, el intérprete debe formular nuevas reglas al lado de las expresas, mientras que en las *intra legen* las nuevas reglas deben ser formuladas dentro de las reglas expresas.

Otra distinción usual a este respecto es la que se refiere a *heterointegración* y *autointegración* de las lagunas. Estamos en presencia de la primera cuando la integración de la ley es llevada a cabo por medio de un ordenamiento diverso al jurídico –por ejemplo, el derecho natural– o echando mano de fuentes formales distintas de la propia ley. En cambio, la *autointegración* es la que se produce dentro del marco de la misma fuente que adolece de un vacío, sin recurrir sino mínimamente a fuentes distintas y sin recurrir, tampoco, a otro ordenamiento normativo.

Cuando la heterointegración recurre no a otros ordenamientos, sino a fuentes jurídicas distintas de la ley, ella asume tres formas: el recurso a la costumbre jurídica considerada como fuente subsidiaria, lo cual resulta posible cuando el ordenamiento jurídico da valor a la costumbre en todas las materias no reguladas por la ley; el derecho judicial, es decir, los precedentes que el juez pueda identificar y que le permitan llevar a cabo una integración de la ley en la misma dirección o sentido que pueda haberse adoptado en fallos anteriores sobre la misma materia; y las opiniones de los juristas, reflejada en las doctrinas más aceptadas respecto de cómo deban resolverse los casos de que se trate.

En cambio, la autointegración se vale de la analogía jurídica, de los principios generales y de la equidad. Ahora bien, se considera que el recurso a la *analogía* permite llegar a una solución para el caso no previsto por la ley en el marco del propio derecho legislado, esto es, en el marco y dentro de los límites de la propia fuente en que se produce la laguna, puesto que se trata de un tipo de razonamiento que parte de la solución que la ley ha dado para un caso similar, aunque no idéntico, a aquél que no se halla regulado. Por su parte, los *principios generales del derecho* permiten también llegar a una solución manteniéndose dentro del marco del propio derecho legislado que acusa el vacío o laguna, puesto que tales principios, en la idea más habitual que se tiene de ellos, son posibles de ser inducidos a partir

del propio material normativo del derecho legislado. Por último, si la *equidad* es entendida como un correctivo o enderezamiento de la ley, según lo que fue explicado al tratarla como una de las fuentes supletorias del derecho, se entenderá que se la considere también como una manera de autointegrar el derecho legislado.

2. METODOS DE INTEGRACION DE LA LEY

La analogía jurídica. Los principios generales del derecho y la equidad.

La analogía jurídica.— La analogía constituye uno de los métodos o procedimientos de integración de la ley, es decir, uno de los métodos o procedimientos que son utilizados por los jueces cuando se trata de llenar lagunas de la ley.

“Analogía” no es una expresión unívoca. Sin embargo, los distintos conceptos que se designan con esa palabra tienen algo en común, cual es la idea de *semejanza* o *similitud*.

En nuestro caso, tenemos que restringirnos a aclarar en qué consiste, en general, el razonamiento por analogía –también llamado razonamiento analógico– y en qué consiste, en particular, el razonamiento jurídico por analogía.

Siguiendo en esto a Bobbio, así como los comentarios que sobre el pensamiento de Bobbio debemos a Manuel Atienza, puede decirse que el razonamiento por analogía es aquel que va de lo *particular* a lo *particular*, a diferencia del razonamiento inductivo, que va de lo particular a lo general, y del razonamiento deductivo, que es aquél que va de lo general a lo particular. Complementando esa idea, podemos decir que razonamiento por analogía es aquel que va de lo particular a lo particular, de modo que, puestos dos términos en relación de semejanza entre sí, se extiende al uno el predicado del otro.

Un ejemplo clásico de razonamiento por analogía, que se atribuye a Aristóteles, es el siguiente: “La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar; luego, la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala. Así, la fórmula del razonamiento por analogía es ésta: M es P; S es similar a M; S es P.

CAPITULO VI
CONCEPTO, FUNCIONES
Y FINES DEL DERECHO

vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otros corredores. Si se responde de manera afirmativa, no se crea una nueva norma, sino simplemente se amplía el alcance de la norma que ya existe. El primer ejemplo es de analogía, mientras el segundo lo es de interpretación extensiva. Con ésta sólo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquélla se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no sería igualmente correcto decir, en el caso del artículo 1577, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Como explica a este respecto Manuel Atienza, en la interpretación extensiva se extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, pero dicha operación tiene lugar sin salirse de la norma; en cambio, en la analogía la extensión tiene lugar en base a una norma superior –se crea, pues, una nueva norma– que se aplica tanto al caso regulado como al no regulado.

Por su parte, Luis Díez Picazo razona de la siguiente manera para justificar la diferencia entre analogía jurídica e interpretación extensiva.

Dice el autor que el ámbito de aplicación de una norma comporta una *doble* limitación: una *genérica*, que se produce a través del marco institucional dentro del cual la norma actúa; y una *específica*, que resulta de la configuración del propio supuesto de hecho de la norma. Así las cosas, se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro, y se opera por vía de interpretación extensiva cuando se mantiene la norma dentro de su marco institucional, aunque entendiendo incluido en su supuesto de hecho más casos que aquellos que encierra la simple literalidad de la norma.

Y añade el autor antes mencionado, echando mano de un ejemplo del derecho español: el Art. 752 del Código Civil español dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que le hubiese confesado. Pues bien: se operaría por analogía trasladando esa norma, que pertenece al marco institucional del testamento, a los negocios jurídicos entre vivos, aplicándola, por ejemplo, a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, se operaría

por vía de interpretación extensiva si, manteniendo esa norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, se entendiera aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiere confesado al testador, sino también al sacerdote que sin haberle confesado le hubiere administrado la unción de los enfermos o que hubiere prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o consuelos espirituales.

La distinción entre extensión analógica e interpretación extensiva puede tener importancia, puesto que si se encuentra prohibida la primera –como acontece en el derecho penal–, podría entenderse que ello no obsta a la segunda. Sin embargo, lo anterior entraña el siguiente riesgo: que en nombre de la interpretación extensiva (que está permitida) se lleve a cabo una extensión analógica (que está prohibida).

Principios generales del derecho y la equidad.– También son presentados como métodos o procedimientos de integración de la ley.

A ambos nos referimos largamente en el capítulo III, sobre fuentes del derecho, donde fue explicado, asimismo, el estatuto que tanto los principios generales como la equidad tienen en el derecho chileno.

que el derecho es un conjunto de normas, aunque sirvieron también, especialmente el tercero de ellos, para mostrar la presencia en todo ordenamiento jurídico de estándares diferentes de las normas, como es el caso de los principios jurídicos, lo cual nos condujo a tener por más adecuada la idea de Hart en orden a que el derecho es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas. Esta última constatación se vio también reforzada al advertir que, aun si se atiende únicamente a las normas jurídicas, es posible verificar que no todas éstas funcionan propiamente como normas, esto es, como esquemas de conducta que imponen un determinado comportamiento a los sujetos normativos con la pretensión de que éstos adecuen su obrar a tales esquemas, sino que algunas de ellas cumplen funciones distintas, a saber, definir conceptos, otorgar competencias para producir nuevas normas, interpretar otras normas, derogar normas, etc.

Pues bien: la concepción del derecho que fue manejada en los cinco capítulos previos de esta obra es la que requiere ahora ser revisada, aunque no para abandonarla y sustituirla por otra, sino para precisar a su respecto algunos alcances, como también ciertas matizaciones, que nos conducirán a una idea del derecho más elaborada y completa de la que hemos utilizado hasta el momento.

Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho.— Cuando se trata de establecer qué es el derecho, o sea, cuando se procura obtener un relativo aislamiento de este objeto de entre los muchos otros que comparecen también ante nosotros y reclaman igualmente nuestra atención cognoscitiva, se cuenta ya, previamente, con algún tipo de visión acerca del objeto que se busca. Esto es así puesto que para desplegar cualquier esfuerzo cognoscitivo acerca del derecho, es preciso que el agente de tal acto de conocimiento haya decidido, al menos en forma provisoria, qué es y qué no es derecho en el contorno de la realidad que cae bajo su observación.

En otras palabras: al recortar el derecho entre otros fenómenos de la experiencia con el propósito de constituirlo en objeto de sus esfuerzos cognoscitivos, el agente del conocimiento jurídico no procede, por decirlo así, de una manera enteramente aséptica, puesto que la sola selección del objeto se efectúa bajo

la presencia de algunos presupuestos que condicionan esta misma elección.

Por lo mismo, puede decirse que al momento incluso de seleccionar el derecho como objeto de conocimiento —precisamente para llegar a conocerlo mejor—, el agente de este conocimiento sabe ya algo de este objeto, en cuanto puede identificarlo como tal y aislarlo relativamente de otros objetos o fenómenos que se le muestran ante sí.

A éste se refiere Heidegger, por ejemplo, cuando se pregunta: “¿No debemos nosotros, para encontrar algo, saber ya que ello está ahí? ¡En efecto! Inmediata y regularmente, entonces, el hombre sólo puede buscar si ha aprehendido por anticipado el estar ahí presente de lo buscado”. Y, más gráficamente, Ortega afirma sobre el particular que “buscar es una extraña operación: en ella vamos por algo, pero ese algo por el que vamos, en cierto modo, lo tenemos ya. El que busca una cuenta de vidrio rojo entre otras de varios colores, parte ya con la cuenta roja en su mente; por tanto, anticipa que hay una cuenta roja y por eso la busca”.

De otra parte, hay que advertir que nunca es posible llevar a cabo un aislamiento total de un determinado objeto de conocimiento, porque los objetos comparecen a nuestra atención inmersos en un haz de relaciones con otros objetos. Por tanto, la exigencia metodológica de aislar un objeto con fines de conocimiento posee únicamente el sentido de fijar un dato inicial y próximo a partir del cual pueda luego llevarse a cabo la tarea de conocerlo sobre bases más útiles y seguras, y no el de provocar una incomunicación del objeto escogido dentro del complejo espectro de relaciones en que aparece desenvolviéndose su existencia.

Pero, a la vez, hay que convenir en que estas relaciones, metodológicamente omitidas o pospuestas al momento de llevar a cabo la selección y relativo aislamiento de uno determinado de ellos, se revelan o muestran verdaderamente a propósito del objeto escogido sólo una vez que dicha selección y aislamiento han tenido lugar. Así, es la propia selección del objeto, que se lleva a efecto, como se dijo, desconociendo momentáneamente las múltiples y complejas relaciones que éste guarda con otros fenómenos, la que, de modo quizá paradójal, facilita luego la comprobación de estas mismas relaciones. La primitiva indigencia

PRIMERA PARTE

SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

1. EL CONCEPTO DE DERECHO

De nuevo sobre el concepto de derecho. Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho.

De nuevo sobre el concepto de derecho.— Tanto el primero como el segundo capítulo de este manual fijaron una concepción del derecho de tipo normativista, esto es, dieron por establecido que el derecho es un orden normativo, o sea, un conjunto de normas que regulan el comportamiento humano. Por su parte, el capítulo tercero, relativo a las fuentes del derecho, identificó los distintos métodos de creación de las normas jurídicas, esto es, identificó a quiénes, valiéndose de qué procedimientos y con cuáles límites de contenido están autorizados para producir nuevas normas jurídicas al ordenamiento y para modificar o dejar sin efecto a las ya existentes. En cuanto al capítulo cuarto, sobre el ordenamiento jurídico, mostró cómo las normas jurídicas, en razón de reconocer un fundamento común de validez, forman un todo unitario al que se llama, precisamente, ordenamiento jurídico. En cuanto al capítulo quinto, planteó el problema de la interpretación e integración del derecho, esto es, estableció quiénes y por medio de cuáles elementos o criterios llevan a cabo la tarea de fijar el o los posibles sentidos y alcances de las normas del ordenamiento, así como la de salvar los vacíos o lagunas que éste pueda presentar.

Del modo antes reseñado, los capítulos tercero, cuarto y quinto desarrollan sus respectivas materias sobre la base de asumir

Sin embargo, hay que reconocer que no hemos avanzado mucho, puesto que nada de lo dicho hasta aquí nos dice, determinadamente, qué es el derecho, sino que, cosa distinta, nos advierte meramente acerca de ciertas condiciones necesarias para que surja el derecho y las relaciones jurídicas consiguientes, a saber, que haya hombres, que éstos vivan en sociedad, que reconozcan intereses que tanto pueden ser comunes como contrapuestos, en cuyo caso estaremos en presencia del conflicto, y que, por último, se dé entre los hombres esa básica igualdad a que aludíamos hace un instante.

Ahora bien, interesa destacar que el derecho se nos presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana. Así, lo primero que nos devuelve nuestra mirada cuando dirigimos ésta, con fines de conocimiento, hacia ese determinado objeto llamado "derecho", es una específica normatividad, un conjunto de normas.

Dicha aseveración, sin embargo, tiene que ser corregida en la doble dirección antes recordada, a saber, en la de que no todas las normas del derecho funcionan realmente como tales, puesto que hay normas que no prescriben comportamientos y que cumplen otras funciones, y en la de que en todo derecho conviven con las normas otros estándares jurídicos importantes, como es el caso de los principios, todo lo cual conduce a la conclusión de que el derecho, mas que consistir en normas, es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas.

Sin embargo, una concepción normativista del derecho no sólo se corrige o suaviza del modo antes indicado, sino también por la constatación de ciertos *hechos y conductas*, así como de *valoraciones*, que, puestas en una determinada conexión con las normas de todo ordenamiento jurídico, se hallan igualmente presentes en el fenómeno jurídico.

En consecuencia, a la dimensión *normativa* del fenómeno jurídico, que es ostensible, se suman una dimensión *fáctica* y otra *valorativa*, cuya consideración conjunta permite tener una comprensión más cabal del fenómeno jurídico.

Respecto de la dimensión *fáctica* del fenómeno jurídico, es posible comprobar en éste la presencia de algunos hechos y conductas que se relacionan con todo ordenamiento jurídico. Lo que interesa destacar, en todo caso, es que se trata de hechos y conductas que pueden ser identificados a partir de la propia exis-

tencia de un ordenamiento jurídico, puesto que se trata de hechos y de conductas que comparecen a la atención del investigador en la medida en que existe un ordenamiento jurídico vigente. Esto significa que se trata de hechos y conductas que se relacionan con el ordenamiento jurídico no de una manera distante, imprecisa, ni menos aun forzada, sino que aparecen vinculadas de una manera indefectible con todo ordenamiento jurídico.

¿Cuáles son esos hechos y conductas que constituyen el elemento o dimensión fáctica del fenómeno jurídico?

Están, en primer término, las *fuentes materiales del derecho*, o fuerzas modeladoras de éste, o sea, el conjunto de factores de muy diversa índole que, presentes en una comunidad jurídica, y en dinámica y recíproca interacción, influyen, en mayor o menor medida, según los casos, en la producción de las normas jurídicas y en los contenidos prescriptivos de que éstas resultan provistas.

Un segundo hecho relevante está constituido por el *acto de creación de las normas*, desde el momento en que toda norma jurídica, tal como lo mostró el capítulo relativo a las fuentes formales del derecho, supone un acto en virtud del cual es producida e incorporada al ordenamiento jurídico de que se trate, acto que proviene de un órgano, autoridad o sujeto dotado de competencia para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento al que van a incorporarse luego las normas por ellos creadas.

Dicho acto de creación de las normas jurídicas podrá ser simple (como en el caso de los actos jurídicos) o complejo (como en el caso del proceso de formación de las leyes); podrá estar perfectamente formalizado en las fases o series de actos que lo componen (como en el mismo caso del proceso de formación de las leyes) o responderá a un proceso larvado y no formalizable (como en el caso del derecho consuetudinario); pero, en todo caso, se trata siempre de actos, o de series de actos, cuya significación jurídica —la de producir normas jurídicas— está dada por la circunstancia de hallarse regulados por otras normas del mismo ordenamiento, aunque de rango o jerarquía superior, las cuales les proporcionan la base o fundamento de su validez.

Por último, y para completar el registro de datos que constituyen el elemento o dimensión fáctica del fenómeno jurídico,

del objeto, producto del corte arbitrario que el investigador introduce en la realidad, se transforma, entonces, en el primer rastro que este mismo investigador encuentra para llevar a cabo posteriormente la verificación y análisis de las relaciones que, una vez descubiertas, devolverán al objeto toda su abundancia y atavío.

Sobre el particular, y recordando lo que dice Kant en el sentido de que no todos los conceptos *necesitan* ser definidos, de modo que hay aproximaciones a las definiciones de ciertos conceptos y éstas son en parte "exposiciones" y en parte "descripciones", pienso que en una *exposición* del derecho, sustitutiva de una *definición* de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina "derecho".

La primera afirmación que podría ser propuesta a este respecto, a fin de progresar desde comprobaciones más sencillas hasta aseveraciones más complejas, es que en el principio del derecho está la persona, esto es, de que por causa del hombre existe el derecho. Trátase entonces de un fenómeno que apreciamos entre los hombres y que acontece únicamente a propósito de la vida de éstos. "Como obra que es del hombre —dice Helmut Coing—, el derecho no puede entenderse sino partiendo de intenciones humanas".

Seguidamente, el derecho se nos presenta como un producto de la vida social del hombre, desde el momento en que sólo en la vida humana social tiene sentido propiamente hablar de derecho. De este modo, así como la sociedad parece ser una forma ineliminable de la existencia humana, así también el derecho parece ser una forma necesaria de la vida en sociedad. Escribe Legaz Lacambra sobre este punto que sólo "desde el momento que hay hombres en mutua relación existen relaciones jurídicas entre ellos: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo ubi homo, ibi jus*". Como apunta por su parte Grocio, "esta necesidad de vida social, de la que no hemos dado más que un esbozo y que es conforme al entendimiento humano, es la fuente del Derecho propiamente dicho".

Como explica Edgar Bodenheimer, mientras Robinson Crusoe, el protagonista de la novela de Daniel Defoe, vive solo en la isla desierta a la que ha sido arrojado como consecuencia de

un naufragio, no hay derecho posible. Sin embargo, cuando luego aparece Viernes en la historia, un joven salvaje a quien Robinson rescata de las manos de unos caníbales que pretendían devorarlo, se da, al parecer, la base social necesaria para el derecho, aunque tal base se pierde en la medida en que Viernes, impulsado por la gratitud hacia su salvador, renuncia a su condición de persona y se coloca incondicionalmente a las órdenes de Robinson. Como escribe Bodenheimer en la obra antes citada: "el joven salvaje (Viernes) se arrodilla ante Robinson, baja la cabeza hasta tocar la tierra con la frente, toma el pie de su salvador y lo coloca sobre su cráneo. De esta manera, jura ser esclavo perpetuo de Robinson. Da a éste un dominio absoluto y un poder de vida y muerte sobre él, y se compromete a obedecer todos y cada uno de los mandatos de su salvador, sin pedir compensación por hacerlo".

Sin embargo, cuando se incorpora a esta historia el capitán de un barco inglés, arrojado también a la isla por la tripulación amotinada de su navío, se da efectivamente, además de la base social para el surgimiento de relaciones jurídicas, la no menos importante base de igualdad también necesaria para la existencia y funcionamiento del derecho. Porque desde el momento en que Robinson y el capitán inglés se miran como hombres libres e iguales, pueden convenir jurídicamente que el primero ayudará a éste a recuperar su barco, en tanto que el capitán se compromete, por su parte, a someterse a la autoridad de Robinson mientras permanezcan ambos en la isla y, recuperado el barco, a llevarlo a Inglaterra sin cobrarle pasaje.

Por ello, Coing ha podido escribir que "el segundo momento fundante de la problemática de la relación entre derecho y poder es la circunstancia de que en el derecho alienta una tendencia a la igualdad, un rasgo igualitarista, mientras que la relación de poder presupone típicamente diversidad valorativa entre el titular del poder y los sometidos".

Tenemos hasta aquí, entonces, que el derecho es una cosa del *hombre*, que es forma de la *vida social* de éste y que requiere o demanda de cierta *igualdad* entre los hombres a quienes relaciona y cuyos conflictos o intereses encauza, al menos la básica igualdad de que los hombres participen, sin excepciones, de la condición de sujeto de derecho, esto es, de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

to ordenamiento de las relaciones sexuales aceptable para nuestra cultura occidental, carácter de valoración coactiva”.

En cuanto a la significación jurídica de estas valoraciones socialmente dominantes, debemos decir, en primer término, que ellas pueden obrar como fuentes materiales del derecho, en cuanto se nos presentan como uno de aquellos factores –y quizás de los más poderosos– que pueden determinar la aparición y el contenido prescriptivo de las normas jurídicas vigentes, dependiendo ello, entre otras variables, del régimen de gobierno y del sector de regulación jurídica de que se trate. Así, el régimen democrático de gobierno –uno de cuyos presupuestos es la elección por sufragio universal de los miembros del órgano legislativo– facilita en mejor forma que otros el tránsito de las valoraciones socialmente dominantes a la normatividad jurídico-positiva, mientras que determinadas ramas del derecho, como el derecho de familia, son invariablemente más expresivas de estas mismas valoraciones que otras ramas o sectores de regulación, como el derecho económico, en las que, por la inversa, se acentúa o refuerza el rol instrumental del derecho positivo.

A la vez, las valoraciones socialmente dominantes pueden jugar también un papel relevante en la eficacia de las normas jurídicas, puesto que mejores expectativas de ser eficaz tendrá una normatividad jurídico-positiva cuyas valoraciones, esto es, las valoraciones de que ella es portadora, coincidan con las que, por su parte, posea o abrace el grupo social destinatario de esa misma normatividad.

Por último, y como una *tercera* modalidad de presentación del elemento valorativo en el fenómeno jurídico, y, tal vez, la que con mayor habitualidad es recogida y desarrollada por la literatura jurídica, está la que tiene relación con la afirmación de un criterio de justicia que, postulado como anterior y superior a los derechos positivos con realidad histórica y a los modelos de justicia relativos que estos aspiran a realizar con sus normas, permitiría la adopción de pautas estimativas, más o menos determinadas y precisas, sobre la base de las que sería posible llevar a cabo cualquiera de las dos operaciones que señalaremos a continuación.

Así, establecido que el hombre forja incesantemente criterios acerca de lo justo y aunque pueda atribuírsele mayor, menor o ningún éxito en la demostración racional de uno o algunos

de ellos sobre los restantes, lo cierto es que tales criterios pueden jugar uno de los dos roles siguientes en el ámbito jurídico: o bien sirven como modelos para evaluar los contenidos prescriptivos y el funcionamiento de los diversos ordenamientos jurídicos con realidad histórica, permitiendo la emisión de juicios de valor, ya positivos, ya negativos, sobre tales contenidos y funcionamiento; o bien, como es en general la postura de las doctrinas del derecho natural, tales criterios son vistos y presentados como el verdadero fundamento del derecho positivo, de donde se sigue que éste sólo alcanzaría su carácter de tal, y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, en la medida de su correspondencia con el criterio de justicia que se hubiere adoptado previamente.

2. CONCLUSIONES

El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico. Síntesis final.

El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico.– Los tres elementos del fenómeno jurídico que han sido ya individualizados, cuya identificación permite una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un mismo e indistinto pie de igualdad para fijar la naturaleza del derecho ni para, consiguientemente, echar las bases de su conocimiento. Ello, porque el derecho, ante todo, consiste y se nos presenta como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, cuyas propiedades o notas distintivas tuvimos oportunidad de referir antes en el capítulo I.

En verdad, tanto el elemento fáctico como el elemento valorativo, apreciado cada cual en su conjunto o bien descompuesto, el primero, en los distintos actos y conductas que lo integran, y, el segundo, en las diversas modalidades de presentación que él ostenta, comparecen a nuestra atención una vez que hemos previamente identificado esa específica normatividad en que el derecho positivo consiste.

Efectivamente, todos los actos y conductas, en general los hechos que componen lo que llamamos el elemento fáctico del fenómeno jurídico, a saber, fuentes materiales del derecho, acto

cabe mencionar la *conducta de los sujetos imperados*, en cuanto obedecen o no obedecen a las normas, y el *comportamiento de los órganos jurisdiccionales*, en cuanto aplican o dejan sin aplicar esas mismas normas. Como se recordará, ambos comportamientos constituyen las conductas componentes de la eficacia de las normas, puesto que sólo de una norma que es generalmente obedecida y aplicada puede decirse que es eficaz, con el efecto, como también sabemos, que la eficacia tiene respecto de la validez de las normas. Sobre las conductas componentes de la eficacia, vale la pena advertir que así como toda norma jurídica supone un acto en virtud del cual es creada, toda norma jurídica supone también que a su respecto se siga uno u otro de estos comportamientos: ser generalmente obedecida o generalmente desobedecida, y ser habitualmente aplicada o habitualmente inaplicada.

En cuanto al elemento o dimensión *valorativa* del fenómeno jurídico, él presenta las siguientes modalidades de expresión.

En *primer lugar*, todo ordenamiento jurídico es portador de valoraciones en la misma medida que procura estimular ciertas conductas que se consideran socialmente deseables y desanimar otras que se estiman socialmente dañinas. Estas valoraciones ínsitas en el propio ordenamiento jurídico pueden ser atribuidas a preferencias del órgano, autoridad o sujeto productor de la norma que porte o exprese una determinada valoración, aunque su origen podrá ser rastreado muchas veces en las fuentes materiales que se encuentren en el origen de la norma.

Lo anterior significa que todo ordenamiento jurídico positivo y, en particular, las normas que son creadas por intermedio de los métodos autocráticos de producción jurídica, como es el caso, por ejemplo, de la legislación, resultan expresivas de determinadas valoraciones que es posible atribuir a la autoridad creadora de las normas, y cuyo sentido puede ser comprendido sobre la base de los fines e intereses que esta misma autoridad desea obtener o cautelar a través, precisamente, de las normas que dicta.

El propio Kelsen, cuya asepsia en el análisis del derecho positivo y en la develación de sus estructuras es cosa muy conocida, admite a este respecto que "cada ordenamiento jurídico corresponde, más o menos, a determinado ordenamiento moral prevaleciente en el grupo, cuyos intereses determinan el proceso de creación jurídica".

Ahora bien, la significación jurídica de estas valoraciones ínsitas en todo ordenamiento jurídico puede ser apreciada si se atiende al hecho de que una de las principales funciones que la dogmática cumple respecto de las normas jurídicas es la interpretación de éstas, o sea, la fijación de un determinado sentido y alcance de tales normas, operación que, a nuestro entender, pasa necesariamente por la comprobación y comprensión de dichas valoraciones. A esto se refiere precisamente Helmut Coing cuando nos advierte acerca de que "la ciencia jurídica por la esencia del acto de aplicación del derecho, tiene que manifestar ante todo las valoraciones en que descansa la norma jurídica", puesto que toda auténtica comprensión del derecho —podemos manifestar por nuestra parte— queda obstruida, al menos parcialmente, si se omite el hecho de que aquél alberga ciertos valores y no es únicamente "un mecanismo inanimado de coacción".

Enseguida, una *segunda* modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico viene dada por la existencia de las valoraciones socialmente dominantes, esto es, por ese conjunto de creencias, sentimientos, preferencias, modos de pensar y de sentir que, fuertemente arraigadas al interior de una comunidad de individuos, prevalecen en ésta y, por lo mismo, tienden a traducirse en determinadas formas de conducta de estos mismos individuos.

Concretamente, son importantes para el derecho, en el sentido que mostraremos enseguida, aquellas valoraciones que tienen una vigencia objetiva, que pueden ser atribuidas al grupo y que se han manifestado en usos arraigados dentro de la comunidad, en la cual ha tenido lugar un efecto recíproco entre la convicción o creencia valorativa y el obrar humano. De este modo —podríamos decir con Karl Engisch— "sólo entran en consideración aquellas valoraciones que han alcanzado una cierta dignidad histórica. Pues aun cuando cualquier valoración individual o singular sea un hecho psicológico, son, sin embargo, llamadas a ejercer un cierto influjo sobre el derecho aquellas valoraciones que gozan de un cierto predicamento". Así, por ejemplo, "cuando Schopenhauer afirma que los mormones tienen razón, se trata por supuesto de una valoración real, pero sin vigencia objetiva. Por el contrario, para el derecho, la dominante concepción del matrimonio monogámico reviste, en cuan-

a la cual adquieren, precisamente, su interés y significación para el trabajo del jurista.

Por último, la tercera modalidad de presentación del elemento valorativo, que dice relación, según vimos, con la afirmación de un criterio de justicia anterior y superior al derecho positivo que permita la adopción de pautas estimativas cuya función puede ser la de fundar la validez de éste o, menos que eso, constituirse en un marco o modelo sobre cuya base y límites resulte luego posible la emisión de juicios de valor acerca del contenido prescriptivo del derecho positivo, resulta igualmente claro —como consecuencia de las dos funciones que pueden ser atribuidas a tal criterio de justicia— que la búsqueda razonada de éste cobra nuevamente sentido por referencia a la normatividad jurídica de carácter positivo respecto de la cual se introduce luego alguna de las dos funciones que hemos señalado.

Síntesis final.— Una síntesis de lo anterior es la siguiente:

1. Una exposición del derecho, sustitutiva de una definición de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno que se denomina “derecho”;

2. El derecho se presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que lo que nuestra mirada devuelve cuando la hemos dirigido con fines de conocimiento hacia ese determinado objeto que llamamos “derecho”, es, por lo mismo, un conjunto de normas, o sea, de prescripciones obligatorias de conducta.

La afirmación precedente no desconoce que en todo ordenamiento jurídico-positivo, esto es, en todo derecho, concurren también, en articulación con normas o prescripciones de conducta, y, aun, a veces, redactadas bajo modalidades de expresión propias de éstas, ciertas disposiciones que otorgan competencia para crear normas, o que definen determinados conceptos o que derogan otras normas, privándolas en este último caso de validez. Sin embargo, pensamos que este tipo de disposiciones no estrictamente normativas, presentes, como se dijo, en todo ordenamiento jurídico, no obstan a una consideración global del derecho como conjunto de normas, establecido, por lo demás, que tales disposiciones sólo poseen un sentido propiamente ju-

rídico por referencia a las normas del respectivo ordenamiento jurídico en que ellas se insertan, careciendo por ello de una verdadera autonomía.

3. Cuando se ve el derecho como un conjunto de normas, deben entenderse incluidas no sólo aquellas que son creadas o producidas a través de los métodos autocráticos o heterónomos de producción jurídica, como son, por ejemplo, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales, sino, también, aquellas que lo son por intermedio de los métodos democráticos o autónomos de producción jurídica, a saber, costumbre y actos jurídicos.

Lo mismo, deben entenderse comprendidas no sólo las normas que poseen caracteres de abstracción y generalidad —como ocurre usualmente con las que produce la legislación—, sino, también, aquellas normas concretas y singulares que provienen de la jurisprudencia y de los actos jurídicos.

4. Las normas jurídicas, en su existencia de tales, y especialmente en el caso de las normas de derecho legislado, nos conducen necesariamente al descubrimiento o verificación de ciertos hechos y conductas que se relacionan indefectiblemente con todo ordenamiento jurídico positivo.

Estos hechos y conductas, conformadores del elemento fáctico del fenómeno jurídico, son las fuentes materiales del derecho, el acto de creación de las normas, la conducta de los sujetos imperados en cuanto obedecen o desobedecen generalmente estas mismas normas, y la conducta de los órganos jurisdiccionales en cuanto las aplican o dejan sin aplicar como regla general.

5. Las mismas reglas jurídicas nos muestran, también, la presencia de un tercer elemento del fenómeno jurídico —el elemento valorativo—, que posee a lo menos tres distintas modalidades de presentación, que son, respectivamente, la de los valores o valoraciones ínsitas en toda normatividad jurídico-positiva y de las que esta misma normatividad es portadora, la de las valoraciones socialmente dominantes y su influencia tanto en la producción de las normas como en la consiguiente eficacia o ineficacia de éstas, y, por último, la de la búsqueda y fijación de un criterio superior de justicia a partir del cual pueda ser fundamentada la validez de las normas jurídicas, o que sirva, al menos, para emitir juicios de valor acerca de los títulos éticos de los contenidos prescriptivos de las mismas normas.

de creación de las normas y comportamiento de los sujetos imperados y de los órganos jurisdiccionales en cuanto unos y otros obedecen o desobedecen las normas y las aplican o dejan de aplicar, cobran identidad y significación únicamente en la medida en que aparecen relacionados con un determinado conjunto de normas jurídicas positivas, las cuales pasan a constituir, con ciertos límites, un verdadero presupuesto de dicha entidad y significación.

Así, son las normas jurídicas, en su existencia de tales, las que nos conducen, primero, hasta las fuentes materiales del derecho, o sea, son las normas jurídicas las que, por el hecho de existir y de comparecer a nuestra atención, nos gravan con la necesidad de investigar acerca de cuál o cuáles hayan sido las fuerzas o factores que han determinado su aparición y modelado su contenido. Esto significa que sólo por referencia a normas tiene sentido identificar y comprender este primer dato del elemento fáctico del fenómeno jurídico.

Por otra parte, algo similar ocurre con el acto de creación de las normas jurídicas, que presentamos como el segundo dato de elemento fáctico del fenómeno jurídico. Nuevamente aquí, son las normas, como dato modular del fenómeno jurídico, las que nos conducen, a partir de la comprobación de su misma existencia, hasta un hecho —el acto de su creación— que se sitúa antes de la norma o que, a lo menos, se presenta confundido con el origen de ésta. Además, un acto de creación de normas jurídicas posee este carácter en virtud de otras normas jurídicas, distintas y de jerarquía superior a aquellas que por su intermedio resultan creadas, de donde se sigue que la significación jurídica de todo acto creador de derecho proviene no del mismo acto ni de algún otro hecho cualquiera, sino de normas jurídicas que pertenecen al mismo ordenamiento al que se incorporan luego las normas resultantes del acto creador correspondiente.

A la vez, las conductas de los sujetos imperados, en cuanto obedecen o desobedecen las normas, y el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, en cuanto aplican o dejan de aplicar estas mismas normas —y que constituyen, según vimos antes, el tercer dato o componente del elemento fáctico— sólo cobran actualidad y significación jurídica en la medida en que se relacionan o refieren también a un determinado ordenamiento ju-

rídico positivo, esto es, a un determinado conjunto de normas que son las que, en el hecho, resultan obedecidas, desobedecidas, aplicadas o inaplicadas. Por lo mismo, las investigaciones acerca de la eficacia de las normas jurídicas parten necesariamente del presupuesto en que, antes de conocerse cualquier resultado a este respecto, hay ya un conjunto de normas, esto es, de prescripciones de deber ser, respecto de las cuales se intentará averiguar, precisamente, si son o no generalmente obedecidas y aplicadas. Así, nuevamente por referencia a unas determinadas normas tiene sentido o interés investigar las conductas efectivas que tanto los sujetos imperados y los órganos jurisdiccionales emiten en relación con el mandato contenido en tales normas.

Por lo que respecta ahora al elemento valorativo y a sus diversas modalidades de presentación en el fenómeno jurídico, puede decirse lo siguiente:

En cuanto a la normatividad jurídica como portadora de determinados valores o valoraciones, lo cierto es que estos valores o valoraciones presuponen también la existencia de dicha normatividad, en cuanto ésta constituye la base misma de su sustentación, de tal modo que es la normatividad jurídica, en cuanto tal, la que, desde el momento en que porta o sustenta determinados valores o valoraciones, demarca un ámbito objetivo dentro del cual, y sólo dentro del cual, adquiere sentido formular y avanzar cualquier investigación que tenga por finalidad la comprobación y comprensión de tales valores y valoraciones.

Si se repara, enseguida, en las valoraciones socialmente dominantes —segunda modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico—, bien puede decirse otro tanto, puesto que también resulta claro que el interés y significación jurídicos de estas valoraciones aparecen siempre referidos al ordenamiento jurídico respecto del cual dichas valoraciones pueden cobrar alguna de las dos incidencias apuntadas en su momento, o sea, las de obrar como fuentes materiales de las normas de dicho ordenamiento o bien como factores causales de la eficacia o ineficacia de estas mismas normas. De este modo, las valoraciones socialmente dominantes se insertan como un dato necesario para la comprensión del derecho, en la medida en que es posible conectarlas, en alguno de los dos sentidos ya señalados, con la normatividad jurídico-positiva por referencia

En consecuencia, cuando se pregunta por la *función* de algo, por lo que se pregunta es por la tarea que ese algo cumple, por su aportación, por aquello que realiza según su condición, por lo que hace o ejecuta de manera apropiada a lo que de ese algo se espera.

Por su parte, la palabra "fin" alude al objeto a cuya consecución se dirige algo, a aquello para lo cual algo está en definitiva constituido.

Por tanto, no se alude exactamente a lo mismo con la expresión "funciones" que con la palabra "fines". La primera de esas palabras alude a lo que algo hace, realiza o ejecuta de acuerdo a su condición, mientras que la segunda se refiere al objeto que se persigue por algo o a lo cual éste se dirige. Cuando preguntamos por las funciones de algo preguntamos *por lo que hace*, en tanto que cuando preguntamos por los fines preguntamos *para qué lo hace*. De este modo, la palabra "fines" sugiere algo ulterior, algo que está situado más allá de las funciones, algo, por último, que de alguna manera se refiere al para qué de las funciones.

Así, la función de la mano es asir, aunque su fin es facilitar una mejor existencia del hombre.

De alguna manera, por lo mismo, las funciones están en las cosas mismas, mientras que los fines estarían fuera de ellas. Las funciones de algo serían inherentes a la cosa que las tiene, mientras que los fines constituirían los propósitos o expectativas que algo procura satisfacer en último término.

Sin embargo, tanto las funciones como los fines comparten la característica de la *gradualidad*, en el sentido de que unas y de otros pueden en cualquier momento darse un juicio acerca de la medida en que son ejecutados y cumplidos. Así, de algo puede decirse que cumple mejor o peor sus funciones, y, asimismo, que realiza mejor o peor sus fines. En todo caso, pareciera que lo menos que puede esperarse de algo es que cumpla las funciones que le son propias, aunque no consiga realizar plenamente sus fines. Con esto último queremos decir que si bien los fines son más importantes que las funciones, puesto que éstas son de algún modo instrumentales respecto de aquellos, se es más condescendiente para juzgar una incompleta realización de los fines que una inadecuada ejecución de las funciones. De este modo, que una de nuestras manos no consiga asir las cosas

nos preocupa más que constatar que cuando ella consigue asir las cosas colabora sólo parcialmente al fin de tener una buena existencia.

En otras palabras: aceptamos de mejor gana la gradualidad en la realización de los fines de las cosas que en la ejecución de sus funciones, quizás porque contamos con que los fines son metas tan deseables como difíciles de alcanzar.

Las funciones y los fines del derecho.— Aplicando al derecho lo expuesto en el acápite anterior, podemos decir que las *funciones* del derecho aluden a las tareas que éste realiza en un contexto dado. Así, si la idea de función, en general, alude, como decíamos, a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado (S), tratándose de las funciones del derecho ese elemento es precisamente el derecho y tal contexto no es sino el sistema social del que el derecho forma parte.

Así las cosas, preguntarse por las funciones del derecho equivale a preguntarse por las tareas que el derecho cumple, o sea, por todo aquello que el derecho realiza o ejecuta de acuerdo con su condición de orden normativo en el contexto más amplio de los diversos órdenes normativos que existen en la sociedad. Por lo mismo, cuando se inquiere por las funciones del derecho, lo que se trata de averiguar son las que éste tiene universalmente y no las que puedan ser expresión de una determinada dirección ideológica, sea ésta conservadora o reformista.

Por otra parte, es preciso no confundir las funciones de las normas jurídicas con las funciones del derecho. Según los distintos tipos de normas que pueden ser identificadas en cualquier ordenamiento jurídico evolucionado, hay normas que mandan, normas que prohíben, normas que permiten, normas que otorgan competencia para producir otras normas, normas que definen conceptos, normas que interpretan otras normas y normas que derogan normas. En consecuencia, mandar, prohibir, permitir, otorgar competencias, definir, interpretar, derogar, pueden ser vistas como funciones que cumplen las normas, aunque no se trata de las funciones que el derecho cumple como orden normativo dentro de la sociedad, según veremos a continuación.

En cuanto a los fines del derecho, se trata del objeto, o de los objetos, a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquello para lo cual el derecho está en definitiva consti-

6. Los tres mencionados elementos del fenómeno jurídico —normativo, fáctico y valorativo—, cuya identificación permite, según se dijo, una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un mismo pie de igualdad, como ocurriría, por ejemplo, si se afirmara que el derecho es norma, conducta y valor. Por el contrario, una mirada atenta sobre el derecho y una percepción más exacta sobre la forma en que se articulan los tres elementos antes señalados, permite apreciar una evidente preponderancia del elemento normativo, en cuanto los hechos y conductas constitutivos del elemento fáctico, así como las diversas modalidades de presentación del elemento valorativo, presuponen, según fue mostrado, la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo, esto es, de un conjunto de normas, por referencia al cual y a las cuales tales hechos, conductas, valores y valoraciones pasan a tener una efectiva y propia significación jurídica.

Todo lo cual permite concluir, por último, que el derecho es, constitutivamente, una específica normatividad reguladora de la conducta humana, sin perjuicio que, como tal normatividad que es, resulte necesariamente vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones, cuya identificación y comprensión son posibles a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas.

FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

1. INTRODUCCION

Funciones y fines. Las funciones y los fines del derecho.

Funciones y fines.— Antes de identificar *qué* se entiende por funciones y por fines del derecho, así como antes de identificar *cuáles* son tales funciones y fines, es preciso establecer qué se entiende, en general, tanto por “funciones” como por “fines”.

Sin embargo, en ambos casos se trata de palabras que no son unívocas, esto es, que no son empleadas siempre en un mismo sentido. Esto acontece habitualmente con la mayoría de las palabras —que no se las utilice siempre en un mismo sentido—, aunque esta característica de las palabras se agudiza en el caso de ciertos términos que como los dos que ahora nos ocupan tienen posiblemente una mayor vaguedad e indeterminación que otros. Además, se trata de palabras que no sólo se emplean en diferentes sentidos, sino que el significado que se les atribuye depende muchas veces de las teorías que puedan sostenerse acerca de las funciones y de los fines. Para mayor complicación aún, se trata de dos palabras cuyos significados a veces se confunden, que es lo que acontece, por ejemplo, cuando se identifican como las funciones de algo lo que en verdad constituyen sus fines, o se señalan como los fines de algo aquellas que son sus funciones.

La palabra “función”, tal como se lee en el texto de *Introducción al derecho* que en España coordinó Javier de Lucas, alude a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado o en un sistema más amplio (S) en el que ese elemento está inserto.

la filosofía del derecho fija su atención en los *valores* o *finés* del derecho.

Manfred Rehbinder, a la hora de identificar la meta cognoscitiva de cada una de esas dos disciplinas, como también la de la dogmática jurídica, delimitando de ese modo el ámbito de investigación de cada una de esas disciplinas, dice que la filosofía del derecho se pregunta por la justicia del derecho, ocupándose de las ideas de valor que se sitúan tras las concretas regulaciones jurídicas y examinando su razonabilidad. Considera este autor que la reflexión sobre el derecho correcto (justo) es asunto de la filosofía del derecho, la que se pregunta “por el *a dónde* (establecimiento de fines político-jurídicos) y por el *porqué* (jerarquía de valores)”. Por consiguiente, el objeto de investigación de la filosofía jurídica es la *idealidad* del derecho.

Por su parte, la dogmática jurídica se pregunta acerca de lo que vale o rige como derecho en una determinada situación y trata de determinar el contenido de sentido de las disposiciones jurídicas concretas de un ordenamiento jurídico dado. Así, el objeto de su investigación es la *normatividad* del derecho.

En fin, la sociología jurídica se pregunta por la realidad social del derecho y su objeto de estudio es la *facticidad* del derecho.

2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO

Análisis estructural y análisis funcional del derecho. La función de orientación de comportamientos. La resolución de conflictos. La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. La función distributiva. La organización y legitimación del poder social. El cuidado del derecho. Derecho y cambio social.

Análisis estructural y análisis funcional del derecho.— En algunos de los capítulos previos de esta obra hemos estudiado los componentes del derecho, las “piezas del derecho”, como las llaman Atienza y Ruiz Manero, o sea, hemos fijado la atención en las normas jurídicas y en otros estándares presentes también en todo ordenamiento jurídico, como es el caso de los principios jurídicos. Del mismo modo, identificamos las distintas maneras

de producción de las normas jurídicas y la estructura que éstas forman, como consecuencia de reconocer todas ellas un fundamento común en cuanto a su validez, a la que se denomina “ordenamiento jurídico”.

Todos esos enfoques pertenecen a un *análisis estructural* del derecho, porque fijan su atención en los componentes del derecho y en el modo como éstos se relacionan entre sí para constituir un todo unitario. Lo que procede acometer ahora es un *análisis funcional* del derecho, que fije su atención, por lo mismo, en las *funciones* que el derecho cumple en la sociedad.

Del modo antes señalado, un análisis estructural del derecho, como el que Kelsen lleva a cabo en su teoría del ordenamiento jurídico, pone su atención en la norma jurídica, en las relaciones entre las distintas normas jurídicas, y en el hecho de que merced a tales relaciones las normas forman un ordenamiento. Además, un punto de vista como éste acaba desplazando la atención desde la norma jurídica considerada aisladamente al ordenamiento que éstas forman. Como dice Kelsen, “es imposible captar la naturaleza del derecho limitando nuestra atención a la norma aisladamente. Las relaciones que ligán entre sí a las normas de un ordenamiento jurídico son esenciales a la naturaleza del derecho”. Por lo tanto, “sólo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del derecho”.

Pero el examen del derecho no puede quedarse en un análisis estructural del mismo, sino que dicho análisis tiene que ser complementado por uno de tipo funcional. El análisis estructural mira al derecho en un estado de reposo o quietud y nos provee de mucha e importante información acerca del fenómeno jurídico. En cuanto al análisis funcional, mira al derecho tal cual este actúa de hecho en la sociedad, y proporciona una información adicional sin la cual sólo conoceríamos la respuesta a la pregunta qué es el derecho, mas no a la que inquiere por la manera cómo el derecho actúa en la vida social.

Sin embargo, tiene razón Bobbio —uno de los autores que más se han ocupado del análisis funcional del derecho— cuando afirma que el problema de las funciones del derecho, tal y como se han ido desarrollando en los últimos años, no debe cerrarnos los ojos frente al hecho de que los resultados hasta

tuido. Son, como dice Ferrari, objetivos que una sociedad debe tratar de desarrollar a través de las instituciones jurídicas.

Por tanto, preguntarse por las funciones del derecho es preguntarse por *tareas* de éste; en cambio, preguntarse por los fines es inquirir acerca de las *aportaciones*, acerca de los *servicios* que el derecho aspira a prestar en relación con la vida del hombre en sociedad. Preguntarse por las funciones del derecho es preguntarse *qué* hace el derecho y *cómo* lo hace, en tanto que preguntarse por los fines del derecho es inquirir *para qué* hace el derecho lo que hace. Las funciones, en cuanto tareas, se *demandan* de todo derecho; en cambio, los fines, en cuanto aportaciones o servicios, se *esperan* de todo derecho. Esto último, sin embargo, no significa que los fines del derecho sean menos importantes que sus funciones—de hecho, los fines son más importantes que las funciones—, sino que la gradualidad en su consecución es más acusada que tratándose de las funciones. Así, una de las funciones del derecho es la guía u orientación del comportamiento humano, en tanto que uno de sus fines es la justicia, de manera que todo derecho debe tener cuando menos un buen rendimiento o resultado en cuanto al cumplimiento de esa función, aunque dicho rendimiento o resultado sea menor por lo que respecta a la realización del fin antes señalado.

Con todo, no debe perderse de vista que existe una evidente relación entre las funciones y los fines del derecho, puesto que, tal como se verá más adelante, determinadas funciones del derecho se vinculan estrechamente con determinados fines de éste, en el sentido que la más plena realización de esos fines depende de una más eficaz ejecución de las correspondientes funciones. Así, por ejemplo, si una de las funciones del derecho es orientar comportamientos de la manera más precisa posible y establecer instancias públicas e imparciales que puedan declarar cuándo esos comportamientos se ajustan a lo previsto, un eficaz cumplimiento de esa función por parte de un ordenamiento jurídico dado favorece la mejor realización del fin de seguridad jurídica que se atribuye al derecho.

Planteadas ahora la cuestión de las funciones y fines del derecho por referencia a las diversas disciplinas que se ocupan del derecho como objeto de conocimiento y a la división del trabajo que llevan a cabo esas disciplinas, puede decirse que las funciones del derecho, en cuanto se relacionan con la dimensión

fáctica del fenómeno jurídico, constituyen una materia relevante de estudio para la sociología del derecho, mientras que los fines del derecho, como expresión de la dimensión *valorativa* del mismo fenómeno, son habitualmente presentados como algo a ser tratado por la filosofía del derecho. Dicho brevemente, la cuestión de las funciones del derecho tiene un alcance *descriptivo*, y por ello compete a la sociología jurídica, en tanto que la de los fines tiene una dimensión *prescriptiva* y es de competencia de la filosofía del derecho.

Los fines del derecho suelen ser también presentados como los *valores* del derecho, y entre quienes cultivan la filosofía jurídica existe una cierta coincidencia en que el tema de los valores es uno de aquellos en los que esta última disciplina concentra sus esfuerzos cognoscitivos. Todavía más: hay autores como Gustav Radbruch y Hans Kelsen que consideran que el tema de los valores jurídicos es el único tema del que debe ocuparse la filosofía del derecho. Para el primero de esos autores, la filosofía jurídica debe constituirse como teoría del derecho justo, lo cual quiere decir que su cometido tiene que ver con el derecho ideal, con el derecho que debería ser establecido de acuerdo a una determinada perspectiva de los valores. Para Kelsen, el objeto de la filosofía jurídica no es el derecho positivo, el derecho puesto, el derecho que *es*, sino el derecho que *debe ser*, el derecho que debe ser puesto o establecido, de donde se sigue que para este autor la filosofía del derecho constituya una rama de la filosofía moral.

Si se toma una definición clásica de sociología del derecho, como la de Arthur Nussbaum, por ejemplo, se comprueba que a esta disciplina le interesa la facticidad del derecho, y, por tanto, investiga acerca de las condiciones fácticas de carácter social, político y de cualquier otro orden de las que surgen las reglas jurídicas y examina los efectos sociales, políticos y de cualquier otra clase producidos por aquellas normas. Por otro lado, si se toma una definición tradicional de filosofía del derecho, como la de Giorgio Del Vecchio, por ejemplo, se comprueba que, entre otras investigaciones que un autor como éste atribuye a la filosofía jurídica, se encuentra la de valorar el derecho según un ideal de justicia trazado por la pura razón.

Por expresarlo ahora en términos más sucintos, la sociología jurídica fija su atención en los *hechos* jurídicos, mientras que

grupos con intereses que tanto pueden ser coincidentes como discrepantes. En consecuencia, ni la colaboración es propiamente un atributo de la vida social ni el conflicto una patología. Ambas son inherentes a la vida en sociedad, de modo que decir, por ejemplo, "Quiero una sociedad donde haya colaboración entre sus miembros" es redundante, en tanto que afirmar "Quiero una sociedad en la que no exista conflicto entre sus miembros" resulta por su parte contradictorio.

Lo anterior quiere decir que "en la sociedad puede haber determinados grados de consenso respecto a unos valores, concepciones del mundo o criterios culturales que son más o menos comunes, pero que también está permeada de conflictos de intereses". El conflicto —como dice Ferrari— "es la interacción en que dos o más partes, obstaculizándose mutuamente, tratan de ampliar —unas en detrimento de otras— la propia capacidad de decisión, y se produce porque lo común es que cada individuo o grupo desee proteger sus propios intereses y su propia concepción del bien. Por lo demás, si cada sector social tiende a hacer valer sus intereses en la medida de su propia fuerza, también es efectivo que en el momento en que un grupo alcanza determinada posición como resultado de sus confrontaciones con otros grupos, trata de reconstruir la posición alcanzada bajo la forma del derecho".

Tratándose en particular del conflicto, es preciso no ver en éste un elemento puramente negativo ni menos patológico de la sociedad. Lejos de ello, muchas veces el conflicto atiza situaciones anómalas que, una vez resueltas, producen un mayor beneficio social. Sin embargo, es evidente que una concepción semejante del conflicto se opone a las teorías que ven las sociedades como conjuntos unitarios que se caracterizan por relaciones armónicas y estables. Para tales teorías, la socialización al interior de un grupo se produce sólo cuando sus integrantes comparten un mismo código de valores, creencias y concepciones del mundo y del hombre, como resultado de lo cual los conflictos son vistos como fallas del proceso de socialización, como una disfunción que atenta contra la cohesión del grupo social.

Con todo, y cualquiera sea la posición teórica que se tenga frente al conflicto, lo cierto es que una segunda función del derecho consiste, precisamente, en regular y en resolver los conflictos cuando "la función de orientación social no ha cumplido

su finalidad persuasiva y orientadora y los sujetos decepcionados en sus expectativas no han desistido en sus exigencias".

En otras palabras: el derecho, a través de la primera de sus funciones —orientar comportamientos— consigue, si no evitar, al menos disminuir los conflictos, mientras que a través de la segunda de sus funciones —resolver los conflictos— establece normas, procedimientos e instancias que, una vez producido un conflicto, permiten dar a éste un curso regulado que aminore los efectos negativos del conflicto y, sobre todo, lo encauce a algún tipo de solución pacífica que excluya la posibilidad de que el problema suscitado sea resuelto en aplicación de la ley del más fuerte.

Como partes de esta segunda función del derecho es preciso distinguir, por un lado, la represión de los comportamientos desviados, y, por el otro, la resolución de los conflictos de intereses, si bien ambas son funciones terapéuticas que asume el derecho, esto es —como dice Bobbio—, funciones que el derecho cumple no ya para prevenir y en lo posible evitar las conductas ilícitas y los conflictos de intereses, sino para atender a la situación que se produce cuando tales conductas y conflictos acaecen efectivamente en el curso de la vida social.

Por su parte, la represión de los comportamientos desviados es propia del derecho penal, en tanto que la resolución de los conflictos de intereses aparece en el ámbito del derecho civil y del derecho privado en general.

Tratándose de la represión de los comportamientos ilícitos y de la aplicación de los infractores de los correspondientes actos coactivos, Kelsen advierte acerca del error de considerar que tales comportamientos equivalen a la negación del derecho, que constituirían algo que amenaza, quebranta o inclusive suprime la existencia del derecho. Esto es así porque en su función de orientar comportamientos el derecho no se limita a establecer cuáles son los comportamientos que espera de los sujetos impenados, sino que, además, preestablece cuál es el acto coactivo que habrá de hacerse efectivo sobre aquél de tales sujetos que no ajuste su conducta a lo establecido por el derecho. De este modo, un ordenamiento jurídico no establece que no hay que matar, sino que el que mate a otro sufrirá una pena determinada. En consecuencia, el acto ilícito (matar) es el antecedente o condición de la pena y, en tal sentido, no debe ser visto como la ne-

ahora alcanzados por este tipo de análisis están bien lejos de ser satisfactorios.

Los distintos autores que se han ocupado de las funciones del derecho expresan bajo esta denominación cosas bien diversas, a veces incluso obvias, que añaden poco o nada al conocimiento que tenemos del fenómeno jurídico, percibiéndose, además, que no todos parecen compartir un mismo significado de la palabra "función" y, ni siquiera, de la propia palabra "derecho". Por otra parte, es frecuente que tales autores no distingan entre *funciones* y *fin*es del derecho, y que, a la hora de identificar las primeras, presenten un conjunto de aseveraciones en las que funciones y fines del derecho aparecen confundidos.

Bobbio es un autor que examina detenidamente las dificultades de un análisis funcional del derecho y las confusiones que se producen como resultado de que ese análisis no se produzca en los diversos autores sobre la base de una misma idea acerca de qué se entiende por "función" y qué por "derecho". Por nuestra parte, sin embargo, mantendremos la distinción ya señalada entre *funciones* y *fin*es del derecho, y procuraremos, acto seguido, identificar y explicar aquéllas y éstos, valiéndonos para ello, ante todo, de la contribución que Manfred Rehbinder ha hecho a la cuestión de las funciones del derecho.

Ello porque entendemos que un curso de Introducción al Derecho no puede dejar sin mostrar la dimensión funcional del derecho, como tampoco la que concierne a los fines de éste.

La función de orientación de comportamientos.— La primera y más visible de las funciones del derecho es la que consiste en *orientar comportamientos*, o sea, en dirigir la conducta de los miembros del grupo social, valiéndose para ello de normas y otros estándares que pueden ser vistos como mensajes que tratan de influir en el comportamiento humano.

Si se atiende a esta primera función del derecho, éste se nos presenta como un medio de control social.

Como sabemos, la vida del hombre en sociedad está regulada por distintos tipos de normas, no sólo por normas jurídicas, y el papel de las distintas normas es ejercer algún control sobre las conductas. Pues bien: si hay diversos factores de control social, el derecho es uno de ellos.

En toda sociedad hay diversos mecanismos de control social, entre ellos la educación, la familia, la moral, la religión, los usos sociales, las ideologías, las diversas asociaciones que forman los hombres, etc., y el derecho es otro de tales factores. En términos generales, como se lee en la obra antes mencionada cuya coordinación debemos a Javier de Lucas, suele afirmarse "que en la sociedad se dan diversos factores o instancias que orientan los comportamientos humanos hacia una red de relaciones entre los hombres evitando su carácter conflictivo", aunque en el caso del derecho puede decirse que éste ejerce un control social *formalizado*".

Todos los medios de control social, incluido el derecho, procuran mantener la cohesión del grupo social, evitando los conflictos, de tal manera que el derecho, en cuanto medio de control social, se concentra en la dirección de las conductas allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses. Por lo mismo, las normas jurídicas, al orientar y dirigir el comportamiento, no son "normas de valoración que se formulan con posterioridad a un caso conflictivo, sino que son —como dice Maihofer— normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, deben estimular al comportamiento jurídico e impedir el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido". En suma, son normas que "pretenden dirigir a través de la regulación el comportamiento individual y las expectativas individuales, con el fin de evitar o limitar los conflictos".

Por lo mismo, esta primera función del derecho está en directa relación con el fin de la seguridad jurídica.

Con todo, cabe reproducir aquí la observación de Vincenzo Ferrari, en el sentido de que afirmar que el derecho regula y orienta comportamientos resulta un tanto obvio, puesto que, antes de afirmar eso, se ha dado por establecido que el derecho es un orden normativo, esto es, un conjunto de normas y otros estándares, y lo propio de todo orden normativo es, precisamente, regular y orientar comportamientos.

La resolución de conflictos.— En toda sociedad se dan, a la par, relaciones de cooperación y de conflicto entre sus miembros, como resultado de que en toda sociedad coexisten individuos y

El *arbitraje* se produce cuando en el tratamiento de un conflicto las partes designan de común acuerdo a un árbitro y se obligan previamente a acatar la decisión de éste.

La *conciliación* es un procedimiento de resolución de conflictos en el que también interviene un tercero imparcial –el conciliador–, que es asignado al conflicto por el propio ordenamiento jurídico, y cuyo papel consiste antes en procurar un acercamiento de las partes que en proponer e implementar soluciones al conflicto de que se trate. Por lo mismo, la conciliación suele ser prevista por el derecho, ya sea en forma obligatoria o voluntaria, como una modalidad de resolución de conflictos posible de ensayar antes de llevar éstos a las instancias propiamente jurisdiccionales.

En fin, la *adjudicación* tiene lugar cuando en presencia de un conflicto interviene para su conocimiento y resolución un órgano jurisdiccional previamente institucionalizado con ese fin, dándose así lugar a un proceso en el que las actuaciones de las partes y las del propio tribunal, así como los criterios de decisión del asunto, se encuentran previamente regulados por el ordenamiento jurídico.

Tal como se indica en el texto editado por Javier de Lucas que hemos mencionado antes, las distintas formas de tratamiento jurídico de los conflictos “pueden ser entendidas como una línea continua en uno de cuyos extremos se encuentra el modo menos formalizado de abordar un conflicto a través de un mediador y en el otro extremo se encuentra el proceso de adjudicación. Esta línea continua que va desde la intervención de un intermediario a la mediación, el arbitraje, la conciliación y la adjudicación, supone una constante disminución del consenso o las posibilidades de consenso entre las partes hasta que este consenso es sustituido por la autoridad impuesta del derecho”.

Es evidente que la adjudicación constituye la modalidad más propiamente jurídica y organizada de resolución de conflictos, aunque su exagerada formalización, unida a la demora en obtener una decisión, causada ésta por el volumen y la complejidad de los asuntos que se llevan a conocimiento de los tribunales, ha traído consigo un auge de las demás modalidades de resolución de conflictos, a las que se suele llamar, por lo mismo, modos *alternativos* de resolución de conflictos.

La función promocional y la configuración de las condiciones de vida.– Esta nueva función del derecho aparece en la medida que los ordenamientos jurídicos, para conseguir determinados comportamientos que se consideran deseables, se valen no sólo de castigos que tendrán que ser aplicados a quienes dejen sin observar tales comportamientos, sino también de premios o recompensas a ser adjudicadas a quienes ejecuten determinadas conductas que al derecho interesa promover.

Esta función del derecho parte de la base de que la amenaza de *sanciones negativas*, o sea, de perjuicios, no es la única manera de conseguir determinados comportamientos socialmente deseables, y que a este mismo propósito pueden servir los ofrecimientos de *sanciones positivas*, esto es, de beneficios para los sujetos normativos.

Que el que denuncia la existencia de un tesoro hasta entonces oculto pueda compartir el contenido de éste con el propietario del lugar en que el tesoro fue hallado, o que el Estado ofrezca completar lo que falta para la adquisición de una vivienda por parte de un trabajador cuando éste ha conseguido ahorrar una cierta suma de dinero con ese mismo fin, constituyen ejemplos de cómo el derecho promueve determinados comportamientos por la vía de ofrecer beneficios a quienes observen tales comportamientos.

Como dice Bobbio, la diferencia entre el derecho como técnica de incentivación o de premio y como técnica de represión o de castigo, “está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es la inobservancia sino la observancia”.

Debe ser destacado, asimismo, que el primero de tales procedimientos –el de incentivación o premio– consiste en una ventaja ofrecida al que observa la norma, aunque la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En consecuencia, y otra vez en palabras de Bobbio, “la vieja afirmación de que el derecho pena la inobservancia de las propias normas y no premia su observancia, no refleja la realidad de hecho”.

Por lo demás, el uso del derecho como técnica de incentivación no se produce sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, como, por ejemplo, cuando el empleador ofrece gratificaciones especiales a sus empleados si se alcanzan determi-

gación de la norma que lo tipifica y castiga, sino como un hecho interno que la propia norma prevé y determina en sus consecuencias jurídicas.

De este modo, la validez de la norma que ordena determinada conducta —no quitar la vida a otro— no es propiamente quebrantada por la conducta contraria —privar a otro de su vida—, “como si se tratara de una cadena que mantiene preso a un hombre y que es rota”, puesto que “la cadena del derecho encadena también al hombre que ‘rompe’ el derecho”.

Las precedentes ideas de Kelsen son coherentes con su afirmación de que el derecho es un orden normativo que ordena una determinada conducta sólo en cuanto enlaza a la conducta contraria una sanción. De este modo, conducta *conforme* a derecho es la que evita el acto coactivo, en tanto que conducta *contraria* a derecho es la que la norma ha descrito como condición o antecedente de la aplicación de un acto coactivo. De este modo, abstenerse de matar a otro es una conducta conforme a derecho, mientras que matar a otro es un comportamiento contrario a derecho. En consecuencia, si una norma jurídica penal puede ser descrita como una proposición que enuncia que si se presenta determinada conducta (matar un ser humano a otro) debe llevarse a cabo determinado acto coactivo (la prisión del ofensor), conviene reparar en que en dicha proposición “lo ilícito aparece como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho, y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por éste, al cual el derecho, por su esencia, justa y muy particularmente, se refiere”.

Por lo demás, si el derecho, especialmente en su rama penal, opera del modo antes señalado, también es cierto que el prestigio del derecho se acrecienta cuando, fracasado ya en su intento en orden a impedir un determinado comportamiento que se considera indeseable, reacciona con prontitud y eficacia en la fase de la imposición de la consecuencia coactiva del caso. En este sentido, los comportamientos ilícitos, así como también los conflictos, son una oportunidad para que el derecho se acredite a los ojos del público, puesto que si bien no pudo evitar el comportamiento prohibido, sí puede ahora imponer el castigo que el propio derecho previó para el caso de que ello ocurriera.

En cuanto a la resolución de conflictos de intereses, corresponde recordar que en toda sociedad coexisten personas y grupos cuyos intereses son diferentes y que, por tanto, pueden entrar fácilmente en conflicto. Los antagonismos y conflictos no son necesariamente patologías sociales, sino fenómenos inherentes a la vida de los hombres en sociedad, y pueden llegar a tener incluso un efecto positivo cuando tienen una base de justificación que, una vez resuelto el conflicto, da lugar a un estado o situación social mejor que aquella que originó el conflicto o la confrontación del caso.

En relación con los conflictos de intereses, lo que el derecho hace es intervenir para proponer o imponer modelos de comportamiento que obligan a las partes a adecuar sus relaciones en la evolución del conflicto y a llegar a una resolución pacífica de éste. Más precisamente, al derecho le corresponde establecer regulaciones acerca de las condiciones en las que se producen los conflictos, sobre la manera de neutralizar o aminsonar los efectos negativos que para las partes o para la sociedad puedan seguirse durante la vigencia del conflicto, sobre el modo de encauzar pacíficamente el conflicto hacia una resolución del mismo, y sobre la manera de alcanzar una decisión final respecto de las demandas o expectativas no coincidentes de las partes. Más limitadamente, un autor como Vincenzo Ferrari afirma que el papel del derecho es tan solo dirigir las controversias, de manera que lo que es preciso ver en el derecho no son *soluciones* o *arreglos* de los conflictos, sino tan solo un determinado *tratamiento* de éstos.

De la manera antes indicada, el derecho cumplirá una función “socioterapéutica”, algo así como una “terapia de grupo”, según señala Redbinder, puesto que “a través de la discusión en torno a los conflictos jurídicos se socavan las agresiones y se restablece la concordia en el grupo”.

Como formas más habituales de resolución jurídica de los conflictos, cabe mencionar la *mediación*, el *arbitraje*, la *conciliación*, y la *adjudicación*.

La *mediación* se produce cada vez que las partes de un conflicto aceptan que intervenga un tercero, cuyo papel es convencer a una de las partes que la otra tiene la razón o convencer a ambas que se hagan concesiones recíprocas, aunque las partes no se obligan a acatar el parecer del mediador.

der que cumple el derecho es que todos los sujetos que tienen capacidad de decidir respecto de otros sujetos deben hacer uso del derecho para conseguir consenso justificatorio sobre las decisiones que adoptan.

Puede decirse que por medio de esta función se consigue transformar el poder en derecho, esto es, se consigue que los sujetos miembros de una comunidad jurídica vean en las decisiones del poder no órdenes arbitrarias que se les imponen por medio de la fuerza, sino mandatos que ellos deben obedecer.

A propósito de esta función del derecho —advierte Rehbinde—, no se trata de concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y reglas procesales, es decir, de instrumentos jurídicos y de su delimitación. “No es la sustancia del derecho lo que se determina, sino las personas del aparato de poder actuantes y su procedimiento. Se trata, evidentemente, de la constitución, y ciertamente no sólo de la constitución de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales”.

De este modo, las reglas de competencia y de procedimiento no sólo permiten la introducción de nuevas normas, es decir, los cambios en el derecho, sino que cumplen una especial función legitimadora, puesto que, además, determinan con precisión qué autoridades podrán decidir de manera incontrovertible cuándo alguna de las normas del derecho ha sido infringida y cuándo corresponde aplicar una determinada consecuencia de carácter coactivo.

Sin embargo, el derecho no sólo *organiza* y *legitima* el poder, sino que también lo *limita*. Es más: puede decirse que distribuirlo es un modo de limitarlo y que al limitarlo favorece su legitimidad. De este modo, el reconocimiento de derechos a todas las personas constituye una limitación al poder, y, a la vez, importa la “apertura de una fuente de poder para los menos poderosos desde el punto de vista económico y social”, como apunta nuevamente Rehbinde.

Una visión distinta de las relaciones entre derecho y poder es la que promueven ciertas doctrinas, en particular el marxismo, que atribuyen al derecho una función ideológica de dominación. Para una visión como esa, el Estado y el derecho no son más que instrumentos de que se vale una clase dominante para

mantener sojuzgada a la clase dominada, de manera que si el derecho cumple las funciones que estamos ahora revisando no es de manera neutral, sino de un modo que asegura y prolonga esa dominación. De este modo, si el derecho orienta comportamientos, resuelve conflictos y organiza, legitima y limita el poder —por mencionar sólo algunas de sus funciones—, lo hace de una manera interesada, es decir, a favor de la clase dominante, aunque también encubierta, solapada, ocultando sus verdaderos propósitos e invocando sólo de manera retórica palabras tales como “libertad” e “igualdad”. Por lo demás, esta percepción negativa que el marxismo tiene tanto del derecho como del Estado conduce a sus partidarios al postulado de la desaparición del derecho y del Estado, los cuales, producido el advenimiento de la sociedad comunista, irán a formar parte del museo de antigüedades de la historia, como ya lo hicieron la rueda y el hacha de bronce, según la expresiva imagen de Engels.

El cuidado del derecho.— Con esta denominación suele tratarse de una nueva y última función del derecho, que concierne a los que suelen llamarse los *operadores jurídicos*, o el *staff* jurídico, compuesto por todos quienes se relacionan con el derecho de una manera regular y estable por razón de su actividad habitual —vale decir, legisladores, jueces, abogados, notarios, profesores del derecho, funcionarios de la administración—, de quienes se espera una práctica de sus respectivas profesiones, así como una interacción con los sujetos normativos miembros del grupo, que permitan una más eficiente realización por parte del derecho de todas las demás funciones que hemos señalado precedentemente.

Por tanto, el cuidado del derecho, como admite el propio Rehbinde, no es, pues, “una función auténtica del derecho”, sino algo que se relaciona con la conveniencia de que el derecho cumpla todas sus demás funciones, y se extiende, por tanto, “al conjunto de todos los fenómenos culturales jurídicamente relevantes, a los que no sólo pertenecen las normas jurídicas como tales, sino también las instituciones jurídicas, como parlamentos, tribunales, autoridades, cárceles, policía, universidades, bibliotecas, etc.”.

Por lo mismo, en nombre del cuidado del derecho, lo que se espera de las distintas ramas del *staff* jurídico no es únicamente

nadas metas o la dueña de un animal doméstico extraviado ofrece una recompensa en dinero a quien lo encuentre y devuelva, sino también en el ámbito público, como acontece en el anterior ejemplo del subsidio habitacional. Como indica Bobbio, “cuando el Estado pretende alentar ciertas actividades económicas (y no solamente económicas) se vale cada vez más a menudo del procedimiento de la incentivación o del premio, es decir, del procedimiento de la sanción positiva”.

Así las cosas, la función promocional que cumple también el derecho tiene efectos en la noción de sanción, puesto que ésta no es ya sólo la consecuencia *negativa* de una conducta *ilícita*, sino la consecuencia de una acción, sea lícita o ilícita, que tanto puede ser negativa como positiva, esto es, que tanto puede constituir un perjuicio como un beneficio para quien ejecutó la acción de que se trate.

Kelsen, por su parte, admite que los ordenamientos jurídicos “contienen a veces normas por las cuales se prevén recompensas para ciertos servicios, como títulos y condecoraciones”, aunque no considera que ésta sea “una nota común a todos los sistemas sociales designados como derecho, y tampoco nota característica de la función esencial de esos sistemas sociales”, puesto que –según este autor– tales normas “desempeñan un papel muy subordinado”. Kelsen quiere mantener así su idea del derecho como un orden *coactivo* de la conducta humana, y llama entonces la atención acerca de que “las normas que conceden títulos y condecoraciones se encuentran en una relación esencial con las normas que estatuyen sanciones”. Así, exhibir un título o una condecoración, o bien no está jurídicamente prohibido, es decir, no constituye condición de una sanción, con lo cual puede decirse que se trata de una conducta negativamente permitida, o bien –y tal es el caso normal– se encuentra jurídicamente permitido positivamente, lo cual quiere decir que se trata en principio de una conducta jurídicamente prohibida, esto es, que constituye condición de una sanción, salvo en aquellos casos en que, a través de una autorización, está expresamente permitido.

La función distributiva.– El derecho realiza también una función de carácter distributivo, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico asigna a los miembros del grupo social, sean éstos indivi-

duos o grupos, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación.

El paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, que puede ser visto como el paso de los derechos humanos de las dos primeras generaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de la tercera generación, ha acentuado la importancia de la función distributiva del derecho, que tiene por propósito asignar recursos a los sectores sociales más débiles y mejorar las condiciones materiales de vida de éstos. Recíprocamente, en momentos de revisión o de contracción del Estado social de derecho, en los cuales es el mercado el que prevalece sobre el Estado como asignador de recursos, provocando un debilitamiento de la injerencia estatal en las relaciones económicas, la importancia de la función distributiva del derecho decae sensiblemente, aunque no puede decirse que ella desaparezca del todo.

La organización y legitimación del poder social.– Es también función del derecho organizar y legitimar el poder social, distribuyendo este poder entre diversas autoridades y estableciendo los procedimientos a que estas autoridades tendrán que sujetarse cada vez que adopten decisiones en el ámbito de sus respectivas competencias.

Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico determina en la sociedad distintas instancias decisorias –por ejemplo, ejecutivas, legislativas y judiciales–, las dota de una determinada organización interna, y fija los procedimientos que cada una de ellas debe observar para la formación y exteriorización de su voluntad vinculante para el grupo social.

A la vez, y al proceder el derecho del modo antes indicado, legitima tales centros de poder, esto es, consigue establecer unos criterios objetivos en la adopción de decisiones, los cuales permiten que éstas sean reconocidas como obligatorias por parte de los integrantes del grupo social. Por lo mismo, cuando se afirma que el derecho legitima el poder, la palabra “poder” viene utilizada aquí en sentido amplio, o sea, no se trata sólo del poder de los que gobiernan, de los que detentan el poder político dentro de la sociedad, sino el poder entendido como toma de decisiones. De este modo, como afirma nuevamente Ferrari, lo que se quiere significar con esta función legitimadora del po-

ja lo que una sociedad es en un momento dado o si se constituye en un medio para modificar la sociedad en una dirección determinada cualquiera que pueda estar en la mente de sus integrantes o de quienes han sido elegidos para gobernarla. Pero la verdad es que el derecho es siempre expresivo y a la vez instrumental, con lo cual quiere decirse que, junto con reflejar la realidad social, opera sobre ésta como un factor de cambio de la misma, enfatizándose uno u otro papel según las circunstancias que se vivan y el sector de regulación jurídica de que se trate.

Resumiendo las ideas precedentes, podríamos decir lo siguiente: a) derecho y cambio social guardan entre sí relaciones dinámicas e interactivas que no es posible reducir al postulado de que el derecho *acompaña* al cambio, como tampoco a los postulados de que el derecho *instiga* el cambio o lo *obstaculiza*; b) el derecho tiene la particularidad tanto de acompañar al cambio, reflejándolo normativamente cuando éste ya se ha producido, como la de instigar el cambio, estimulando su producción por medio de sus normas, sin descartar que a veces se constituya en un obstáculo al cambio; c) el carácter predominantemente conservador o reformista de los tiempos que corren, así como el similar carácter que tengan en un momento dado los gobernantes, puede enfatizar en una sociedad dada una u otra de tales posibilidades que tiene el derecho, a saber, reflejar el cambio, instigarlo o retrasarlo sin que deba perderse nunca de vista la lúcida constatación de Cesare Beccaria: "Con respecto a la sociedad, la ley nace siempre vieja". Lo cual quiere decir que, a fin de cuentas, el derecho casi siempre se toma su tiempo frente al cambio social; d) cada vez que el derecho promueve el cambio con éxito acaba también reflejándolo, puesto que, una vez producido el cambio querido, el derecho lo recoge y expresa en sus normas e instituciones; e) la posición de la administración, de la legislatura y de la judicatura no es la misma respecto de las posibilidades que cada uno de esos poderes normativos tiene para influir a favor o en contra del cambio social. Dicha posición va a depender del régimen político y del sistema jurídico que adopte cada sociedad, así como de las convicciones y del temperamento que tengan los individuos que estén a cargo de esos poderes normativos. Así, por ejemplo, según si el régimen político sea presidencial o parlamentario, el Presidente o el parlamento estarán en una mejor posición relativa para ha-

cer del derecho un instrumento de cambio o uno de conservación. Por otra parte, las convicciones y el temperamento de quienes ocupan posiciones públicas de poder no son siempre las mismas ni son tampoco uniformes entre todos los que desde la administración, la legislatura o la judicatura están autorizados para producir normas jurídicas y conseguir por medio de éstas una aceleración o un retardo en determinados cambios sociales; y f) el derecho juega siempre tanto un papel expresivo como instrumental respecto de las realidades sociales llamado a normar. Esto quiere decir que ningún ordenamiento jurídico es perfectamente expresivo o plenamente instrumental respecto de la realidad social. Además, existen ramas del derecho que por la índole de las materias que regulan son más expresivas que instrumentales, como acontece, por ejemplo, con el derecho de familia, mientras que otras son más instrumentales que expresivas, como es el caso del derecho tributario.

Por otra parte, no hay que perder tampoco de vista que "el derecho —como dice Arnold— es básicamente un gran depósito de símbolos sociales emotivamente importantes y que todos los operadores jurídicos hacen un gasto verbal enorme para mantener el prestigio del derecho".

Como continúa diciendo Arnold, "el jurista está obligado a demostrar que en un mundo esencialmente irracional se acerca constantemente a la racionalidad; que en un mundo cruel se acerca cada vez más a la humanidad; y que en un mundo permanentemente en cambio, nos encontramos en un mundo estable y duradero".

3. LOS FINES DEL DERECHO

La paz. La seguridad jurídica. La justicia.

La paz.— En el capítulo I tuvimos oportunidad de caracterizar al derecho como un orden coercible, es decir, como un orden normativo que cuenta con la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, sobre todo, para ejecutar las sanciones que esas mismas normas prevén para el caso de su incumplimiento por parte de los correspondientes sujetos normativos.

te un buen desempeño técnico en sus respectivas áreas o campos de trabajo, sino que procuren poner a tono el derecho con los requerimientos sociales que se le dirigen y se le renuevan constantemente, ya sea por medio de nuevas leyes o del desenvolvimiento del derecho ya existente. Tal como dice Reh binder, "si el *staff* jurídico no tiene éxito en la adaptación de la materia jurídica a las necesidades sociales —sea por medio de leyes reformistas, sea a través del desenvolvimiento del derecho ya creado—, crece entonces muy pronto una peligrosa competencia para el derecho", a través, por ejemplo, de "la jurisdicción arbitral, la huelga, las manifestaciones de protesta próximas al disturbio y otras formas de conducta, incluyendo las revoluciones".

Por todo lo anterior, para conocer bien el derecho, así como para adoptar medidas conducentes a una mejor realización de sus diversas funciones, es preciso estudiar las técnicas, los artificios, las tradiciones, los modelos, los hábitos profesionales, las organizaciones, las maneras de pensar y de sentir, los reclutamientos; en fin, el *ethos*, el sello, como dice Reh binder, de que entre los miembros del *staff* jurídico existen ciertas prácticas que son la expresión de determinados modelos de comportamiento. "Estas prácticas, o sea, el comportamiento fáctico del *staff* jurídico, tienen que ser investigadas con el fin de conocer su importancia en el proceso de integración dentro de la sociedad".

Derecho y cambio social.— Todos los desarrollos acerca de las funciones del derecho suelen concluir con algunas reflexiones acerca de las relaciones entre derecho y sociedad, o, más particularizadamente, entre derecho y cambio social.

Si por cambio social se entiende el proceso de transformación a que está sometida toda sociedad y cada uno de los diferentes sectores de ésta, la pregunta que es posible enunciar se refiere a si el derecho *acompaña* simplemente ese proceso, constituye un *estímulo* para él o bien se constituye en un *obstáculo* para dicho proceso. En otras palabras, se trata de saber si el derecho promueve, retarda o tan sólo sigue los compases del cambio social.

En verdad, el derecho se encuentra en una red de relaciones que abarca la esfera política, económica, cultural, etc., y en esta dinámica interactiva el derecho es con frecuencia un factor que cambia al hilo de las transformaciones sociales y que, a la vez, encierra posibilidades que pueden hacer de él un factor

de cambio y transformación social. En consecuencia, el derecho puede tanto anticiparse como seguir al cambio, o bien ir a la zaga de éste, y que se destaque una u otra de esas posibilidades va a depender del rasgo más conservador o reformista que anime en un momento dado a la sociedad y al gobierno de ésta.

Si bien no es posible concebir una sociedad totalmente estática, pudo haber épocas en determinadas sociedades, como aquella de gran estabilidad que vivió Europa entre 1871 y 1917 —lo que se llamó la "belle époque"—, en las que, por lo mismo, el distanciamiento entre el derecho y la realidad social es apenas perceptible. Sin embargo, desde el término de la primera guerra mundial en adelante —como apunta Eduardo Novoa— "se abre una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, a partir del cual el mundo en general y con ello la casi totalidad de los países han tomado un ritmo muy veloz en su movilidad". Por tanto, "la disociación entre la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto".

Novoa va todavía más lejos y advierte que "la brecha entre derecho y realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente debido a la rigidez de aquél opuesta a la movilidad de ésta" y que los distintos operadores jurídicos permanecen impermeables ante ese fenómeno, todo lo cual trae consigo que "los juristas, por sus trasnochadas teorías, conceptos y formulaciones, sean mirados por la generalidad de los demás seres humanos como especímenes de una fauna en vías de extinción y, en todo caso, cada día menos decisiva en el curso de la vida social".

Algo similar —según Elías Díaz— podría decirse de los símbolos, formas, rituales y procedimientos del derecho: "superación de lenguajes arcaicos, incomprensibles, casi ridículos y grotescos para el común de los ciudadanos, modificación a fondo de modos de proceder laberínticos, distanciadores y ocultadores, eliminación de determinadas rutinas, prácticas y corruptelas que —como todo lo demás— sólo producen extrañamiento, temor e interesado sometimiento, lo cual por supuesto nada tiene que ver con la legítima seriedad y formalidad requerida desde luego en la aplicación y ejecución del derecho".

Otra manera de preguntarse por la relación entre derecho y cambio social consiste en investigar si aquél es meramente *expresivo* o *instrumental* respecto de éste, o sea, si el derecho refle-

gar, porque el propio derecho se vale de actos coactivos, es decir, de actos de fuerza, como reacción a las conductas contrarias a sus prescripciones.

Respecto del segundo de tales motivos, conviene decir que el recurso de que se vale el derecho para evitar el uso de la fuerza por parte de los individuos y grupos es de la misma índole que lo que se quiere evitar, salvo, claro está, que la fuerza que el derecho autoriza no es cualquier fuerza, sino la fuerza socialmente organizada, esto es, la fuerza que ha sido organizada por el propio derecho.

Kelsen lo dice en los siguientes términos: "El derecho y la fuerza no han de ser entendidos como absolutamente discordantes entre sí. El derecho es una organización de la fuerza. El derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza únicamente está prohibido como entuerto, es decir, como condición (en la norma), pero está permitida como sanción, es decir, como consecuencia". Y agrega: "la fuerza se emplea para evitar el empleo de la fuerza... El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto que prohíbe el uso de la fuerza... Sin embargo, no excluye absolutamente el uso de la fuerza. El derecho es una organización de la fuerza. En este sentido de la palabra, el derecho provee únicamente una paz relativa, en cuanto priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero la reserva para la comunidad".

En el sentido indicado en el presente acápite, en consecuencia, puede decirse que el derecho tiene en la paz uno de sus fines más importantes, sin perjuicio de que, por lo antes explicado, se trate únicamente de una paz relativa.

La seguridad jurídica.— "Seguridad" es una palabra que se relaciona con las ideas de "orientación", "orden", "previsibilidad" y "protección". Por su parte, la "seguridad jurídica", en cuanto uno de los valores o fines del derecho, se relaciona también con esas mismas ideas. Esto significa que el derecho, en cuanto procura realizar la seguridad jurídica, provee a los integrantes de la comunidad jurídica de orientación, orden, previsibilidad y protección. En todo caso, la pregunta es en qué sentido el derecho provee todo aquello y dentro de qué límites, o sea, cómo y con qué limitaciones el derecho disminuye la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo, sobre todo si en más de algún

sentido la vida humana es —como dice Ortega— "radical inseguridad".

Sin embargo, al asumir como uno de sus fines a la seguridad, el derecho no se propone satisfacer el constante anhelo de seguridad que el hombre lleva dentro de sí en los más variados campos de la existencia, sino atender únicamente a la necesidad de seguridad que el hombre tiene en lo que concierne a su vida jurídica.

En primer lugar, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orientación*, puesto que, por su propia naturaleza, el derecho se presenta siempre como un conjunto de normas y otros estándares que, junto con establecer cómo debe ser el comportamiento de las personas, influye de hecho en el modo cómo éstas se conducen efectivamente en el curso de la vida social.

Seguidamente, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orden*, porque, al regular coactivamente cómo deben conducirse las personas y al establecer quiénes y bajo qué condiciones estarán autorizados para producir, interpretar y aplicar, sus normas, se configura a sí mismo como un orden objetivo y, a la par, como un medio a través del cual se ordenan las relaciones entre los hombres. Como dice Jorge Millas, "el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con un principio superior de organización social".

A continuación, el derecho provee seguridad en cuanto *previsibilidad*, puesto que allí donde rige un ordenamiento jurídico que es en términos generales eficaz, los correspondientes sujetos normativos saben a qué atenerse, es decir, conocen lo que el derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y están informados acerca de cuáles serán las consecuencias de los actos que ejecuten en el curso de la vida en sociedad.

Por último, el derecho provee seguridad en cuanto *protección*, puesto que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza un conjunto de derechos, algunos de ellos en carácter de fundamentales, que se relacionan con ciertos valores de interés general, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Todo lo anteriormente expresado da una idea general de la seguridad jurídica, aunque es preciso afinar mejor este *concepto*, identificar luego las *condiciones* bajo las cuales es posible realizar la seguridad jurídica y, en fin, presentar las principales *manifestaciones* que tiene actualmente la seguridad jurídica.

Siguiendo en esto a Kelsen, puede decirse que los ordenamientos jurídicos coinciden, en grandes líneas, con respecto a los actos coactivos que prevén para el caso de incumplimiento de sus normas. Tales actos coactivos suelen consistir en la privación de ciertos bienes de los infractores, tales como la vida, la libertad, la propiedad, el honor, como acontece, en efecto, con la pena de muerte, las penas privativas de la libertad, las multas y otras sanciones económicas, y con ciertas penas que inhabilitan para el acceso a cargos públicos o privan de los derechos políticos para elegir y ser elegido en cargos de representación popular.

Sin perjuicio de esa coincidencia, los ordenamientos jurídicos se distinguen, a veces notablemente, en las condiciones a que enlazan actos coactivos como los antes mencionados, es decir, en las conductas humanas a cuya realización vinculan la aplicación efectiva de esos actos coactivos. En síntesis, los ordenamientos jurídicos se distinguen por las diversas situaciones socialmente deseables que aspiran introducir mediante sus normas y sanciones, esto es, por los valores jurídicos específicos que se constituyen a través de sus normas.

Sin embargo, existe a lo menos una tendencia en común a todos los ordenamientos jurídicos, desde los primitivos comienzos del derecho hasta el derecho de los Estados modernos, que consiste en la prohibición del uso de la fuerza física entre los individuos y grupos que forman la sociedad y en la circunstancia adicional de que se haga de un uso semejante de la fuerza el antecedente de la aplicación de un acto coactivo por parte del derecho. De este modo, el derecho convierte al recurso a la fuerza en la condición de una sanción que es posible imponer en uso de la fuerza organizada por el propio derecho, de donde se sigue que es preciso distinguir entre una fuerza prohibida (la que un sujeto ejerce indebidamente sobre otro) y una fuerza permitida (la que aplica el derecho, entre otros, al sujeto que ejerce la fuerza sobre otro). En consecuencia, la prohibición de emplear la fuerza tiene sólo un carácter relativo, puesto que el propio derecho se vale del recurso a la fuerza para imponer sus sanciones.

En otras palabras: hay una fuerza prohibida y una fuerza permitida o autorizada, o bien, actos de fuerza prohibidos y actos de fuerza autorizados. La fuerza está autorizada o, lo que es lo

mismo, estamos en presencia de acto de fuerza autorizado, cuando este acto se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico ha descrito previamente como condición o antecedente de esta consecuencia.

Por el contrario, la fuerza está prohibida o, lo que es lo mismo, estamos en presencia de un acto de fuerza prohibido, cuando este acto no se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico describa como condición del acto coactivo que, impuesto a través del órgano coactivo organizado, es el resultado o consecuencia de aquel acto.

En síntesis: acto de fuerza autorizado es el acto coactivo que debe seguir al comportamiento o hecho que el ordenamiento jurídico describe como su condición o antecedente, mientras que acto de fuerza prohibido es aquel que, descrito como tal por el ordenamiento jurídico, no tiene lugar a través del órgano coactivo autorizado, pero que, a la vez, da lugar a un acto coactivo autorizado que se aplica por el órgano correspondiente.

Ahora bien, desde que todos los ordenamientos jurídicos han progresado en el sentido descrito, esto es, prohibiendo todo empleo de la fuerza que no sea precisamente la ejecución de los actos coactivos que el mismo ordenamiento establece como consecuencia de determinadas conductas o hechos, cada ordenamiento procede también a fijar con toda precisión las condiciones en que deba tener lugar un determinado acto coactivo, o sea, el tipo de conductas precisas a las cuales se apareja un acto coactivo, así como la indicación del órgano a través del cual se deberá proceder a ejecutar dicho acto. En este sentido que se dice que *el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*.

Al monopolizar el uso de la fuerza, el derecho provee de una paz relativa a la sociedad en que rige. Provee *paz* porque, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la guerra de todos contra todos e impide que las luchas y conflictos de intereses entre individuos y grupos concluya simplemente con la aplicación de la ley del más fuerte. Pero se trata únicamente de una paz *relativa* por un doble motivo: en primer lugar, porque el derecho, si bien prohíbe el recurso a la fuerza, no consigne nunca erradicarlo del todo, como ocurre, por lo demás, con todas las conductas que el derecho prohíbe; y, en segundo lu-

b) preexistencia de tales normas a las conductas que van a ser luego juzgadas en utilización de aquéllas;

c) objetividad de las normas, de modo que su sentido pueda ser determinado;

d) impersonalidad de las normas, esto es, que en su contenido las normas regulen por igual a todos los sujetos normativos y que en su aplicación no se introduzcan ni discriminaciones ni privilegios en favor de nadie;

e) publicidad de las normas por medios que aseguren su oportuno e íntegro conocimiento por parte de los sujetos; y

f) autoridad de las normas, en el sentido de tener éstas la garantía del poder público.

Un punto de especial interés para los autores cuando se discute acerca del concepto de seguridad jurídica y sobre las condiciones que el derecho debe satisfacer para proporcionar seguridad a los sujetos normativos es el que se refiere a la dimensión *ontológica* o *axiológica* de la así llamada "seguridad jurídica".

Así, por ejemplo, para Jorge Millas la seguridad jurídica es una dimensión *ontológica* del derecho, con lo cual quiere decir tres cosas: a) que entre todos los valores a que el derecho sirve, la seguridad jurídica es el que tiene las más singulares conexiones con la vida jurídica, puesto que la seguridad jurídica sólo puede ser realizada por medio del derecho, a diferencia de la justicia, la libertad, la paz, ninguno de los cuales valores se encuentran ligados por modo necesario al derecho, puesto que podrían ser conseguidos fuera del derecho, esto es, extrajurídicamente; b) que la seguridad jurídica halla en el derecho la condición suficiente de su existencia, lo cual significa que todo ordenamiento jurídico, por sí mismo, provee seguridad en el sentido específicamente jurídico de este término; y c) un derecho que no implique la intención pragmática de una cierta ideal seguridad real en la vida afectiva de las personas, no es, propiamente hablando, derecho.

En síntesis, para Millas sólo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma.

Por su parte, Antonio Pérez-Luño llama la atención acerca del carácter "inequívocamente axiológico de la seguridad jurídica", con lo cual quiere decir que la seguridad jurídica no es un "mero *factum* inmanente a cualquier sistema de derecho, sino un valor del derecho justo que adquiere su plena dimensión valorativa en el Estado de Derecho". Para este autor, la posibilidad del derecho no puede ser entendida como base de la seguridad jurídica, ni, tampoco, como el primer factor o exigencia de esta última. Por lo mismo, declara no compartir la conocida afirmación de Radbruch -"La seguridad jurídica exige positividad del derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico"- y sostiene que la seguridad es un valor que tanto puede darse como no darse en las diferentes formas históricas de la positividad jurídica. "De hecho -dice-, han existido ordenamientos jurídicos de seguridad precaria o prácticamente inexistente; pero no ha existido ninguno carente de positividad".

De este modo, el autor antes citado critica lo que él llama "concepciones positivistas" de la seguridad jurídica -como sería, por ejemplo, la de Jorge Millas- y se muestra en desacuerdo con la afirmación de que la sola existencia de un ordenamiento jurídico garantice por sí sola, al margen de la justicia de sus instituciones y normas, la seguridad jurídica de los sujetos. Por lo mismo, la vigencia y preexistencia de las normas, su publicidad, el principio de legalidad y el carácter general, abstracto e impersonal de las leyes constituyen sólo garantías formales y engendran seguridad únicamente en la medida en que sus contenidos materiales sean justos. Y, citando a Elías Díaz, señala que la seguridad jurídica supone la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es sólo un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor*.

De la manera antes señalada, para un punto de vista semejante acerca de la seguridad jurídica, ésta no es un atributo inmanente de cualquier derecho, o, mejor aún, no es un resultado que todo ordenamiento jurídico produzca por el solo hecho de existir y de ser, en términos generales, eficaz. Se trataría, en cambio, de una condición y meta del derecho justo,

En ello vamos a seguir, por modo principal, las contribuciones hechas al tema de la seguridad jurídica por autores como Radbruch, Atienza, Pérez-Luño, Henkel, Coing y Jorge Millas.

En sentido estricto, la seguridad jurídica es la situación que en lo tocante a sus relaciones sociales se encuentran los sujetos normativos, en cuanto tales relaciones se hallan previstas y reguladas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado.

De este modo, la seguridad jurídica, como su propia denominación lo indica, es una seguridad específica. No se trata, en consecuencia, de la seguridad metafísica del místico, ni de la seguridad moral del optimista, ni de la seguridad psicológica del que se siente a salvo de males o amenazas, ni de la seguridad económica del que tiene bienes materiales en abundancia. Se trata, simplemente, de la seguridad social del hombre que vive en una determinada comunidad jurídica y que conoce o puede llegar a conocer, con bastante certeza, qué es lo que tanto para él como para los demás está mandado, prohibido o permitido por el derecho, y que puede conocer también cuáles serán las precisas consecuencias que habrán de seguirse en caso de que él, o cualquiera de los otros integrantes de la comunidad jurídica, no ajusten su comportamiento a las normas jurídicas del respectivo ordenamiento.

Así entendida, según Millas, "la seguridad constituye un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplirán".

De este modo, la positivación del derecho, esto es, el carácter de puestas y públicas que tienen todas las normas jurídicas, constituye la condición indispensable y básica de la seguridad jurídica. Podrán existir y prolongarse indefinidamente las discusiones acerca de qué es lo justo, es decir, acerca de qué es lo que el derecho debe establecer como mandado, prohibido o permitido frente a determinados asuntos o situaciones, pero el derecho positivo y vigente en un lugar y tiempo dados, al margen de cuál pueda ser el resultado de la evaluación a que pueda sometérselo desde el punto de vista de uno u otro ideal de justicia, determina siempre qué es lo que los sujetos normativos deben hacer y cuáles serán las precisas consecuencias que se se-

guirán en caso de que no ajusten su proceder a las prescripciones del derecho.

Por lo mismo, y refiriéndonos siempre al sentido de seguridad jurídica antes precisado, todo derecho, es decir, todo ordenamiento jurídico vigente provee de seguridad jurídica, puesto que su sola existencia como orden normativo de carácter objetivo permite a los sujetos normativos saber qué deben hacer o no hacer para evitar verse expuestos a la aplicación de sanciones coactivas cuyos contenidos también conocen de antemano.

En tal sentido, por lo mismo, la seguridad jurídica se vincula con las ideas tanto de *previsibilidad* y de *calculabilidad*. De *previsibilidad*, en cuanto se tiene información cierta acerca de cómo debe uno comportarse y de cómo se comportarán seguramente los demás, y de *calculabilidad* en cuanto el comportamiento propio y ajeno puede ser sometido a un plan que tenga debidamente en cuenta los efectos o consecuencias de tales comportamientos.

Esta clase de seguridad, por lo mismo, es la que permite que el sujeto pueda saber cómo ha de comportarse según las exigencias del derecho en determinadas situaciones o relaciones de su vida social, así como qué comportamientos puede esperar de los demás, y saber, asimismo, cuáles serán las consecuencias jurídicas tanto de sus propios actos como de los demás.

De la manera antes indicada, la seguridad jurídica, desde el punto de vista de los sujetos que la disfrutan, tiene un doble componente, por un lado de *sabery* por el otro de *confianza*. En cuanto al saber, él se refiere al conocimiento de que hay ciertas normas que disponen determinadas conductas en carácter de obligación y de que tales normas son generalmente observadas. En cuanto a la confianza, y que deriva de ese conocimiento, consiste en la expectativa de que el correspondiente ordenamiento jurídico continuará estando vigente y que siempre existirá la posibilidad de informarse acerca de cuáles de sus normas se eliminan y qué nuevas normas se incorporan a él.

Ahora bien, las condiciones que deben ser satisfechas para que exista seguridad jurídica en el sentido antes indicado, son las siguientes:

a) existencia de normas jurídicas que regulen las relaciones sociales y establezcan las consecuencias jurídicas de su observancia o inobservancia;

La justicia.— La justicia suele ser indicada con el más alto de los fines que el derecho debe satisfacer. Se dice a menudo que el derecho existe para realizar la justicia y cada vez que se afirma algo semejante se piensa más en el contenido de las normas y principios del derecho que en los métodos o procedimientos formales a través de los cuales tiene lugar la producción y aplicación de tales normas y principios.

Todavía más: la misma palabra derecho está asociada a la palabra justicia. Como advierte Javier de Lucas, la relación entre derecho y justicia viene atestiguada por la misma palabra “derecho”, que, como sus equivalentes en las demás lenguas romances (“droit”, “dret”, “diritto”, etc.) proviene del latín *directum*, que quiere decir “recto”, “correcto”, “adecuado”, en definitiva “justo”; también en las palabras de origen no latino, como “recht” o “right”, subyace la idea de lo recto, como contrapuesto a “torcido”, “incorrecto” o “injusto”. Dicha conexión expresada todavía con más fuerza, se da en las lenguas eslavas, hasta el punto de que, en ruso, derecho se dice “pravo”, en tanto verdad se dice “pravda”. Por otra parte, y desplazando ahora nuestra atención a la palabra “justicia” — *iustitia*—, ella procede de la expresión latina *ius*.

Es tal importancia de la idea de justicia, tantas las pasiones, las energías y las controversias que ella provoca —como recuerda Carlos Nino— que Sócrates, por intermedio de Platón, sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro, en tanto que Aristóteles afirmaba que ni la estrella vespertina ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia.

Sin embargo, “justicia” es una palabra utilizada en diversas acepciones, de las cuales las principales son las que siguen a continuación.

En primer lugar, se distingue entre un *sentido subjetivo* y uno *objetivo* de esa palabra. En un sentido *subjetivo*, justicia es un término que se emplea para aludir a una virtud de la vida personal. De este modo, puede decirse que un padre o que un profesor son justos, o que lo son determinadas actitudes de uno o de otro. En un sentido *objetivo*, justicia es una cualidad que se predica, a la vez que se espera, de determinadas estructuras, normas e instituciones sociales, entre las cuales figura ciertamente el derecho. De este modo, puede decirse que una ley o que una sentencia son justas. Con todo, una distinción como esa no es

tajante, puesto que, como dice Javier de Lucas, “la justicia se encuentra en la intersección entre vida personal y vida social”. La virtud de la justicia “no se refiere primariamente a uno mismo como las demás virtudes, sino a otro, y por ello se orienta a lo social e institucional”.

Como dice por su parte Carlos Nino, “algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona, sea un funcionario o un socio. Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o de beneficios y cargas, entre diversos individuos de un grupo social”.

Jorge Millas es de parecer que la justicia no es un valor propiamente jurídico, puesto que “ni su esencia ni su efectiva realidad se hallan inexorablemente ligadas en principio al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea y la posibilidad de vida que ella involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial. También es concebible teóricamente una comunidad de hombres en donde, por el solo imperio de los valores religiosos y morales impera la justicia en plenitud, aunque esa organización carezca de organización jurídica”.

Lo mismo piensa Millas de la paz, puesto que ésta tampoco sería un valor específicamente jurídico, porque “el derecho no es condición necesaria de la paz social”, desde el momento en que “es perfectamente concebible, en el plano teórico, una sociedad en donde sólo el imperio de los valores morales asegure la convivencia pacífica”.

Para Millas, como se señaló en su momento, el “orbe de los valores jurídicos, sensu strictu, se reduce a un valor único: la seguridad jurídica”.

Sin embargo, es preciso admitir que la idea de justicia tiende a objetivarse en el derecho, lo cual significa que el derecho es siempre una cierta justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de expresión y de realización de una determinada concepción de la jus-

o sea, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho, de manera que si no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier derecho provee un sistema de seguridad jurídica. Para una posición como ésta, en suma, el Estado de Derecho no es sólo un Estado de legalidad, esto es, un Estado capaz de producir un ordenamiento jurídico, sino aquel Estado en el que la legalidad producida se funda en la soberanía popular y se dirige inequívocamente a la protección de los derechos fundamentales. "El Estado de Derecho —concluye Pérez-Luño— es una expresión de legitimidad política y precisamente por serlo se identifica con ese principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad".

En una línea de pensamiento similar a la anterior, Manuel Atienza distingue tres niveles de seguridad en el derecho, a saber, *orden*, *certeza* y *seguridad* propiamente tal.

En cuanto al primero de esos niveles —el *orden*— se trata de una característica de cualquier derecho, porque es propio o constitutivo de éste, incluso en el caso de los derechos poco evolucionados, ordenar la conducta humana y, de ese modo, lograr un mínimo de previsibilidad en relación con las acciones jurídicamente significativas y con las consecuencias de estas mismas acciones.

Tocante a la *certeza*, se trataría nada más que de un especial grado de previsibilidad que conseguirían los derechos más evolucionados, gracias al carácter preciso de sus normas y al hecho de que el cumplimiento de éstas se encuentra efectivamente asegurado por el aparato coactivo del Estado.

Utilizando el lenguaje de Hart, para tener *orden* bastaría con las llamadas *normas primarias*, en tanto que la *certeza* sería provista especialmente por las *normas secundarias*, puesto que estas últimas permiten establecer cuándo una norma pertenece al sistema jurídico de que se trate, quiénes y cómo pueden cambiar las normas del sistema, y quiénes y cómo pueden determinar de una manera incontrovertible cuando una norma ha sido infringida.

Por lo último, la *seguridad* propiamente tal, consiste en la capacidad de un ordenamiento jurídico para hacer previsibles, esto es, seguros, los valores de libertad e igualdad. Este tercer nivel presupone los dos anteriores y se relaciona con la idea de justi-

cia, puesto que ésta no es otra cosa que la seguridad de que el derecho nos proporciona un máximo de libertad e igualdad.

Como se ve, no es una sola la respuesta que puede darse a la pregunta acerca de qué significa estar jurídicamente seguros y dicha respuesta depende del concepto o idea que se tenga acerca de este fin del derecho. En un sentido *estricto*, la seguridad jurídica es provista por todo ordenamiento jurídico, sin más condiciones que las seis que fueron indicadas en su momento; en un sentido *amplio*, la seguridad jurídica es un valor que no realiza todo ordenamiento jurídico por el solo hecho de existir y requiere para su realización de condiciones adicionales a esas seis que se vinculan con la existencia de lo que se llama, modernamente, Estado de Derecho. En el primer caso, la seguridad jurídica es vista con independencia de la justicia de las normas e instituciones del ordenamiento jurídico que la provee, mientras que en el segundo caso ella es vista engarzada con la idea de justicia, y, en particular, con los valores de libertad e igualdad que componen esa idea.

En cuanto ahora a las *manifestaciones* que tiene actualmente la seguridad jurídica, ellas son la *presunción de conocimiento del derecho*, que tuvimos oportunidad de explicar a propósito de los efectos de la ley en cuanto a las personas; el *principio de legalidad*, en virtud del cual lo lícito y lo ilícito, así como las consecuencias de lo ilícito, se encuentran preconfiguradas con claridad y precisión por las normas del ordenamiento jurídico; la *irretroactividad de las normas* como mandato para el juez que debe aplicarlas y como principio para el legislador que las produce y que sólo excepcionalmente puede dar carácter retroactivo a las normas que crea; los *derechos adquiridos*, como prolongación del principio de irretroactividad, que son aquellos válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación, de modo que un cambio de ésta no puede posteriormente afectarlos; la *cosa juzgada*, como factor que elimina la incertidumbre al establecer el carácter irreductible que toman a partir de cierto instante las decisiones contenidas en los fallos judiciales y al impedir un nuevo examen judicial de los asuntos que ya han sido resueltos por medio de una sentencia; y la *prescripción*, por último, como institución que también elimina la incertidumbre, al poner fin al estado potencial de una conducta o acción jurídicamente significativa.

den social –en particular el derecho– y no por una virtud humana que pueden o no tener los individuos en sus relaciones con los demás, y si, además, centramos nuestra atención en las *concepciones* de la justicia, podríamos dar por establecido lo siguiente:

La pregunta por la justicia, entendida, al menos, como el acto del hombre que inquiere por un criterio superior que establezca con cierta nitidez y exactitud aquello que *debe ser* en relación con lo que *son o pueden ser* los derechos positivos dotados de realidad histórica, es, como no cabe duda, una de las cuestiones que más frecuentemente –y, aun apasionadamente– ha preocupado y preocupa a los juristas de los tiempos y de los sitios más diversos. Ello es producto, en lo fundamental, del hecho de que el hombre, junto a su facultad de *conocer*, cuenta también con una determinada aptitud para *valorar*, la que le insta y le conduce a una incesante formulación de apreciaciones estimativas acerca de los objetos y fenómenos que le rodean. El hombre conoce y, a la vez, quiere. Quizá quiere, o llega a querer, precisamente porque conoce, o bien, por la inversa, conoce porque es capaz de querer las cosas de un modo distinto a como éstas son; sin embargo, de lo que no cabe duda es de que el hombre no siempre quiere las cosas del modo en que las conoce.

“Todo hombre, por naturaleza, apetece saber” –dice Aristóteles–, y añade Zubiri que “la conciencia del hombre no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral”.

El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta social del hombre, es, con preferencia a otros, uno de aquellos fenómenos propios de la existencia humana que los hombres no se reducen meramente a conocer –para saber así qué espera de ellos esta normatividad y cuáles serán las consecuencias desfavorables que se seguirán en caso de no acomodarse a ella–, sino que, además, se trata de un fenómeno que, por su alto grado de imbricación en la vida de todos los individuos, resulta permanentemente enjuiciado o valorado por éstos a la luz de unos determinados criterios o ideas acerca de lo que cada cual entiende como *lo debido* o *lo que debe ser*. El derecho, con ser creación humana, es de aquellas que menos indolencia provocan en los individuos, especialmente porque éstos se encuentran advertidos acerca del carácter coercible de sus normas y de la consiguiente posibilidad de verse pri-

vados de ciertos bienes deseables –como la vida, la libertad, el patrimonio y el honor– en caso de no ordenar su conducta a las exigencias de comportamiento que esas mismas normas les dirigen. Este interés por la justicia, así como la importancia objetiva de ésta, hicieron exclamar a Aristóteles, como se dijo antes, que “ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia”.

Esta apreciación estimativa del derecho positivo la lleva a cabo todo hombre y, por lo mismo, también los juristas, aun cuando éstos suelen confinarse a una función de mero conocimiento y exposición acríicas de un determinado derecho vigente. En verdad, la identificación y descripción comprensivas que los juristas llevan a cabo de un determinado ordenamiento jurídico positivo, no presuponen necesariamente, por parte de esos mismos juristas, ni aprobación del ordenamiento jurídico de que se trate ni, tampoco, adhesión política a la autoridad que lo ha instituido como tal. Por lo mismo, todo jurista puede pronunciarse moralmente acerca de los contenidos prescriptivos que ha identificado y descrito como pertenecientes a un ordenamiento jurídico dado, como también oponerse políticamente a la autoridad que se encuentre en el origen de ese ordenamiento.

Hay, pues, mucha razón en el tipo de argumentación propuesto por Von Wright en el sentido de que “el positivismo jurídico está en lo cierto cuando sostiene que el derecho no es lo mismo que la moral, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la función que cabe asignar a ésta como modelo para enjuiciar la corrección de aquél, aunque no lo está, sin embargo, cuando, en nombre de la “pureza” del derecho, el positivismo insiste en eliminar toda consideración de orden moral acerca del derecho legislado y de su interpretación por los juristas”.

La neutralidad valorativa con que el jurista debe proceder ante su objeto de estudio –el derecho positivo– tiene así únicamente el sentido de atenerse a lo dado que tiene su trabajo de verificar y dar cuenta de ese derecho, pero no puede entenderse que ella alcanza, de modo alguno, a las posibilidades de crítica moral y política del derecho y de las autoridades u órganos encargados de dictarlo. Así, vedar al jurista estas posibilidades constituye, cuando menos, una extensión indebida del postulado de la neutralidad valorativa; pero puede también esta prohibición enmascarar, en lo más, un interés no siempre confesado:

ticia, a la vez que, por otro lado, la idea de justicia subsiste, fuera del derecho, como un criterio o medida que permite valorar el ordenamiento jurídico, sus normas y sus instituciones, o sea, que permite emitir enunciados acerca de si ese ordenamiento, normas e instituciones son justos o injustos, correctos o incorrectos.

Cabe distinguir, asimismo, ahora con John Rawls, entre el *concepto* de justicia y las *concepciones* de la justicia. El concepto de justicia se refiere a "un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales". A su turno, las concepciones de la justicia "son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada".

Al concepto de justicia se refiere Bobbio, por ejemplo, cuando define justicia como "el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos dar el nombre de derecho". Al hilo de esa definición, las concepciones de la justicia serían aquellas que emitirían un pronunciamiento acerca de cuáles son o deben ser, exactamente, esos valores, bienes o intereses en los que consiste la justicia.

Además, Bobbio distingue entre una *fenomenología de la justicia*, que tendría por cometido describir el valor de lo justo, y una *ideología de la justicia*, encargada de hacer propuestas de criterios de valoración y también de transformación de la sociedad, a raíz de lo cual se podría concluir lo siguiente: la teoría *analítica* de la justicia discurre sobre el valor denominado justicia, de modo que a una teoría analítica, sin ir más lejos, pertenece la definición de justicia que proporciona el mismo Bobbio. Por su parte, la teoría *fenomenológica* de la justicia explora, valiéndose para ello de investigaciones de derecho comparado, cuáles han sido en el hecho los criterios asumidos en cada caso, en las diversas civilizaciones y en las distintas épocas, para juzgar lo justo y lo injusto. Por último, la *ideología de la justicia*, al modo de lo que antes hemos llamado concepciones de la justicia, se constituye como una propuesta de criterios sustantivos que permiten valorar y transformar tanto el derecho como la sociedad en que este rige.

Existe desde luego una relación entre esos tres planos de la justicia, puesto que los resultados de una teoría analítica de la justicia permiten orientar las investigaciones de tipo descriptivo que lleva a cabo la teoría fenomenológica de la justicia, mientras que esta última desemboca en una toma de posición ideológica, esto es, prescriptiva. Sin embargo, son las concepciones de la justicia, entendidas éstas como una determinada selección de los criterios a que se refiere el concepto de justicia de Bobbio. Las teorías de la justicia no responden a la pregunta *qué es justicia*, aunque siempre presuponen una respuesta a una pregunta como esa, sino que procuran establecer *qué es justo o injusto*, o sea, se trata de puntos de vista sustantivos o de contenido acerca de lo justo que se intentan realizar por medio del derecho —aunque no únicamente por medio del derecho, sino también de la política, de la economía, etc.— y que, a la vez, sirven como vara o medida para emitir juicios de justicia acerca del derecho o de quienes lo producen y aplican, esto es, sirven para emitir enunciados que procuran informar acerca de cuán justo o injusto es el derecho o quienes se ocupan de producirlo y aplicarlo.

En consecuencia, el derecho es una *medida* de la justicia, un medio idóneo para realizar una concepción de la justicia, pero, a la vez, el derecho es algo que es posible de ser *medido* por la justicia, o sea, de ser evaluado por ésta, ya sea con resultados positivos o negativos. En todo caso, el derecho siempre realiza de manera parcial la o las concepciones de la justicia que plasma, con lo cual quiere decirse que "el derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada", como escribe Helmut Coing. Por tanto, entre ese ideal de justicia y el derecho se da siempre una cierta tensión. Recurriendo a este respecto al ejemplo de que se vale Javier de Lucas, el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, tal como se lo consagra en el Código Civil chileno, no implica el conocimiento real del derecho por parte de todos, puesto que se trata de una exigencia de seguridad para que el ordenamiento jurídico pueda funcionar eficazmente. Sin embargo, el principio democrático de publicidad de las leyes exige que el conocimiento de las normas sea lo más real y efectivo posible.

Pues bien: si nos situamos en una perspectiva *objetiva* de la justicia, esto es, si nos preguntamos por una cualidad de un or-

c) Igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre similares y resultan a menudo contrapuestos entre sí, como cuando se dice, por ejemplo, que la democracia es justa, o que lo es su contrario, la autocracia; o que la propiedad privada de los medios de producción es una institución justa, o que lo es, en cambio, el régimen de propiedad colectiva de tales medios; o que la pena de muerte, como respuesta frente a determinados delitos, es una institución justa, o que dicha pena no está nunca justificada desde el punto de vista de la justicia, ni siquiera en presencia de los delitos más graves.

Ahora bien, de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados históricamente, resulta un problema fundamental en relación con la naturaleza y verificabilidad de los juicios de justicia, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la *verdad* y por tanto la *preeminencia* de uno determinado de esos criterios de justicia por sobre los restantes.

Una opinión, de la que puede ser fiel exponente el jurista italiano Giorgio del Vecchio, se inclinará por la respuesta afirmativa, y admitirá, en consecuencia, que es posible a la razón trazar un ideal de justicia que permita valorar el derecho positivo; otra, en cambio, de la que Kelsen puede ser el arquetipo, sostendrá precisamente lo contrario, negando la posibilidad de una demostración racional que conduzca a la identificación de un determinado criterio como el mejor o el verdadero. Para Kelsen, tras la formulación de los distintos ideales de lo que es justo se esconden nada más que los intereses o, cuando menos, la simple subjetividad del sujeto que lleva a cabo esa formulación.

Por lo mismo, y de acuerdo con el punto de vista antes señalado, Del Vecchio considera la filosofía del derecho como "la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón".

Por su parte, Kelsen, situado en la trinchera opuesta, confiesa que "en verdad no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues,

darme por satisfecho con una justicia relativa y decir *qué es para mí la justicia*".

Ese mismo antagonismo es iluminado por otro jurista contemporáneo —Hart—, cuando afirma que los que piensan que es posible a la razón humana acceder a ciertos criterios seguros acerca de lo que debe ser, dicen a los segundos, o sea, a los que niegan esa posibilidad, "Ustedes son ciegos", mientras que éstos, por su parte, replican, con no menos énfasis, "Ustedes están soñando".

Es preciso advertir que este problema —el de la posibilidad de una opción racional entre los diversos criterios en pugna— se agrava aún más si se piensa que, para no pocos, la función específica del ideal de justicia trazado por la razón no se reduce al de servir como un mero paradigma o modelo a partir del cual se puedan enjuiciar críticamente los contenidos prescriptivos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, sino que —mucho más allá de todo eso— tal función se eleva a la de una fundamentación de la validez del derecho positivo, de donde se sigue que éste alcanzaría el carácter de tal, con su consiguiente pretensión de obligatoriedad, únicamente en el caso de que sus contenidos estuvieren en consonancia con determinado criterio de justicia escogido para este efecto. En el caso de la primera de estas dos funciones, el derecho positivo se instituiría como tal con independencia del criterio de justicia con que luego es evaluado, de modo que la operación estimativa puede arrojar tanto la conclusión de que el derecho investigado es justo o injusto, sin que pierda su carácter de tal —de derecho positivo— en el evento de estimárselo injusto. Por la inversa, en el caso de la segunda de tales funciones, y como consecuencia de presentar el criterio de lo justo con el fundamento de validez del derecho positivo, éste no podría existir sino en armonía con dicho criterio, de donde resultaría la redundancia de la afirmación "Este derecho positivo es justo", y la contradicción lógica de la que dijere, por su parte, "Este derecho positivo es injusto". Por lo mismo, en el primero de los casos mencionados, el criterio de la justicia desempeña una función *valorativa*, mientras que en el segundo tal función es de tipo *ontológico*.

No es posible resolver la cuestión fundamental antes apuntada acerca del mayor valor de verdad que pueda eventualmente

el de hacer desaparecer a los juristas como instancia de crítica moral y política del derecho positivo y de la autoridad encargada de dictarlo, precisamente con el propósito de inmovilizar un determinado ordenamiento jurídico y de preservar el poder de la correspondiente autoridad.

Así, entonces, el derecho restringe la libertad y confina a los individuos a conducirse únicamente dentro de la zona de lo lícito y de lo permitido. Por lo mismo, para nadie resulta indiferente cuáles sean en un momento y lugar dados los específicos contenidos prescriptivos de un determinado ordenamiento jurídico positivo con realidad histórica, puesto que, según lo que ha sido dicho, la limitación de la libertad y la amenaza de sanciones coactivas, constituyen, respectivamente, la temperación de un instinto primario del hombre y una cierta especie de agravio para éste: la que trae consigo toda advertencia o conminación.

Ahora bien, si el derecho positivo, con sus diversos y cambiantes contenidos prescriptivos, conduce a la búsqueda y fijación de un criterio de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho pueda ser luego calificado de justo o injusto, lo cierto es que la fijación de tal criterio, en cuanto posea o se encuentre dotado de un determinado contenido, permite enseguida la emisión de los correspondientes *juicios de justicia*, entendiendo por éstos aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de las personas u órganos encargados de la producción jurídica, a la vez que el contenido de las normas que resultan de esta misma producción.

Cabe señalar, por lo mismo, que los juicios de justicia, entendidos al modo que ha sido indicado previamente, son posibles sobre la base de tres supuestos, a saber: *primero*, que exista un determinado derecho positivo con realidad histórica al que se tratará, precisamente, de evaluar en su justicia o injusticia; *segundo*, que exista un determinado criterio o ideal de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho positivo puede ser finalmente calificado de justo o injusto; y, *tercero*, que exista un sujeto interesado en llevar a cabo la confrontación entre el ideal de justicia y el derecho positivo, a fin de verificar el grado en que éste realiza dicho ideal.

De estos tres supuestos necesarios para que puedan tener lugar los juicios de justicia, no cabe duda de que el más proble-

mático resulta ser el segundo de ellos, o sea, el que dice relación con la existencia de un criterio de justicia que permita llevar a cabo esa evaluación positiva o negativa a que esta clase de juicios puede ser finalmente reducida.

En efecto, el derecho positivo –primer supuesto para la formulación de los juicios de justicia– es siempre un dato que se puede verificar de manera objetiva, establecido que todo grupo humano reconoce alguna forma de ordenación jurídica y que ésta, más allá de las divergencias que puedan surgir acerca de su sentido y alcance, es invariablemente puesta por alguna autoridad o consenso y posee siempre un determinado contenido que se reparte, por así decirlo, entre los diversos continentes de normas o fuentes formales del derecho. Por lo mismo, siempre será relativamente posible esclarecer qué es y qué no es derecho positivo en un momento y lugar dados. Las normas jurídicas constituyen prescripciones de *deber ser*, como no cabe duda pero no por ello dejan de *ser* algo, de constituir un determinado *factum* al que el hombre puede aproximarse con fines de conocimiento y valoración.

Lo mismo, siempre habrá también uno o más sujetos interesados en evaluar críticamente la actividad creadora del derecho y el contenido de éste, puesto que esa actividad y este contenido caen necesariamente dentro de una esfera de intereses próximos y vitales para todo individuo mínimamente consciente de su propia persona y de su situación dentro de la sociedad.

¿Pero qué decir, en cambio, del criterio o ideal de justicia que, en lo sustantivo que éste tiene, es el que, a fin de cuentas, permite al sujeto, por vía de la comparación o cotejo con el derecho positivo, concluir que éste realiza o no, y en qué grado, el contenido de este mismo ideal?

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

a) La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia, ya sea que se los presente bajo esta misma y estricta denominación, o bien como programas de gobierno, exhortaciones para la acción pública o demandas para la reforma o la sustitución de un determinado derecho vigente;

b) Esa misma historia muestra, también, que los hombres han elaborado no sólo uno, sino múltiples ideales de justicia;

las ideas y convicciones de cada individuo, establece la base objetiva y necesaria para favorecer y garantizar debidamente la libre concurrencia de las opiniones y el consiguiente debate que, por su parte, preludia o anticipa la búsqueda y adopción razonadas del punto de vista que resulte más aconsejable.

Por lo tanto, el relativismo en punto al conocimiento de valores absolutos, conduce naturalmente a la tolerancia, y ésta, por su parte, a la democracia, lo cual quiere decir que todas las opiniones y doctrinas políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, con la voluntad consiguiente –como apunta Radbruch– de “otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría”, aunque esta última deba proceder, por aplicación del mismo principio democrático, con respeto y protección de la o las opiniones de minoría. Precisamente, la presencia y protección de las minorías constituye una exigencia que se corresponde muy bien con el carácter transaccional que posee el modo de operar de toda auténtica democracia, establecido que esta forma de gobierno presupone la representatividad de todos los intereses en juego y la búsqueda, por medio de la controversia y el pacto, de soluciones de compromiso que, al venir acordadas con la participación más o menos activa e influyente de todos los grupos, crean en la comunidad lo que Kelsen ha referido como una cierta “predisposición a la obediencia”.

“Lo que acarrea el desorden –recuerda el propio Kelsen en la parte final de su conocido trabajo titulado *¿Qué es justicia?* – es la intolerancia, no la tolerancia. Si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque supone la libertad, y la libertad significa tolerancia. Cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia”.

Sexto. Por lo mismo, inmersos en una multiplicidad y diversidad de ideales de justicia que no es posible compatibilizar entre sí, y que, más aún, se contradicen a menudo abiertamente unos a otros, con el entorpecimiento adicional de que podamos estimarnos desprovistos de los medios necesarios para llevar a cabo una elección confiable al interior de ese ámbito tan vasto como heterogéneo, lo cierto es, en todo caso, que siempre tendrá algún sentido la mantención de la pregunta por la justicia,

al menos ese mínimo sentido que cabe continuar atribuyendo a toda tarea, aunque infructuosa, a la que, no obstante, sentimos concernir de alguna manera a esa zona de las inclinaciones y nostalgias más profundas e irrenunciables del espíritu humano.

Séptimo. Finalmente es conveniente dejar establecido que el *absolutismo* y el *relativismo* valorativos, o, si se prefiere, el *cognotivismo* y el *no cognotivismo* éticos –tal como fue presentado a propósito del contraste entre las posiciones de Del Vecchio y de Kelsen– no constituyen las únicas alternativas posibles –en nuestra opinión– cuando se trata de establecer las diferentes actitudes o temperamentos que una persona pueda adoptar frente a la cuestión de la posibilidad o imposibilidad de fundar racionalmente nuestros juicios de valor, y, en particular, los juicios que podemos emitir en nombre de ese valor que denominamos “justicia”. Tales actitudes o temperamentos morales son los siguientes:

Un primer tipo es el de los *indiferentes*, que son aquellos que, llamados a dar un juicio moral sobre determinado asunto jurídico relevante –por ejemplo, si está o no moralmente justificada la pena de muerte en presencia de ciertos delitos– se encogen sencillamente de hombros y declaran no tener juicio alguno que emitir al respecto.

Siguen a continuación los *desinformados*, que son aquellos que quieren llegar a tener un juicio moral sobre el asunto que se les consulta –con lo cual se diferencian de los indiferentes–, pero que antes de formarse ese juicio piden disponer de suficiente información sobre el asunto de que se trata. Así, alguien que es interpelado con la pregunta “¿Está usted de acuerdo con que el derecho de su país permita producir niños de probeta?”, bien podría decir que antes de responder necesita que le expliquen qué se entiende por *niño de probeta* y cuáles son exactamente las distintas técnicas para producirlos.

La desinformación no es propiamente un temperamento moral, sino una condición en que un sujeto puede hallarse frente a un determinado asunto moral en discusión, puesto que es frecuente que demandemos mayor información antes de adoptar y emitir un pronunciamiento moral acerca de asuntos o materias especialmente complejas.

Luego vienen los *neutrales*, esto es, los que se interesan por el asunto moral de que se trate y tienen un juicio formado so-

concederse a un determinado ideal de justicia sobre los restantes que comparecen con él y que disputan —si así puede decirse— las preferencias de los individuos, aunque, claro está, todos podamos tener alguna posición personal a este respecto. Sin embargo, y aun en el caso de que nos situáramos en la posición relativista, esto es, en aquélla que desiste de llevar a cabo una elección racional entre individuos ideales en pugna, dejando a éstos, por lo mismo, en una libre y tolerada concurrencia al interior del grupo social y renunciando, por lógica consecuencia, a la imposición de un determinado punto de vista estimativo como el mejor o el verdadero, creo posible fijar las siguientes conclusiones:

Primero. El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, de la cual la nota o propiedad de la coercibilidad es una de las más típicas y destacadas, constituye un fenómeno que se encuentra al parecer presente en cualquier experiencia de vida social del hombre, por cuanto si la sociedad resulta una forma ineliminable de la vida humana, el derecho, por su parte, aparece luego como una regulación necesaria de toda vida social.

Segundo. El derecho es, a la vez, creación humana, en cuanto son los hombres quienes producen las normas jurídicas y dotan a éstas, con un margen de determinación y de arbitrio que es variable según los casos, de unos concretos contenidos prescriptivos.

Tercero. Ante su propia obra o producción —el derecho positivo—, los hombres son capaces de formular y mantener apreciaciones estimativas, que se traducen en juicios de valor que verifican si la actividad de quienes aparecen vestidos de la facultad de crear normas jurídicas y el contenido prescriptivo de éstas son o no son como deben ser de acuerdo con un determinado ideal de justicia.

Cuarto. Si llamamos a esos juicios “juicios de justicia”, tenemos que convenir, acto seguido, que tales juicios no sólo son posibles, sino inevitables, y que, además, son racionales, si no en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos, al menos en el sentido de que es plausible que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional, aunque sí pue-

da calificarse de este modo el esfuerzo consiguiente —lo cual es ya otra cosa— por demostrar que una determinada respuesta a esa pregunta constituye la única, la mejor o la verdadera. Como dice acertadamente Ross, “podrá objetarse que todo aquel que, de este modo, niegue que puedan determinarse científicamente valores, de consuno se priva de la posibilidad de escoger entre el bien y el mal, debiendo concluir en una pasividad culpable. Pero esta objeción es necia. Puesto que por ser una opinión, simplemente una opinión, y no una verdad científica, no se sigue, naturalmente, que uno no pueda tener opiniones. Sé muy bien lo que sostengo y lo que defenderé luchando. Sólo que no me concibo creyendo, o haciendo creer a otros, que puede probarse científicamente que mi punto de vista es el verdadero”.

La pregunta por la justicia tiene, pues, en sí misma, un fundamento suficiente, derivado de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como tarea ineludible. La racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un determinado fundamento, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte luego posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

Quinto. Esa misma circunstancia, esto es, la posibilidad de que los valores absolutos puedan resultar inaccesibles al conocimiento, lo cual quiere decir, por su parte, que todo hombre puede valorar y poseer convicciones estimativas aunque nadie se encuentre en situación de demostrar por métodos racionales que una determinada de estas convicciones debe ser tenida como la única verdadera, hace aconsejable, en el terreno de la organización política, la adopción de un régimen que garantice la libre concurrencia de todas las opiniones, con el fin de que la inteligencia y la voluntad de los hombres puedan escoger las que estimen más convenientes, y con el fin, también, de que, a través del procedimiento de concurrencia y discusión de esas mismas opiniones, pueda tener lugar alguna suerte de compensación de los puntos de vista opuestos. Esta opción, desde luego, no es otra que la democracia, puesto que al conceder ésta igual estima a

fueran absolutos, esto es, evidentes y excluyentes de valores contrarios. Tales valores se relacionan con la tolerancia, la libertad de pensamiento, la paz y la democracia como forma de gobierno.

Para llegar a esa conclusión, Kelsen, hacia el final de *¿Qué es justicia?*, se pregunta si acaso la filosofía relativista que él define bajo ese nombre es necesariamente amoral, o incluso inmoral, y si acaso su relativismo es incompatible con la toma de posición y la responsabilidad en el terreno moral.

El autor responde negativamente a ambas preguntas y sostiene, con un rotundo “¡Cómo no!”, que el relativismo que él dice profesar es compatible con la responsabilidad moral.

Dice: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y que hay que escoger entre ellos. De este modo, el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno, o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden superior que ser moralmente responsable de uno mismo. Una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo y, todavía peor, se le interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado”.

Al hilo de tales reflexiones, en consecuencia, puede entenderse que Kelsen concluya su libro *¿Qué es justicia?* con el siguiente párrafo: “He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Habría sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por

tanto, lo más importante de mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la de la democracia, la de la tolerancia”.

Una de las características más sobresalientes de las sociedades libres, esto es, de aquellas sociedades que garantizan de manera efectiva libertades tales como la de pensamiento y expresión, así como las de reunión y asociación entre individuos afines en ideas y aspiraciones, está constituida, ciertamente, por la multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones morales y, en particular, por la multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones acerca de la justicia.

A un fenómeno como ese podemos llamarlo “pluralidad”, para aludir con esta palabra al *hecho* de existir en toda sociedad libre una multiplicidad y variedad en las ideas que se tienen acerca del bien y, en lo que ahora nos interesa, acerca de ese bien social que llamamos “justicia”. Pero al simple hecho de la pluralidad se ha venido sumando en cada vez mayor medida esa *actitud* del espíritu humano que consiste en dar valor a la “pluralidad”, es decir, que ve en la pluralidad un bien y no un mal o una amenaza. A su vez, el pluralismo, de la manera como acabamos de definirlo, ha traído consigo una expansión de la *virtud* de la tolerancia, consistente esta última en la práctica de la aceptación de todas las ideas y en el sincero convencimiento de que ninguna de ellas puede ser suprimida.

De este modo, la pluralidad, que es un *hecho*, favorece el pluralismo, que es una *actitud* frente a ese hecho, en tanto que el pluralismo ha facilitado la entronización de la tolerancia, que es, por su parte, una *virtud*.

Un proceso como ese es en verdad muy reciente en el mundo occidental. Como señala Isaiah Berlin, “la noción de que una pregunta puede tener dos facetas, de que puede haber dos o más respuestas incompatibles, cualquiera de las cuales puede ser aceptada por hombres honestos y racionales, es muy reciente”, y contrasta con la vieja idea de que “la verdad es una y el error múltiple”, idea esta última que hasta épocas históricas no muy lejanas solía sumarse a la de que el error no tiene derechos, con lo cual se quería decir que quienes no suscribían la verdad única no podían legítimamente tener, ni menos expresar, difundir y enseñar, los puntos de vista contrarios a dicha verdad.

bre el particular –lo cual los diferencia de las dos categorías anteriores–, pero que, por alguna razón estratégica, prefieren no dar a conocer ese juicio. Tal sería el caso, por ejemplo, de un profesor de derecho que silencia momentáneamente su parecer acerca de la pena de muerte para favorecer de ese modo una mejor y más abierta discusión entre sus alumnos.

En rigor, tampoco se trata de un temperamento moral, puesto que nadie puede permanecer permanentemente neutral frente a todas las discusiones morales, sino de una opción que por alguna razón puede hacerse por un sujeto en determinadas circunstancias.

Aparecen enseguida los *relativistas*, que serían aquellos que consiguen formarse y a la vez emitir un juicio moral acerca de lo que se encuentra en discusión, pero que consideran que todos los juicios morales que puedan pronunciarse al respecto, por distintos y aún contradictorios que sean entre sí, tienen igual justificación y, en consecuencia, ninguno de tales juicios, ni siquiera el propio, puede resultar preferible a los demás.

Distinto es el caso de los *escépticos*: éstos también son capaces de tener y de expresar el juicio moral que se les pide –lo mismo que los relativistas–, pero, a diferencia de estos últimos, prefieren su propio juicio moral al de los demás y están dispuestos a ofrecer algún tipo de argumentación en su favor, aunque admiten que ni ellos ni nadie cuenta en último término con métodos propiamente racionales y concluyentes que permitan probar con certeza el mayor valor de verdad de uno cualquiera de los distintos juicios morales que puedan hallarse en conflicto en un momento dado.

A continuación, pueden ser identificados los *falibles*: éstos tienen convicciones fuertes en el terreno moral y, a diferencia de los escépticos, creen que es posible demostrar racionalmente la corrección o el mayor valor de la verdad de las mismas, pero, a la vez, reconocen su propia falibilidad, o sea, admiten la posibilidad de estar equivocados, y aceptan oír los argumentos que puedan darles personas que piensan distinto acerca del asunto moral en discusión.

Los *absolutistas*, en cambio, están en la misma posición que los falibles, aunque con una diferencia importante: no admiten la posibilidad de estar equivocados en lo que concierne a sus convicciones de orden moral, y si se muestran interesados en acercarse a quienes piensan distinto no es –como en el caso de

los falibles– para aprender eventualmente de esas otras personas, sino para convertirlas.

El último tipo es el de los *fanáticos*, que son iguales a los absolutistas, aunque con una característica diferenciadora muy clara y atroz: buscan a los que piensan distinto no para convertirlos, sino para eliminarlos.

De todos los temperamentos o tipos morales antes identificados, sólo son claramente reprobables, en nuestro parecer, los *indiferentes* y los *fanáticos*.

Por otra parte, nadie responde siempre y plenamente a uno determinado de esos tipos o temperamentos, sino que, según la índole, interés e importancia de los problemas morales que se discuten, los sujetos suelen desplazarse entre una y otra de las posiciones antes identificadas.

Retomando, por último, el contrapunto entre Kelsen y Del Vecchio, podría decirse que este último es un *absolutista*, o acaso tan sólo un *falible*, mientras que Kelsen es antes un *escéptico* que un *relativista*.

Si se revisa el texto central de Kelsen sobre la materia –su libro *¿Qué es justicia?*–, puede comprobarse que el jurista vienés se considera a sí mismo un relativista, puesto que se declara partidario de lo que él mismo llama “filosofía relativista”, a la que describe como aquella que afirma que no existe un único sistema moral, sino varios, de modo que cada cual tiene que escoger entre ellos sin excluir a ninguno en nombre de la verdad del punto de vista escogido. “Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado –escribe el autor– es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre”.

Con todo, si nos atenemos a la caracterización que hicimos por nuestra parte de los *relativistas* y de los *escépticos*, Kelsen es más lo segundo que lo primero, puesto que, inmediatamente después de declarar lo antes señalado, hace una opción moral explícita a favor de determinados valores –en los que dice creer y a favor de los cuales ofrece una determinada argumentación–, aunque reconoce que no puede presentar tales valores como si

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, AULIS: *Lo racional como lo razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- AGUILÓ, JOSEPH: *Sobre la derogación*, Fontamara, México, 1995.
- ALCHOURRÓN, CARLOS, y BULYGIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1979.
- ALEXV, ROBERT: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid, número 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- ARISTÓTELES: *Ética Nicomaquea*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1954, traducción de Antonio Gómez Robledo.
- ARNOLD, THURMAN: *El derecho como simbolismo*, en *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, traducción de Julio Valerio.
- AUBERT, VILHELM: *Algunas funciones sociales del derecho*, en *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, traducción de Julio Valerio.
- ATIENZA, MANUEL: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; *Argumentación jurídica*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1998.
- ATIENZA, MANUEL, y RUIZ MANERO, JUAN: *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1998.
- BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO: *Materiales de estudio del Curso de Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, material de estudio redactado por Lucas Sierra y Antonio Bascuñán Rodríguez, tercera versión, corregida y complementada por Antonio Bascuñán Rodríguez, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998.
- BAURMANN, MICHAEL, y KLIEMT, HARTMUT: *¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios

Una cada vez mayor conciencia acerca de la imposibilidad de dar respuestas únicas y finales a las preguntas morales y políticas –y, en definitiva, a toda pregunta sobre valores–, unida al hecho de que las respuestas que da la gente son inevitablemente incompatibles entre sí, ha traído consigo una actitud propicia no sólo a la tolerancia, sino a la deliberada y consciente búsqueda de compromisos y acuerdos que permitan dar algún tipo de solución a los conflictos sociales más destructivos.

De ese modo ha podido irse pasando desde una *tolerancia pasiva*, entendida como una mera aceptación resignada de los puntos de vista distintos u opuestos al propio, a una *tolerancia activa*, entendida esta última como la disposición a buscar a quienes suscriben esos puntos de vista diferentes, a entrar en diálogo con ellos, a escuchar las razones que puedan ofrecer a favor de sus posiciones, y a dejarnos influenciar por esas razones con miras a modificar nuestros propios puntos de vista o, cuando menos, con miras a adoptar algún tipo de acuerdo o compromiso que todos o la mayoría puedan compartir sin dolor.

Sobre el particular, Berlin es del parecer de que algunos valores últimos según los cuales viven los hombres no pueden conciliarse ni cambiarse, aunque “no ya por razones políticas, sino en principio, conceptualmente”. Así, no se podrían combinar, por ejemplo, la libertad plena con la igualdad plena, ni la justicia con la piedad, ni el conocimiento con la felicidad. Y como ciertos valores humanos no pueden combinarse, porque son incompatibles, no queda más alternativa que elegir, una acción que puede ser muy dolorosa.

Pero si bien entre los valores humanos últimos la elección es inevitable, lo cual quiere decir que no hay manera de evitar la elección, es preciso cuidar que las elecciones, vistas desde una perspectiva social, no resulten demasiado dolorosas. Esto último, como sugiere siempre Berlin, significa que “necesitamos un sistema que permita perseguir diversos valores, de modo que, en lo posible, no surjan situaciones que obliguen a los hombres a hacer cosas contrarias a sus convicciones morales más honradas”.

Y concluye Berlin con lo siguiente: “En una sociedad liberal de tipo pluralista no se pueden eludir los compromisos; hay que lograrlos; negociando es posible evitar lo peor. Tanto de esto por tanto de aquello. ¿Cuánta igualdad por cuánta libertad? ¿Cuán-

ta justicia con cuánta compasión? ¿Cuánta benevolencia por cuánta verdad?”

La posibilidad de buscar conjuntamente diversos valores, especialmente cuando dos de ellos pueden colisionar a partir de cierto punto –como es bien visible en el caso de la libertad y de la igualdad–, conlleva la idea de que ninguno de los valores en conflicto podrá nunca realizarse completamente, de modo que jamás tendremos tampoco una sociedad que pudiéramos considerar perfecta. Por lo demás, los que creen en sociedades perfectas consideran que ningún sacrificio es excesivo para conseguirlas, de modo que hasta la violencia y el derramamiento de sangre se justifican a veces como el precio que hay que pagar para conseguir sociedades semejantes.

Toda fe fanática en la posibilidad de una solución final perfecta –como advierte nuevamente Berlin– suele recordarnos que “no es posible hacer una tortilla sin romper huevos”. El problema aparece, sin embargo, cuando se continúa rompiendo huevos indefinidamente sin que aparezca propiamente ninguna tortilla, o, lo que es peor, cuando lo que se rompen no son ya huevos, sino cabezas.

Por último, conviene decir que la democracia como forma de gobierno de la sociedad, que, como dice Bobbio, importa la sustitución del tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto, tiene, entre otras ventajas –tal como han puesto de manifiesto autores como Kelsen, Popper, Ross y el propio Bobbio– que hace posible la concurrencia de los distintos puntos de vista acerca de la justicia y de lo que debe hacer el gobierno para alcanzarla, y crea las condiciones para el diálogo, la compensación y la transacción entre puntos de vista opuestos.

Los partidarios de una sociedad perfecta –cree Popper– no serán nunca partidarios de la democracia, puesto que la democracia sólo permite instaurar sociedades imperfectas, desde el momento que ella consiste únicamente en elegir el mal menor y en sustituir gobernantes ineptos sin recurrir al derramamiento de sangre.

“Hay dictaduras perfectas –recuerda por su parte Mario Vargas Llosa–, aunque las democracias sólo pueden ser imperfectas”.

- GENY, FRANÇOIS: *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1925, prólogo de Raimundo Salelles.
- GOMES CANOTILHO, JOSE JOAQUIM: *Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, JESÚS: *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.
- GUIBOURG, RICARDO: *Fuentes del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1998.
- GUZMÁN, ALEJANDRO: *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- HART, HERBERT: *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980, traducción de Genaro Carrió.
- *Una visita a Kelsen*, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, traducción de Javier Esquivel.
- *Postscriptum*, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.
- HENKEL, HEINRICH: *Introducción a la filosofía del derecho*, Taurus, Barcelona, 1968, traducción de Enrique Gimbernat.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la enseñanza del derecho*, Madrid, 1971.
- "El derecho", en *Obras completas*, Tomo I, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.
- HÜBNER, JORGE IVÁN: *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago, 1973.
- HUDSON, W. D.: *La filosofía moral contemporánea*, Alianza, Madrid, 1974, traducción de José Hierro.
- IHERING, RUDOLF: *La lucha por el derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, números 10-11, Edeval, Valparaíso, 1977, traducción de Leopoldo Alas.
- KANTOROWICZ, HERMANN: *La definición del derecho*, Revista de Occidente, Madrid, 1964, traducción de J. M. De la Vega.
- KELSEN, HANS: *La técnica del derecho internacional y la organización de la paz*, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Año LXXXIV, número VI, Madrid, 1935, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1965, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, traducción de Hugo Caminos.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, traducción de Eduardo García Maynez.
- *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, traducción de Manuel Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra.

- *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, traducción de Roberto Vernengo.
- *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991.
- *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, traducción de Hugo Carlos Delory.
- KUNZ, JOSEF L.: *El desarrollo de la teoría pura del derecho*, Imprentas Universitarias, México, 1948, traducción de Luis Recasens Siches.
- LAPORTA, FRANCISCO: *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.
- *El concepto de derechos humanos*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 4, Madrid, 1989.
- LAUTERPACHT, H.: *Kelsen's pure science of law*, Oxford University Press, Londres, 1933.
- LEGAZ LACAMBRA, LUIS: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.
- LEVI, EDWARD: *Introducción al razonamiento jurídico*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1961, traducción de Genaro Carrió.
- LIMA, JESÚS: *La naturaleza de los principios generales del derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, número 23, Edeval, Valparaíso, 1983.
- LIZAMA, LUIS: *La función de aplicación del derecho por los órganos de la administración chilena y la función judicial*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 16, 1998.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS: *Funciones del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- LÓPEZ, JORGE: *Los contratos (Parte general)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- MARTÍNEZ ANTONI y CORTÉS, JORDI: *Diccionario de filosofía*, en CDROM, Herder, Barcelona, 1991.
- MENDONÇA, DANIEL: *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Aplicación del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- MILLAS, JORGE: *Filosofía del derecho*, Lex, Santiago, 1970.
- NINO, CARLOS: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Sobre los derechos morales*, en *Doxa*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 7, Madrid, 1990.
- *Justicia*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- NOVOA, EDUARDO: *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1983.
- PACHECO, MÁXIMO: *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

- Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 2, Madrid, 1985.
- BERLIN, ISAIAH: *Conceptos y categorías*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, traducción de Francisco González Aramburu.
- *Una introducción a la filosofía*, diálogo con Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, traducción de José A. Robles.
- *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Mario Muchnik, Madrid, 1993, traducción de Marcelo Cohen.
- BOBBIO, NORBERTO: *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987, traducción de Eduardo Pozo Acuña.
- *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, traducción de Alfonso Ruiz-Miguel.
- *Fundamento y futuro de la democracia*, Edeval, Valparaíso, 1986, traducción de Gabriel del Favero.
- BODENHEIMER, EDGARD: *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, traducción de Vicente Herrero.
- BULYGIN, EUGENIO: *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid, número 4, 1989.
- BUSTAMANTE y MONTORO, A. S.: *Textos para el estudio de la Escuela de Viena*, Cultural S.A., La Habana, 1946.
- CAISAMIGLIA, ALBERT: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARBONNIER, JEAN: *Sociologie juridique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972.
- CARVALLO, ADOLFO: *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1962.
- CARRIÓ, GENARO: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- COHEN, MORRIS: *Razón y naturaleza*, Paidós, Buenos Aires, 1965, traducción de Eduardo Loedel.
- COING, HELMUT: *Fundamentos filosóficos del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, traducción de Juan Manuel Mauri.
- CORDERO, GONZALO: *El pensamiento problemático de Theodor Viewegh*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 16, 1998.
- CORREA, JORGE, MONTERO, MAURICIO, y PEÑA, CARLOS: *Las fuentes formales del derecho*, Apuntes de clases, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago.
- CORTINA, ADELA: *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.

- DE ASÍS, AGUSTÍN: *Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.
- *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- DE CASTRO, BENITO: *La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año 4, número 5, 1995.
- *Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- DELGADO OCANDO, MANUEL: *Lecciones de introducción al derecho*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1971.
- DE LUCAS, JAVIER (Compilador): *Introducción al Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ, ELÍAS: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.
- DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Marta Guastavino.
- EBENSTEIN, WILLIAM: *La teoría pura del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- ENGISCH, KARL: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, ANTONIO: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- FERNÁNDEZ, EUSEBIO: *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en *Anuario del Instituto de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
- *No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- FERRARI, VICENZO: *Funciones del derecho*, Debate, Madrid, 1989.
- FRANK, JEROME: *Derecho e incertidumbre*, Centro de Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, traducción de Carlos Bidegain.
- FROSINI, VITTORIO: *La estructura del derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1974, traducción de Antonio Pérez-Luño.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

- *La interpretación literal de la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- *Interpretación del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- VIEHWEG, THEODOR: *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, traducción de Luis Díez Picazo.
- VON WRIGHT, HENRIK: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1963, traducción de P. García Ferrero.
- WILLIAMS, JAIME: *Lecciones de introducción al derecho*, Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 1996.
- WROBLEWSKI, JERZY: *Sentido y hecho en el derecho*, Servicio Editor Universidad del País Vasco, 1989, traducción de Francisco Javier Ezquiaga.
- *Constitución y teoría general de la interpretación*, Civitas, Madrid, 1990, traducción de Arantxa Azursa.

<i>Prólogo</i>	9
----------------------	---

CAPITULO I

DERECHO, SOCIEDAD Y NORMAS DE CONDUCTA

PRIMERA PARTE: NATURALEZA Y SOCIEDAD

1. LA NATURALEZA Y LA SOCIEDAD.— El hombre en la naturaleza y en la sociedad. Leyes de la naturaleza y normas de conducta. Principio de causalidad y principio de imputación. Ciencias naturales y ciencias normativas. Los aportes de Popper y Kelsen. Physis y nomos	19
2. VIDA HUMANA Y NORMAS DE CONDUCTA.— Clases de normas. El núcleo común de las distintas clases de normas. El origen etimológico de la palabra "norma". Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart	29
3. VON WRIGHT Y LAS NORMAS DE CONDUCTA.— Seis tipos de normas. Tipos principales y tipos secundarios de normas. Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción. Normas y usos del lenguaje. Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal	38

SEGUNDA PARTE: NORMAS DE TRATO SOCIAL,
MORALES Y JURÍDICAS

1. CLASES DE NORMAS DE CONDUCTA.— Normas de trato social, morales y jurídicas. Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad	47
---	----

- PASSINI, DINO: *Il problema dei diritti umani nel mondo occidentale*, en *I diritti dell'uomo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.
- PECES BARBA, GREGORIO:
- *Curso de derechos fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1991.
 - *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
 - *Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.
 - *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, "Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII", Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1998.
- PECES BARBA, GREGORIO, HIERRO, LIBORIO, IÑIGUEZ, SANTIAGO, LLAMAS, ANGEL: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- PÉREZ-LUÑO, ANTONIO: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, número 4, Madrid, 1989.
 - *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
 - *El concepto de los derechos humanos y su problemática actual*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
 - *Seguridad jurídica*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- POPPER, KARL: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1957, traducción de Eduardo Loedel.
- PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE: *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*, Edeval, Valparaíso, 1978, traducción de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.
- PRIETO, LUIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
 - *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
 - *Introducción al derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1998.
- RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- *El hombre en el derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980, traducción de Aníbal del Campo.
- RADBRUCH, GUSTAV, LE FUR, LOUIS, DELOS, J. T., y CARLYLE, A. J.: *Los fines del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1967, traducción de Daniel Kuri Breña.
- RAWLS, JOHN: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, traducción de María Dolores González.

- RAZ, JOSEPH (Compilador): *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, traducción de Juan José Utrilla.
- *La intención en la interpretación*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 20, Madrid, 1997.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Porrúa, México, 1963.
- REHBINDER, MANFRED: *Sociología del derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, traducción de Gregorio Robles.
- RIVACOBIA, MANUEL: *División y fuentes del derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1962.
- "El ordenamiento jurídico", en *Revista de Ciencias Sociales*, número 6 (*Hans Kelsen. Estudios y ensayos en su homenaje*), Edeval, Valparaíso, 1974.
- ROSS, ALF: *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963, traducción de Genaro Carrió.
- RUIZ MANERO, JUAN: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- RUIZ-MIGUEL, ALFONSO: *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SAVIGNY, FRIEDRICH: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1978, traducción de Adolfo Posadas.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- SQUELLA, AGUSTÍN: *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 1976.
- *La concepción de la equidad en Aristóteles*, en *Dos concepciones de la equidad*, Edeval, Valparaíso, 1981.
 - *Friedrich Karl von Savigny. Textos clásicos (Estudio preliminar)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
 - *La dimensión de autonomía en el derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, número 20.
 - *El neokantismo en la filosofía del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982.
 - *Estudios sobre derechos humanos*, Edeval, Valparaíso, 1991.
 - *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México, 1995.
 - *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Edeval, Valparaíso, 1999.
- STONE, JULIUS: *The providence and function of law (Law as logic justice and social control. A study in jurisprudence)*, Associated General Publications, Pty. Ltda, Sydney, 1946.
- TAMAYO, ROLANDO: *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1992.
- *El derecho y la ciencia del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- VERDROSS, ALFRED: *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1955, traducción de Antonio Truyol y Serra.
- VERNENGO, ROBERTO: *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

dos internacionales. Decretos con jerarquía de ley. Manifestaciones de la potestad reglamentaria. Autos acordados	221
2. LA COSTUMBRE JURÍDICA.— Concepto. Elementos. Paralelo entre legislación y costumbre. Clasificaciones. Valor de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno	252
3. JURISPRUDENCIA.— Acepciones de la palabra "jurisprudencia". La jurisprudencia como saber. La jurisprudencia de los tribunales. El carácter normativo de la sentencia judicial. La jurisprudencia en el derecho chileno	260
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	270
5. LA EQUIDAD.— La idea aristotélica de la equidad. Una noción de equidad. Fuentes de las decisiones equitativas. La equidad en el derecho chileno	289
6. EL ACTO JURÍDICO.— Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. El acto jurídico y el contrato como fuentes formales del derecho ...	299
7. ACTOS CORPORATIVOS.— Concepto. Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. Actos jurídicos y actos corporativos	306

CAPITULO IV

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

PRIMERA PARTE: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COMO SISTEMA NORMATIVO DINÁMICO

1. INTRODUCCIÓN.— Norma jurídica y ordenamiento jurídico	311
2. CONCEPTOS Y DISTINCIONES.— Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico, comunidad jurídica. Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos. Validez y fundamento de validez	313
3. LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE Kelsen.— Validez como existencia de las normas jurídicas. La estructura escalonada del ordenamiento jurídico: normas fundantes y normas fundadas. La norma básica del ordenamiento jurídico nacional. Los conflictos de normas	321
4. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.— Concepto de eficacia. Las	

conductas componentes de la eficacia. La relación entre validez y eficacia. Eficacia y norma básica. Derecho nacional, derecho internacional y norma básica	342
---	-----

SEGUNDA PARTE: DIVISIONES Y PARTES

DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.— Origen histórico de la distinción. Fundamento de la distinción. Negación de la distinción .	364
2. OTRAS DISTINCIONES.— Derecho interno y derecho externo. Derecho general y derecho particular. Las ramas del derecho interno	369

CAPITULO V

INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

1. GENERALIDADES.— Interpretación e interpretación del derecho. Aplicación e interpretación del derecho. La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación. Normas jurídicas y lenguaje. Palabras y definiciones. La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos? Interpretación jurídica y argumentación jurídica. Explicar decisiones y justificar decisiones	377
2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY.— Concepto y clasificaciones. Meta o propósito de la interpretación de la ley. Métodos o elementos de la interpretación de la ley. Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno. Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley. Criterios de interpretación de la ley en otras ramas del derecho. Los razonamientos interpretativos. La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa ...	397
3. ALGUNAS DOCTRINAS Y PUNTOS DE VISTA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.— Planteamiento inicial. Glosadores y comentaristas. La Escuela de la Exégesis. François Geny y el método de la libre investigación científica. Savigny y la Escuela Histórica. Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre. Tópica y jurisprudencia. Hans Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley. Alf Ross y la interpretación judicial de la ley. Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin. Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación judicial como interpretación operativa. Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo	426
4. INTERPRETACIÓN DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO.— La interpretación de los tratados internacionales. La interpretación de la costumbre jurídica. La interpretación de los contratos. La interpretación de la sentencia judicial	466

2. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL.— Concepto. Usos meramente fácticos y usos normativos. Simples hábitos de conducta convergente y reglas sociales. Reflexiones adicionales. Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles 52
3. LAS NORMAS MORALES.— Explicación previa sobre las palabras "ética" y "moral". Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos. Características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos 60
4. LAS NORMAS JURÍDICAS.— Concepto. Comentario. Características de las normas jurídicas. Exterioridad y salvedades a la exterioridad. Heteronomía y salvedades a la heteronomía. Bilateralidad. Coercibilidad de las normas jurídicas. Coercibilidad, coacción y sanción. Aspectos resaltantes de la coercibilidad del derecho: las relaciones entre derecho y fuerza 71

TERCERA PARTE: ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

1. SUJETOS Y OBJETOS DE DERECHO.— Hombre, persona y sujeto de derecho. Sujeto jurídico individual. Sujeto jurídico colectivo. Atributos de la personalidad. La prestación. El objeto de derecho 95
2. LA RELACIÓN JURÍDICA, LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA CONSECUENCIA JURÍDICA.— La relación jurídica y sus componentes. Los derechos subjetivos y los significados de esta expresión. La consecuencia jurídica 100

CAPITULO II

EL CONCEPTO DE DERECHO, LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

PRIMERA PARTE: EL CONCEPTO DE DERECHO

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO? Los desacuerdos sobre el concepto de derecho. La triple dimensión del fenómeno jurídico. El derecho como realidad normativa. Tres sentidos de la palabra "derecho". Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho 113
2. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HANS KELSEN.— Filosofía y teoría general del derecho. El derecho como orden coactivo de la conducta humana 119
3. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HERBERT HART.— La teoría jurídica analítica de Hart. ¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias 127

SEGUNDA PARTE: LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

1. LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA MORAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO.— Moral personal y derecho. Moral de los sistemas religiosos y derecho. Moral social y derecho 135
2. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN KELSEN.— Derecho y ciencia del derecho; moral y ética. Obligaciones morales y obligaciones jurídicas. Derecho y justicia. Moral social y derecho. Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen 142
3. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN HART.— Derecho y justicia. La moral social y sus características. Moral y normas jurídicas iniciales 150

TERCERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.— El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento 157
2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.— La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos 175

CAPITULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.— Normas jurídicas y fuentes del derecho. Diversas acepciones de la expresión "fuentes del derecho" en la literatura jurídica 205
2. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO.— Concepto. Explicación. Perspectivas para el estudio de las fuentes materiales. La idea de fuerzas modeladoras del derecho 208
3. LAS FUENTES FORMALES.— Concepto. Identificación. Clasificación 215

SEGUNDA PARTE: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CHILENO

1. LA LEGISLACIÓN.— Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto. Constitución. Ley. Efectos de la ley. Trata-

SEGUNDA PARTE: INTEGRACIÓN DEL DERECHO

1. GENERALIDADES.— Interpretación e integración del derecho. El dogma de la integridad. Concepto de laguna legal y clases de lagunas 476
2. MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LA LEY.— La analogía jurídica. Los principios generales del derecho y la equidad 485

CAPITULO VI

CONCEPTO, FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

1. EL CONCEPTO DE DERECHO.— De nuevo sobre el concepto de derecho. Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho 493
2. CONCLUSIONES.— El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico. Síntesis final 503

SEGUNDA PARTE: FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.— Funciones y fines. Las funciones y los fines del derecho 509
 2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO.— Análisis estructural y análisis funcional del derecho. La función de orientación de comportamientos. La resolución de conflictos. La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. La función distributiva. La organización y legitimación del poder social. El cuidado del derecho. Derecho y cambio social 514
 3. LOS FINES DEL DERECHO.— La paz. La seguridad jurídica. La justicia . 531
- Bibliografía* 563