



Introducción al Derecho I

Teoría del Sistema Jurídico

Prof. Álvaro Fuentealba Hernández

Magíster en Derecho - Profesor Asociado del Departamento de Ciencias del Derecho
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

2015

Principales problemas de aproximación entre el derecho y la moral, el derecho como sistema socio cultural, teoría de las normas, conceptos básicos del derecho y teoría de las fuentes del derecho.

Explicación preliminar

Este texto es una guía de autoaprendizaje, que contiene ideas básicas y ejercicios, para orientar al alumno del curso Introducción al Derecho I en el estudio la teoría del derecho. Las lecturas del programa del curso son esenciales e imprescindibles.

CAPÍTULO PRIMERO

DIVERSAS CONCEPCIONES DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO

En su trabajo titulado "Una exposición del Derecho"¹, el profesor Agustín Squella nos invita a reflexionar sobre la dificultad de la definición del concepto de derecho. Citando a Immanuel Kant, nos invita acto seguido a evitar la habitual desorientación que produce entre los juristas la pregunta por la definición del Derecho. ¿Qué es el Derecho?, más que una mera pregunta de fácil elucidación, se nos aparece de inmediato como uno de los problemas que mayor disenso provoca y ha provocado entre los juristas a lo largo de la Historia de la Filosofía.

Kant nos dice, a través de la invitación de Squella, que no todos los conceptos pueden ser definidos, pero tampoco necesitan serlo y, salvando este problema, nos propone que hay aproximaciones a las definiciones, en parte "exposiciones" y en parte "descripciones".

En las líneas que siguen, ofrecemos una exposición del concepto de Derecho que, a nuestro juicio, las más influyentes escuelas filosóficas han acuñado a lo largo de la Historia, como asimismo, explicamos las razones por las cuales el vocablo en cuestión provoca tal escozor a la hora de intentar asirlo conceptualmente, y tan variadas y a veces contradictorias nociones se tienen sobre el mismo. Siguiendo al distinguido profesor Carlos Santiago Nino² trataremos de dilucidar el porqué de la dificultad de la definición del Derecho.

¹ Revista de Ciencias Sociales N° 22, Universidad de Valparaíso, 1983, pág.141.

² Nino, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. Astrea. 1995.

Resulta sorprendente que los estudiosos del derecho tengan dificultad a la hora de definir aquello cuyo estudio les ha tomado toda su vida. Constata el profesor Nino, que ni físicos, químicos ni historiadores tendrían tantas dificultades cuantas tienen los juristas, para definir el objeto de su estudio.

¿Se debe ello a una incapacidad profesional del Jurista, o a que el derecho es tan complejo, elusivo y variable que escapa a los marcos de cualquier definición?

No aceptemos -por ahora- la invitación de Squella, e intentemos explicar las razones de la confusión.

La primera hipótesis del profesor argentino se refiere a que la dificultad se origina en la adhesión a una cierta concepción acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad, cual es la concepción platónica. Se piensa según dicha concepción, que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos.

Los hombres no pueden cambiar ni desconocer dicha realidad, sino sólo reconocer la necesaria conexión entre la expresión lingüística y la realidad. Ello nos lleva a concluir que sólo hay una definición válida para cada palabra, que se obtiene por intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos y que, por ende, la tarea de definir no es otra que describir ciertos hechos.

A este enfoque, podemos oponer una concepción "convencionalista" acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad, que entre nosotros ha sustentado fuertemente en todos sus trabajos el profesor Humberto Maturana³, que no obstante no ocuparse directamente de la definición de Derecho, nos parece útil citar ahora a título ilustrativo.

La relación entre el lenguaje y la realidad que éste crea, ha sido establecida por los hombres a través de la coordinación de su conducta, luego de un consenso en nombrar a ciertas cosas de determinada manera.

El lenguaje es una coordinación conductual consensual. Ergo, las cosas sólo tienen propiedades "esenciales" en la medida que los hombres que

³ Maturana, Humberto, "Emociones y Lenguaje en Educación y Política", Ed. Hachette, 6ª Edición 1992.

interactúan en un lugar y tiempo determinado, hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de una palabra.

Por otra parte, no se puede soslayar el origen eminentemente emocional del lenguaje, como de todo sistema racional, en tanto entendamos a las emociones, siguiendo al Dr. Maturana, como disposiciones corporales dinámicas que determinan un dominio de acción determinado.

Cualquier estudio científico o filosófico está imbuido del cúmulo emocional del observador (estudioso, científico o filósofo) que determinará los paradigmas o los puntos de partida de dicho estudio (y a veces, también sus conclusiones).

El estudio del Derecho, por cierto, no está exento de ello. Otra cosa es considerar aquello como bueno o malo, posibilitante o pernicioso al momento de enfrentarse a la búsqueda de la verdad.

El jurista estará cruzado por sus emociones al enfrentarse al derecho y a partir de ellas, de sus consideraciones éticas y políticas intentará una explicación de los fenómenos jurídicos.

Como claramente expresa Santiago Nino, con una concepción consensualista del lenguaje, *“la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la oscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho, a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra ‘derecho’; y si prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para ‘derecho’, la estipulación no estará guiada por un test de verdad, en relación a la captación de esencias místicas, sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación”*⁴.

Sin embargo, el reemplazar la búsqueda de la verdadera esencia del derecho por una investigación del uso de la palabra ‘derecho’ en el lenguaje corriente, y en el de los juristas, no es garantía de la obtención de una clara caracterización del derecho, por cuanto enfrentamos otro problema, cual es el de la ambigüedad, según Nino no sólo sinonímica que tiene dicha expresión. En efecto, la palabra “Derecho” posee varios significados que se encuentran directamente relacionados entre sí, Vg. Derecho como derecho objetivo, derecho en tanto facultad o derecho

subjetivo, y derecho en tanto estudio de la realidad jurídica o ciencia del derecho.

Optaremos, en el presente estudio, volviendo a la invitación del profesor Squella, a intentar una caracterización del derecho en su faz objetiva, si se quiere, sinónimo de Ordenamiento Jurídico.

Por fin, el tercer problema que debe enfrentarse al momento de ensayar una respuesta a la cuestión planteada, es el aspecto emocional, imposible de soslayar asumiendo el paradigma de Humberto Maturana.

Decíamos que el lenguaje, en tanto coordinación conductual consensual, no sólo sirve para referirse a cosas o hechos, sino que para expresar emociones y provocarlas en los demás.

Derecho es una palabra con significado emotivo favorable. Nino nos lo explicita de la siguiente forma: *“nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente”*⁵, lo que puede perjudicar su significado cognoscitivo – si es posible hablar de objetividad cognoscitiva a estos niveles- porque se extenderá o restringirá el uso del término para abarcar o dejar fuera del concepto los fenómenos que aprecia o rechaza el observador desde su sistema racional y emocional (ideología, religión, convicción ética, etc.).

Pero, al mismo tiempo, ello es una posibilidad de explicación de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

A esta tarea nos entregaremos en las páginas siguientes.

En primer lugar, expondremos las diversas concepciones que se han dado del Derecho como Ordenamiento Jurídico en las principales escuelas, contextualizado en la concepción de las mismas sobre las relaciones entre Derecho y Moral.

Luego, se expondrá tres diversas caracterizaciones del derecho a partir de sus elementos fácticos, normativos y políticos, para concluir con una toma de posición en torno al contenido que esta expresión debe tener en la perspectiva de un Estado Democrático de Derecho.

⁴ Op. Cit. Pág. 13

⁵ Nino, Carlos Santiago. *Ibidem*.

APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE DERECHO, A PARTIR DEL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

El interés de los juristas y filósofos del derecho a lo largo de la historia de occidente, ha sido encontrar una definición conceptual de Derecho, no inspirada en la perfección semántica y meramente lingüística del vocablo. Por el contrario, el interés ha sido más bien funcional a otros fines, podríamos llamar semióticos para expresarlos desde la teoría del lenguaje.

Por oposición lógica, si consideramos que algo -una determinada realidad normativa- es Derecho, estamos dejando fuera de aquella expresión una cantidad o cualidad de objetos determinados. Vale decir, el responder a la pregunta por el derecho, nos lleva inmediatamente a singularizar aquellas cosas que no lo son. Y en el momento de decidir qué parte de una realidad normativa es y no es Derecho, necesariamente tomamos posición por alguno de los paradigmas jurídicos que han adoptado un concepto de Derecho.

No obstante, y aunque la sistematización de la exposición de estas ideas sea más bien contemporánea, no ha sido el azar o el exclusivo rigor científico exento de valoraciones de otra índole (no jurídicas) las que han regido la discusión. Por el contrario, la toma de posición acerca de lo que es Derecho y lo que deja de serlo, arranca de una posición axiológica y se centra en la relación que existe entre nuestro objeto de estudio y otro de los grandes sistemas normativos, el de la Moral.

En efecto, el esfuerzo por arribar a un concepto de Derecho, pasa necesariamente por situarlo en relación al orden moral, es decir, la conceptualización se construye a partir del problema filosófico y práctico de resolver la cuestión de las relaciones entre Derecho y Moral. Explicitación de ello es el problema, en ocasiones dramático, de considerar por ejemplo si la Justicia es parte o no de una caracterización o conceptualización del Derecho.

Al problema de la definición del Derecho, podemos incluso agregar otros, que devienen directamente de aquél, y que son parte de la misma polémica, y respecto de los cuales la Filosofía del Derecho también toma posición a partir de las relaciones entre el orden ético y el orden jurídico. La respuesta

a la pregunta por el Derecho nos conduce a otras tres, que trataremos de responder también desde la perspectiva de la cuestión de las relaciones entre Derecho y Moral, y que son las interrogantes acerca de la obligatoriedad jurídica: ¿Obliga el Derecho?, ¿Cuál es la naturaleza de la obligatoriedad jurídica? Y por último ¿Existe una obligación genérica de obediencia al Derecho?

A fin de sistematizar las grandes corrientes que, a mi juicio, se han dado a la tarea de definir o explicar el Derecho, y responder a las subsecuentes interrogantes, las dividiremos, siguiendo la posición del profesor Nelson Reyes⁶ en corrientes Iusnaturalistas, corrientes Positivistas y corrientes Neopositivistas.

CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO

En primer término debemos delimitar por lo que vamos a entender en el presente trabajo por iusnaturalismo. En general, podemos encontrar muchas corrientes, con diferencias conceptuales abismantes entre sí. No obstante, las más influyentes han sido tres. En primer lugar, el iusnaturalismo católico, de vertiente escolástica, expuesto por Santo Tomás de Aquino. En segundo lugar, el iusnaturalismo racionalista de Emmanuel Kant. Por último, el adoptado por la denominada Escuela Clásica del Derecho Natural, donde nos encontramos a su vez con autores tan dispares en pensamiento -no obstante estar todos ellos imbuidos del ideal ilustrado- como Grocio, Hobbes, Montesquieu, Locke y Rousseau.

Ex profeso la presente monografía excluirá los planteamientos de la Escuela Clásica del derecho Natural, no porque sea considerada de importancia menor, sino porque para los efectos de sistematizar un concepto de derecho en el tema que nos ocupa, nos parece que es más preciso referirnos a las dos primeras escuelas. El concepto de Derecho Natural aportado por la escuela clásica, va en directa relación con la elaboración por todos sus autores, a través de todos sus periodos, del concepto de soberanía (monárquica, nacional y popular), como germen de un cambio de paradigma político del absolutismo monárquico al liberalismo del ideal ilustrado. No obstante la importancia y lo

⁶ Reyes, Nelson "Legalidad y Legitimidad", Memoria de Prueba, 1967.

apasionante de su enfoque, creemos que escapa al objetivo propio de la presente exposición.

Hechas estas aclaraciones, volvamos al problema inicial. Por iusnaturalismo entenderemos aquellas corrientes filosóficas que conciben al derecho como algo más amplio que la realidad normativa positiva, más aun, que lo conciben como parte integrante del orden moral y lo definen, describen y caracterizan a partir de esta unidad conceptual.

EL IUSNATURALISMO CATÓLICO ESCOLÁSTICO.

Principalmente desarrollada por Tomás de Aquino, a partir del pensamiento de su maestro Alberto Magno, la escolástica rescata las principales concepciones de Aristóteles, que son cristianizadas por el aquinate y aplicadas, entre otras cosas, al concepto de Derecho.



Tomás de Aquino

Para esta concepción, el fundamento del Derecho trasciende su propia esencia. Existe un gran orden normativo, cual es el orden moral o sistema normativo de la moral. Parte del orden moral, se ha especificado y es propio de la realidad social producto del natural instinto y vocación gregaria del ser humano. Esa parte del orden ético es el Derecho.

El fundamento del Derecho emana en último término de Dios, que hace participar a sus creaturas del gran orden del Universo (el Logos de Aristóteles). En la explicación de la forma como Dios realiza esta obra, el fraile angélico distingue

cuatro tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural, la ley divina y la ley humana⁷.

1. La ley eterna opera como la razón del gobierno del universo, existente en Dios, que gobierna todas las cosas, a diferencia de la ley natural, insondable para el ser humano común, sólo conocida por "bienaventurados".
2. La ley natural es justamente la participación del hombre en la ley eterna. A través de la "Recta Razón", don de Dios, cada uno de nosotros puede conocer alguno de los principios de aquélla. Su uso correcto nos permite distinguir entre el bien y el mal. Los principios de Derecho Natural son, repito, fácilmente deducibles por el ser humano, ya que ellos presentan las siguientes características: son cognoscibles, universales e inmutables.
3. La ley divina es revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras. Su objeto consiste en completar con directrices particulares las prescripciones y principios de la ley Natural.
4. La ley humana, por último, en cuanto creación del hombre, también posee fundamento trascendente, ya que, recordemos, sólo es particularización del la ley eterna promulgada por Dios. Es una ordenación de la razón para el Bien Común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

En concepto de Tomás de Aquino, la ley natural es expresión de la voluntad divina, dada a conocer al hombre no sólo por la revelación que exigiría carácter de hagiógrafo en cada ser humano, sino por la razón humana. Su objeto es la conducta entera del hombre, extendiéndose a todos sus actos, tanto internos como externos, no siendo posible para nosotros entonces, afirmar que dicha concepción admita una separación entre Derecho y Moral.

Es entonces el correcto uso de la razón lo que lleva al hombre a distinguir entre el bien y el mal (dos conceptos morales por antonomasia), y a desentrañar el contenido de los mandatos que

⁷ Pacheco, Máximo: "Teoría del Derecho", Editorial Jurídica de Chile, tercera Edición, pág. 441.

regularán su actuar, tanto como individuo (orden moral), tanto en la realidad social (orden jurídico).

Sólo a objeto de ilustrar el carácter eminentemente ético de la concepción iusnaturalista escolástica, nos permitimos citar a uno de los pensadores que constituyen una de las fuentes de la magna obra de Santo Tomás, La Suma Teológica, el pensador romano Cicerón. Las otras dos fuentes están constituidas fundamentalmente por la obra de Aristóteles, traducida por Averroes y los escritos de San Isidoro de Sevilla.

Nos dice el patricio romano: *“la verdadera ley es la recta razón en armonía con la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y sempiterna, incita al cumplimiento del deber por medio de sus órdenes y aparta de las obras injustas por medio de sus prohibiciones. Y, sin embargo, ni impone sus órdenes o prohibiciones a los buenos en vano, ni produce ningún efecto en los malos al mandar o al prohibir. Es una falta grave intentar alterar esta ley, y no es lícito rechazar o derogar ninguna parte de ella, y es imposible abolirla por completo. No podemos vernos libres de sus obligaciones por obra del Senado o del pueblo, y no necesitamos mirar fuera de nosotros mismo en busca de quien nos la explique o interprete...”*⁸.

Luego de esta exposición podemos sistematizar algunas de las consecuencias que se desprenden de esta concepción del Derecho, y concluir en un concepto de Derecho que resuma el pensamiento escolástico.

La idea misma de obligación, tiene un sentido intensamente moral. Recordemos que el Derecho es parte integrante del orden moral en general.

Toda ley propiamente tal (podemos tomar la expresión en el sentido amplio de “norma jurídica”), es una ley moral. Al ser una ordenación de la razón (recta razón humana), hacia el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, es una ley de índole moral, que produce como efecto propio el obligar a su acatamiento a los sujetos a quienes se dirige. Recordemos además que quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad sólo se encarga de promulgar la ley. Pero ella es una orden de la razón. Será obedecida no sólo por respeto a la autoridad. Ello es secundario. Será obedecida porque la razón así lo indica.

⁸ Cicerón, Marco Tulio “La República”, Libro III, capítulo 22.

Si no se cumple con sus mandatos o prohibiciones como lo deja entrever la cita de Cicerón, se incurrirá en actos irracionales, contra natura.

Todo deber, para esta concepción del Derecho, es en sentido estricto, un deber moral, y el deber moral es una exigencia o necesidad ética de realizar un determinado comportamiento.

De lo anterior se deriva que una ley inmoral no es verdadera ley, por cuanto no obliga. Va contra la razón; no es Derecho, es mera violencia y, es más, debe ser desobedecida. Se entiende mejor lo antes expuesto si agregamos la célebre cita del Aquinate, planteada en la cuestión 57 del tomo II de la Suma Teológica: “...el Derecho es el objeto de la justicia”.

Al ser el Derecho objeto de la justicia, está estableciendo que el orden jurídico es el objeto de una virtud moral, una de las cuatro virtudes cardinales, junto a la prudencia, la fortaleza y la templanza, que son los centros éticos en torno a los cuales gravita toda la vida humana. El Derecho pertenece a las relaciones humanas, por ende debe encontrarse en la órbita de alguna de estas virtudes. Concluye el Angélico que es en torno a la Justicia donde se encuentra el Derecho.

Una ley injusta es entonces, una abominación, por cuanto se pone en contradicción con la virtud a la cual sirve y de la cual extrae su esencia. Por ello no se dice sin razón, que para Santo Tomás de Aquino, requisito de validez y de eficacia de la norma jurídica es la justicia de su contenido. El Derecho será válido y será eficaz, si el contenido de sus normas es justo. En caso contrario, ni siquiera podrán portar dignamente el rótulo de “jurídico”.

No obstante ser el orden ético una unidad esencial, de la cual dimana el orden jurídico, éste tiene ciertas peculiaridades. Los deberes morales en general, inspiran al hombre a actuar de acuerdo a alguna virtud que lo guíe a su perfección. Los deberes jurídicos son deberes de justicia. Ello quiere decir que implican la realización de un acto en beneficio de otro. La obligación jurídica se satisface con el mero comportamiento externo, pero no será perfecta si no está inspirada en la virtud de la Justicia.

Como lo que está en juego en los deberes jurídicos es la virtud de la justicia que tiene realización, como ya se dijo, sólo en la alteridad de las relaciones humanas, estos deberes son susceptibles de



coacción. Su acatamiento entonces, puede obtenerse con el uso de la fuerza.

La pregunta por el concepto de justicia cae inmediatamente sobre el aquinate. Siguiendo a Cicerón, Ulpiano y Justiniano, la define como “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.⁹ Esta definición, que podríamos criticar ácidamente con nuestro ojos del siglo XX deja de manifiesto la unidad conceptual Derecho - Moral con que se concibe por la escolástica el fenómeno jurídico, imprescindible elemento de análisis si pretendemos una exposición del mismo.

El Derecho es la participación humana de los primeros principios de Justicia revelados por Dios al hombre, necesarios para su convivencia social, y fácilmente cognoscibles por éste. Sus mandatos son obligatorios por cuanto son justos, y en la medida en que no lo sean, pierden su obligatoriedad, ya que carecen de moralidad e implican traicionar la propia naturaleza. Dándose dicha hipótesis, el Derecho perderá también su eficacia, y ni siquiera podrá detentar ese nombre, ya que degenerará en mera violencia.

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.

Arrancando de un paradigma¹⁰ diferente, como diríamos hoy con la nomenclatura de la sociología moderna en palabras de Thomas Kuhn, Emmanuel Kant se refiere al concepto de Derecho no a propósito de una teoría jurídica omnicompreensiva, sino a partir de su preocupación del actuar humano, considerando al Hombre en tanto ser libre y racional.



Emmanuel Kant

De su obra “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, publicada en 1785, podemos extraer algunas de sus consideraciones más relevantes en torno a la exposición de una idea del concepto de Derecho, cuyo contenido eminentemente ético, que es lo que lo emparenta sistemáticamente con la escolástica, según nuestra modesta opinión, podemos entrever en su trabajo “Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”.

Según Carlos Santiago Nino¹¹, Kant nos plantea una teoría deontológica del Derecho, es decir, principalmente referida al estudio de los valores, pero más precisamente contextualizada en el mundo de las ideas del “deber ser”, un concepto de deber principalmente ético o moral, y subsumido en él un concepto de deber jurídico.

Según Kant, podemos dividir todo el conocimiento en lógica, física y ética (a esta última pertenece el Derecho). Respectivamente comprenden las reglas puramente formales de todo razonamiento, los principios del uso teórico de la razón y los principios del uso práctico de la misma. Las verdades de la lógica adquieren validez universal a costa de su vacuidad (se refieren a todo o a nada). Las verdades de la física son sustantivas y no puramente formales, pero el logro de ello es a costa de la limitación en su campo de aplicación al ámbito de la experiencia sensorial. Las verdades de la ética, para constituirse en principios, deben tener alcance universal e incondicionado y al mismo tiempo deben poseer contenido sustantivo.

Las referencias hechas a la razón en Kant no pueden ser entendidas en el mismo sentido de la expresión tomista “recta razón”, por cuanto la razón a la que apela el autor germano no tiene raigambre religiosa,

⁹ Santo Tomás de Aquino. “Suma Teológica” II-II, c.58, a.1.

¹⁰ Kuhn, Thomas. “Paradigma. Estructura de las Revoluciones Científicas”.

¹¹ Nino, Carlos Santiago. Op. Cit., pág. 402.

no está necesariamente inspirada por Dios, sino que representa un concepto lógico formal a priori consistente en una potencia del hombre que le permite aspirar a la autoconciencia y a la libertad.

El deber, para Kant, es la necesidad de una acción humana por respeto a la ley. Es válido en la medida que el Hombre actúe en cumplimiento de un deber. Todas las obligaciones, por el hecho de ser tales, pertenecen a la moral, aun cuando la conducta objeto de ellas puede venir determinada por una legislación ajena a ésta, como podría ser la legislación jurídica.

El Derecho y la Moral no se distinguen por lo que se refiere a la obligatoriedad, ya que el Derecho es parte del orden moral, constitutivo de un *mínimum ético* exigible al actuar externo del hombre.

Se distinguen fundamentalmente por los motivos determinantes del comportamiento humano acorde con la norma.

En su concepto, y siguiendo esta cuerda argumentativa, el deber moral ha de estar motivado por la "conciencia del deber". No basta para su perfeccionamiento la sola realización externa de la conducta. La propia "idea" del deber es el motivo y sentido del obrar. Por el contrario, el deber jurídico puede ser realizado o efectuado por otros móviles distintos a la idea de obligación. Al derecho le basta la mera legalidad de la conducta. Las exigencias emanadas de los preceptos jurídicos constituyen lo que Kant denomina "deberes morales indirectos", tanto en cuanto sirven para cumplir los efectos externos deseados por la moral, los que se cumplen en atención a la necesidad de satisfacción de un deber de índole jurídica.

Esta concepción deriva de la consideración de Kant acerca de la idea de deber, como ya se apuntó. Los principios fundamentales de la moral deben tener en la concepción kantiana el alcance incondicionalmente universal de los principios de la lógica (no estar condicionados por contingencias empíricas, como los deseos e inclinaciones de los hombres), pero, al mismo tiempo, deben poseer el contenido material y no trivial, de los principios de la física.

Kant presenta los principios morales como universalmente válidos para todos los seres racionales. Si bien estamos sujetos a las leyes de la naturaleza, como seres racionales somos libres y capaces de guiarnos por las leyes universales de la

razón práctica. Las leyes morales son universales, dado que si son los principios que queremos como puros seres racionales que somos, con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos contingentes, que nos diferencian unos de otros, cada ser racional deseará la misma ley que desearía cualquier otro ser racional, y por lo tanto, esa ley obliga a todos los seres racionales por igual.

En efecto puede afirmarse que la universalidad de los preceptos morales es para Kant es la piedra angular de su Filosofía. Está contenida en el principio fundamental de toda moralidad, su célebre "imperativo categórico": *obra de tal manera, que la máxima de tu obrar pueda servir de principio de legislación universal*. Es decir, obrar según una máxima tal que pueda quererse al mismo tiempo que ella se torne en ley universal.

Así concebida la obligatoriedad, la moral y el Derecho, de este principio puramente lógico formal del razonamiento práctico se pueden derivar principios morales que constituyan deberes sustantivos, ya que podremos seleccionar las verdaderas máximas morales. Un ejemplo servirá para ilustrar la concepción Kantiana del Derecho. Si estoy inclinado a romper una promesa, la máxima según la cual intento actuar podría formularse así: "cuando me convenga, prometeré algo, y no cumpliré con lo prometido". ¿Podré querer que esa máxima se convierta en ley universal? La negativa de la respuesta aparece evidente. Si todo el mundo actuara de esa forma, la institución de las promesas desaparecería, y luego yo ya no podría prometer. Querer que dicha máxima se universalice resulta contradictorio, por cuanto implica querer al mismo tiempo que la práctica subsista y no subsista. Por tanto, la conducta que se conforma a esta máxima es moralmente incorrecta.

CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO

Como veíamos a propósito de las caracterizaciones del Derecho elaboradas por el iusnaturalismo, podemos aseverar que sostienen sus diversos autores, en especial los someramente analizados en el capítulo anterior, dos tesis centrales:

- a) una tesis de Filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y
- b) una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho según la cual un



sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Carlos Santiago Nino es quien nos propone esta característica común a las concepciones iusnaturalistas del Derecho¹². Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o a una regla determinada como una norma jurídica, no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones fácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia. Un sistema o una regla que no se adecuen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Justamente en las antípodas de la anterior tesis es donde podemos agrupar las principales concepciones positivistas del Derecho, aun cuando es posible encontrar en muchos de sus autores referencias a la existencia de dichos principios morales y de justicia, lo que nos lleva a concluir que no es perfectamente identificable positivismo jurídico y escepticismo ético. Sin embargo, los conceptos éticos que muchos de estos autores aceptan, no implican que un determinado Ordenamiento Jurídico deje de ser tal por el hecho de no basarse en ellos.

Lo que caracteriza en común a todos los autores genéricamente llamados positivistas, es que el concepto o caracterización del derecho que realizan, la hacen a partir del “dato positivo”, esto es, a partir de las normas jurídicas vigentes en un momento y lugar determinado, planteando como insinuación o derechamente una separación entre el orden moral y el jurídico.

El germen de separación conceptual entre el orden normativo de la moral y el orden jurídico, fue planteado en el siglo XVIII, aun antes de Kant, por Cristián Tomasio, quien distinguió tres principios determinantes del actuar humano:

- 1.- El principio de lo Honesto, que corresponde al orden moral,
- 2.- El principio del Decoro, que corresponde al orden político o de la vida cívica, y
- 3.- El principio de lo Justo, relativo al orden Jurídico.

¹² Nino, Carlos Santiago. Op. Cit. Págs. 27 y 28.

El principio de lo honesto se funda en la conciencia del hombre en atención a las acciones internas del sujeto, tendientes a la paz interior. En tanto, el principio de lo justo, funda el actuar humano con carácter intersubjetivo o bilateral, fundamentalmente externo, referido a las acciones del hombre con los demás, tendientes a la búsqueda y conservación de la paz exterior. El actuar externo del hombre, acorde al principio de lo justo no se basa en su convicción moral, sino en la noción de obligación externa fundada en el temor a la coacción.

Veremos a continuación cómo han concebido el Derecho los principales exponentes del positivismo jurídico.

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Cuando nos refiramos al positivismo jurídico, adoptaremos una acepción restringida del término, la cual no responde a un requerimiento meramente semántico. Autores de la talla de Kelsen, Hart, Ross, Olivecrona y otros, pertenecen a nuestro entender a una nueva corriente, que cierto parentesco guarda por supuesto con el positivismo moderno; mas, para efectos expositivos, entenderemos a los recientemente mencionados autores como exponentes del Neopositivismo contemporáneo, que varias peculiaridades e incluso posiciones discrepantes guardan con la escuela moderna. El neopositivismo jurídico tiene como antecedente directo los postulados de una escuela filosófica neopositivista, denominada por la Escuela de Viena el neokantismo filosófico, que en su vertiente jurídica ha arrojado como resultado los principales postulados de sus autores.

El positivismo jurídico en cambio, no presenta dicha relación con el positivismo filosófico del que es coetáneo; arranca de concepciones epistemológicas y deontológicas diferentes. Están en la historia de la Filosofía, marcados por un divorcio total. Gran error sería pensar que las concepciones jurídicas del positivismo arrancan de los cultores filosóficos de un movimiento que por coincidencia o extensión se denominó de la misma manera.

Ejemplo y demostración de lo anterior es el hecho que ninguno de los autores del positivismo jurídico basó su pensamiento directamente en las obras de Comte o de Hume.



Las principales escuelas del positivismo Jurídico cuyas concepciones del derecho expondremos brevemente son:

- 1.- La Escuela inglesa de la Jurisprudencia Analítica,
- 2.- La Escuela francesa de la Exégesis y
- 3.- La Escuela Histórica alemana.

El Positivismo de la Escuela Inglesa

Bentham y Austin son los principales exponentes de esta escuela positivista. Incluso algunos autores los presentan como los fundadores del positivismo jurídico moderno. Son exponentes, además del denominado utilitarismo.

Si bien el utilitarismo es una doctrina ética, la concepción que de él se extrae hace que estos autores sean considerados como positivistas, es decir, que su concepto del Derecho se construye exclusivamente a partir del dato positivo, el derecho vigente en una comunidad determinada.

Su concepción ética puede resumirse de la siguiente forma. Ellos creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos: es el llamado "principio de utilidad", el cual sostiene que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. Este principio estaría en consonancia con la naturaleza humana, y especialmente Austin, llega a señalar que deriva en última instancia de la voluntad divina.



Jeremy Bentham

No obstante, la caracterización que hacen del derecho, difiere sustancialmente de la iusnaturalista. Plantean la teoría imperativa del derecho. Las nociones de obligación o deber tienen que ser reducidas a la idea de sanción o castigo, ya

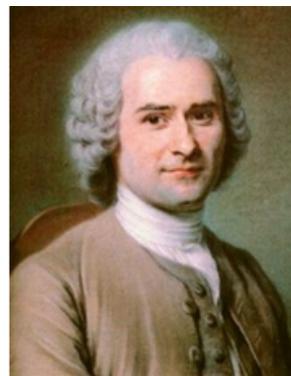
que eso es el Derecho en concepto de estos autores. No puede haber derecho sin penas o castigos.

Lo que distingue a la moral del derecho es la fuente de donde proviene el castigo. Mientras la sanción moral consiste en las mortificaciones procedentes de la mala voluntad de personas indeterminadas de la sociedad, la sanción jurídica en tanto consiste en un castigo por obra de personas determinadas y escogidas por el Derecho, que son los jueces.

El Derecho es, según Bentham, un mandato del soberano, unido a la amenaza de un mal para el caso de contravención. *"El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, en común, es incrementar la felicidad general de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad.. Pero la pena es un mal. Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor"*¹³.

El Positivismo de la Escuela de la Exégesis.

Tributaria de los principios de la Ilustración, y producto del triunfo revolucionario de 1789, la Escuela de la Exégesis se presenta claramente como una escuela positivista. En efecto y no obstante estar inspirada en los pensadores del segundo y tercer período de la Escuela Clásica del Derecho natural (Montesquieu, Locke, Rousseau), el ideal ilustrado de la Ley como expresión de la voluntad soberana, consagratoria de derechos claros y precisos, sumada al ideal de la codificación, hace que su concepción del Derecho esté fuertemente delimitada al dato positivo, en este caso la ley escrita.



Jean Jacques Rousseau

¹³ Bentham, Jeremy. "Introducción a los principios de Moral y Legislación".

El ideal ilustrado pretende hacer frente y desterrar, con el arma de la ley codificada en razón de la materia, al arbitrio judicial, degradado en la arbitrariedad judicial dominante durante al absolutismo monárquico.

Se impone un fuerte límite al juez, a quien se considera parte integrante del Antiguo Régimen, a quien se le prohíbe apartarse del tenor literal de la Ley, en el supuesto de poseer ésta un sentido claro, expresado en construcciones lingüísticas diáfanas, en idioma vernáculo (no en latín). Bajo pretexto de consultar el espíritu e intención de la ley, el juez torcerá su genuino sentido, haciendo alusiones a consideraciones de carácter ético o moral con esa intención. Su labor deberá limitarse a una tarea de exégesis textual.

Estas ideas son las precursoras de la llamada Escuela de la Exégesis, que surge luego de la promulgación del Código Civil de 1804, denominado el Código de Napoleón, una generación después para ser más precisos, conformada por los civilistas estudiosos del Código. Destacan autores como Demolombe, Aubry, Bugnet, Mercadé. Su apogeo se alcanza en 1830, y su decadencia a partir de 1880.



Jean Charles Demolombe

La concepción de Derecho de la Escuela de la Exégesis no va, por ende, más allá del dato positivo. Es célebre la frase de Demolombe: "el texto ante todo", y la de Bugnet: "No conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón". Será derecho todo aquello emanado de la voluntad soberana y expresado en los códigos, conocidos de todo el pueblo, escritos en lenguaje inteligible y fácilmente aprehensible. La conquista histórica de la Ley, fruto del triunfo del ideal ilustrado frente al Absolutismo Monárquico lleva a considerar Derecho sólo el sistema normativo escrito y codificado, que será aplicado por jueces intérpretes de su letra en un proceso deductivo en que la premisa mayor será la ley, la menor, el caso concreto y la conclusión la

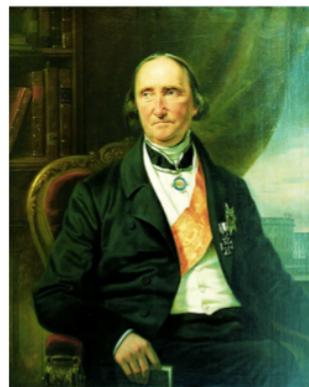
sentencia fruto de la adecuación textual de la ley al caso. El contenido del Derecho está expresado en los conceptos iusnaturalistas de los autores ilustrados, pero la concreción práctica del paradigma nos hace clasificar a esta escuela dentro del positivismo jurídico moderno.

El Positivismo de la Escuela Histórica.

Friedrich Karl von Savigny es junto a Puchta, el principal autor que expone los postulados de esta tercera escuela positivista.

Su concepción de Derecho se construye a partir del dato positivo que se encuentra no ya en la ley o en los mandatos del soberano aplicados por los jueces, sino de lo que él denomina el "espíritu del pueblo" o *volkgeist*, vale decir el Derecho vivo que nace de las constantes históricas que un pueblo determinado va aceptando como normas que le son propias, funcionales y necesarias.

Las fuentes del Derecho, para Savigny, consisten en las causas del nacimiento del derecho, y es en este contexto donde la costumbre jurídica cobra importancia. El desarrollo consuetudinario de la realidad normativa será lo que determine el concepto de Derecho. Esta concepción historicista nos lleva a la conclusión del autor de que el derecho se encuentra, se descubre, no se hace. El Derecho está en el espíritu del pueblo, en las costumbres sociales, en la tradición. La legislación sólo debe actuar una vez que los juristas han aceptado y articulado las pautas vigentes en la sociedad.



Friedrich Karl von Savigny

Aun cuando fue denodado enemigo de la codificación al propugnar una actitud pasiva del Derecho ante las circunstancias sociales, nos permitimos catalogar su postura como positivista, ya que el análisis que del Derecho hace se basa

exclusivamente en el dato positivo. Es un autor romántico, y además un estudioso del derecho romano. La tradición jurídica romano germánica es su fuente de estudio.

EL NEOPOSITIVISMO JURÍDICO

Los juristas europeos de principios de siglo se ven fuertemente influidos por una corriente filosófica que surge al amparo de la Universidades de Düseldorf, Heidelberg y Viena. Es la posición de los filósofos autodenominados neokantianos, que pretenden rescatar el pensamiento epistemológico del apriorismo de Emmanuel Kant y aplicarlo a la teoría del conocimiento. Recogiendo este pensamiento, los juristas crean el neokantismo jurídico, que surge como respuesta a una supuesta carencia del pasado: la falta de rigor científico en el análisis del Derecho, a falta de la elaboración de conceptos lógico formales a priori que sirvan para explicar, conceptualizar, estudiar y exponer el Derecho como ciencia, como teoría general omniexplicativa y autoabastecida.

Sin lugar a dudas es Hans Kelsen quien se presenta como el autor más comprometido con el ideal neokantiano. Junto a él destacamos a otros exponentes de esta corriente que partiendo del mismo análisis, lo enriquecieron e incluso lo superaron: Hart, Radbruch, Welzel, del Vecchio (que luego se transforma en reformulador de la contemporánea teoría del Derecho Natural).

Apartándose de la concepción neokantiana, otra corriente neopositivista es la de los autores escandinavos, Alf Ross y Karl Olivecrona, que se ha denominado el realismo Jurídico escandinavo, cuyos postulados centrales expondremos someramente.

La Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

El concepto de Derecho que nos aporta este jurista austríaco no arranca de un esfuerzo meramente lingüístico por llegar a una correcta definición filosófica del término. Su esfuerzo se enmarca justamente en el ideal del neokantismo, de buscar conceptos lógico formales a priori que nos permitan dar una explicación de aquellos elementos que conforman el Derecho, con carácter científico, con el fin de encontrar lo que constituye su especificidad. La discusión jurídica previa está plagada según Kelsen, de consideraciones extrajurídicas, que desorientan el estudio de aquello que propiamente forma parte del objeto de la ciencia jurídica. En el

enfoque kelseniano, toda la discusión anterior está plagada de fraseología prestada de otros campos de conocimiento, como la política, la moral, la economía y la sociología.

Se hace necesario entonces, proponer en forma expresa una separación entre Derecho, por un lado, y política (economía, sociología, religión, moral), por el otro, encontrando lo que constituye la especificidad jurídica.

Expuesta originalmente por Adolf Merkel¹⁴, Hans Kelsen desarrolla su concepción del Derecho a través de la denominada teoría del Ordenamiento Jurídico Positivo. El Derecho es un conjunto de normas jurídicas que conforma un sistema jerarquizado y autogenerativo, y que presenta caracteres de unidad, dinamismo y complitud hermética. Explicaremos cada una de estas características en su oportunidad.



Hans Kelsen

El concepto de ordenamiento dice relación con un enfoque sistémico del mismo. El conjunto de normas que lo conforman no están dispuestas al azar, sino que ordenadas en relación de importancia. Hay unas más importantes que otras, unas superiores y otras inferiores, las primeras fundantes de las segundas, que a su vez son fundadas en aquéllas. Kelsen lo expone de esta forma: "...una pluralidad de normas constituye una unidad, una sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única".¹⁵

¹⁴ Merkel, Adolf. "Enciclopedia Jurídica", págs. 21 a 144.

¹⁵ Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho", pág. 136.

La jerarquía del ordenamiento jurídico está estrechamente vinculada con la autogeneración, segunda característica del Derecho. Al estar en un orden jerárquico, las normas de superior jerarquía fundan la validez de las inferiores. Sobre el concepto de validez volveremos al final de la exposición.

La norma de jerarquía superior establece los órganos, autoridades o personas que deben intervenir en la generación de la norma inferior. Asimismo, establece los procedimientos por los cuales se debe llevar a cabo dicha generación; y los límites de contenido que deben poseer. De este modo, acertadamente expresa que la norma superior es fundante de la inferior, la cual es fundada de aquélla. Toda norma es fundada y fundante respectivamente, en su norma superior y de su norma inferior, salvo la norma de menor jerarquía del ordenamiento, que es sólo fundada, y la de mayor jerarquía que funda a todo el sistema, norma única de cuya validez arranca la de todo el Derecho.

Esta norma fundante se denomina Norma Hipotética Fundamental (“Grundnorm”), y se ubica en la base (o cúspide, dependiendo de la alegoría que se utilice) del sistema. Es la expresión de la primera constitución, la voluntad del primer legislador o del poder constituyente originario. Es una norma, esto es regla de derecho que se presenta como una consecuencia jurídica enlazada a una hipótesis de hecho, presentada bajo la forma de una prescripción de conducta. Es hipotética, ya que es un supuesto. Hay que suponerla existente, hay que suponerla válida y finalmente hay que suponerla norma. Es Fundamental, porque de ella arranca la validez y la eficacia de todo el Ordenamiento jurídico. Funda en primer término a la Constitución que es el segundo eslabón de la finita cadena de validación jurídica, a partir de ella, al resto de las normas del ordenamiento.

De la jerarquía y autogeneración se deriva la característica de dinamismo. Como ya se explicó la autogeneración hace que constantemente el ordenamiento regule su propia forma de creación. Fundamentales son dos conceptos auxiliares al de dinamismo: el de Fuente Formal de Derecho y el de Validez de las normas jurídicas.

Por fuente formal de derecho, Kelsen entiende aquellas formas de expresión de las normas jurídicas, que al mismo tiempo consisten en los procedimientos de creación de las mismas. Como ya

se apuntó, la norma superior establece los procedimientos por los que se ha de crear, las personas que han de intervenir en su creación y los límites de contenido que ha de poseer la norma inferior. Cumplido lo anterior, la norma inferior será “válida”.

Kelsen confunde los conceptos de validez y existencia de la norma jurídica. La norma es válida porque existe de acuerdo a los procedimientos que el proceso dinámico de autogeneración ha diseñado. La validez del derecho no dice relación con el contenido material de éste, valorado axiológicamente. La norma jurídica injusta será derecho en la medida que su proceso de creación se haya ajustado a lo dispuesto en su norma superior.

Del mismo modo, el concepto de eficacia de la norma jurídica no hace mella en su validez. El que se aplique o no una norma particular del ordenamiento, o que se cumpla o no la misma, no afecta la validez de ella.

No obstante, el problema sí cobra relevancia cuando tratamos de la validez del Ordenamiento sistemáticamente considerado, ya que si la Norma Hipotética Fundante carece de eficacia, perderá consecuentemente su validez todo el sistema jurídico fundado a partir de ella.

Así considerado, podemos mencionar las demás características del Ordenamiento Jurídico según Kelsen. Es coherente, porque su validez deriva de una norma única, y posee complitud hermética, es decir, no existen lagunas en el Derecho, dado su carácter de orden autogenerativo y dinámico.

Las normas jurídicas particulares deben presentarse estructuradas en torno a juicios hipotéticos, y no como los juicios categóricos propios de la moral. La norma jurídica es en su concepto una consecuencia lógico jurídica de la realización de un supuesto de hecho planteado en la misma norma. La regla de Derecho está constituida por la sanción que denomina Norma Primaria, en su relación con la conducta, siendo la Norma Secundaria la mera descripción hipotética de la referida conducta.

Para Kelsen, la noción de “deber” no es una noción estrictamente moral. En el campo del Derecho se da una noción de deber específicamente jurídica, distinta del deber moral o la obligación ética. Plantea tres premisas básicas en relación al deber jurídico:



1.- La ciencia jurídica ha de concebir el Derecho como norma o "deber ser", noción que carece de todo significado axiológico o valorativo.

2.- El deber jurídico es la norma jurídica individualizada, vista desde el punto de vista de aquel cuya conducta constituye el contenido del deber ser jurídico.

3.- La norma y las obligaciones jurídicas deben ser diferenciadas de la norma y las obligaciones morales. La distinción fundamental estriba en que el Derecho es un orden jurídico coactivo. Lo específicamente jurídico de una norma se determina por la coacción, de la cual carece la norma moral.

Luego, Kelsen plantea el segundo de sus axiomas (el primero es que toda cadena de validación es finita): de un no ser no se puede extraer un ser. Este segundo axioma le sirve de base para refutar la existencia de un supuesto Derecho Natural, que no acepta. En esta concepción no hay más derecho que el derecho positivo expuesto y descrito en la forma antedicha.

Sobre el problema de la Justicia y el Derecho justo o injusto, Kelsen precisa que como aquel es un concepto valorativo, perteneciente a la moral o a la política, no es propiamente jurídico, y su inclusión en una Teoría General del Derecho constituye un elemento distorsionador.

En suma y simplificando, podemos caracterizar esta Teoría como una puramente formalista elaboración del Derecho, con pretensión científica.

Se debe reconocer a Kelsen su indiscutible aporte a la Teoría general del Derecho, pero asimismo, su rigor científico lo han hecho acreedor de duras críticas de sus colegas, desde diversos frentes. El iusnaturalismo lo anatemiza por su exclusión de conceptos materiales del Derecho, desde el marxismo es atacado por todos sus autores, especialmente Evgeni Pasukanis¹⁶, quien afirma que su concepto de Derecho condujo al neokantismo al absurdo, y desde el propio neopositivismo, Hart acusa la inconsistencia de fundar el Ordenamiento en una norma tan supuesta como el Derecho Natural, cuestión que el profesor de Oxford pretende superar con sus "reglas de reconocimiento".

¹⁶ Pasukanis, Evgeni. "Teoría General del derecho Marxista", Fondo de Cultura Económica, 1987.

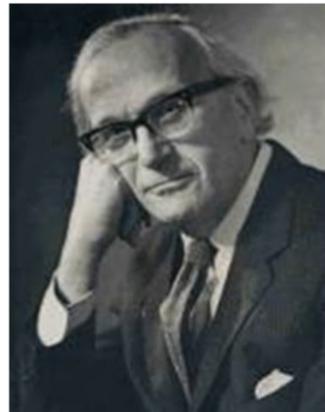
Pero sin duda el análisis sistémico, el enfoque jerárquico y la especificidad del Derecho son aportes sustanciales e insustituibles a la teoría general del Derecho, que hay que agradecer a la originalidad de su pensamiento.

La Concepción de Hart.

Considerado un autor neopositivista, al igual que Hans Kelsen, H. L. A. Hart discrepa del autor austríaco en relación a la caracterización que debe hacerse de la moral. Para este autor inglés, profesor de la Universidad de Oxford, el concepto de obligación es unitario, presente en la moral y el derecho. Vale decir, la noción de obligación es unívoca, común a la moral y al Derecho.

No obstante, lo anterior no quiere decir que Derecho y Moral sean una misma cosa en la concepción de Hart. Si bien en general podemos hablar de un concepto de obligación, la noción de deber es inherente al Derecho.

El esfuerzo de Hart estriba en explicar las diferencias entre las reglas obligatorias propias de la moral, y la especificidad de la obligatoriedad jurídica.



Herbert Lionel Adolphus Hart

En general, plantea que hay tres rasgos típicos de las reglas obligatorias:

- 1.- La seriedad e insistencia de la presión social que respalda tal regla.
- 2.- La importancia atribuida a las reglas obligatorias, es decir, la consideración de si son necesarias para la mantención y conservación de la vida social.
- 3.- El general reconocimiento de que el comportamiento exigido por ellas puede ser contrario a los deseos de la persona obligada.

A partir de estas caracterizaciones típicas de las reglas obligatorias, Hart establece cuatro diferencias fundamentales entre las normas morales y las normas jurídicas, que nos permiten desentrañar la especificidad jurídica.

Las siguientes son las categorías de distinción elaboradas por Hart:

1.- Importancia: este criterio implica que las conductas exigidas por las reglas morales son percibidas como más importantes en su observancia que las exigidas por las normas jurídicas. "En contraste con la moral, ...las reglas de Derecho, ocupan un lugar relativamente bajo en la escala de importancia. Ellas pueden ser tediosas, pero no exigen gran sacrificio; no se ejerce una gran presión para obtener conformidad, y no sobrevendrían grandes alteraciones en otras áreas de la vida social si no se las observara o si se las cambiase"¹⁷. La importancia no es esencial al status de todas las reglas jurídicas como lo es al status de todas las reglas morales. Es posible que una regla jurídica sea considerada como algo totalmente carente de importancia, e incluso puede haber consenso en la necesidad de derogarla. Pero mientras ello no ocurra, continúa siendo una norma jurídica, o regla de Derecho.

2.- Inmunidad al Cambio Deliberado: Las normas jurídicas y las obligaciones que establecen, son objeto de creación, modificación y supresión *ex profeso*, en tanto que las obligaciones de índole moral se presentan como inmunes al cambio deliberado. Una característica del orden jurídico consiste precisamente en que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante "sanción deliberada". Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera.

3.- Carácter voluntario de las transgresiones morales: La transgresión moral será siempre voluntaria. En el campo de la moral sólo existe la responsabilidad subjetiva. En el mundo del Derecho es posible incurrir en responsabilidad sin culpa.

4.- La Forma de Presión Moral: La forma típica de presión social que respalda las reglas morales consiste en la exhortación al respeto de los

individuos hacia tales reglas, en cuanto son pautas de conducta importantes en sí mismas.

La forma típica de presión del Derecho, consiste en amenazas de castigo físico o de consecuencias desagradables. El respaldo del Derecho está dado por la sanción coactiva. Mientras que la sanción moral puede ser caracterizada por una serie de manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada, la sanción jurídica se expresa en la preponderancia de sanciones físicas, establecidas bajo la forma de amenaza.

La presión moral es ejercida en forma característica, no exclusiva, no mediante amenazas o apelaciones al temor o al interés, sino mediante advertencias de la calificación moral que merece la acción que se tiene a la vista y de las exigencias de las normas morales.

Con respecto al concepto de derecho y la enorme influencia de la concepción de norma jurídica de la teoría de Austin, quien señalaba que las normas eran mandatos respaldados de amenazas de castigos, Hart postula que a medida que la sociedad se ha ido complejizando, se hacen evidentes las falencias de dicha concepción, ya que no podemos tener certeza acerca de qué normas efectivamente rigen en la sociedad, éstas son estáticas, y no sabemos cuándo se ha producido transgresión a las mismas.

La falta de certeza sobre qué normas rigen en la sociedad da origen a una *regla de reconocimiento*, que determina las condiciones para que una regla sea una norma válida dentro del sistema. El carácter estático de las normas vigentes, conduce a establecer *reglas de cambio*, que otorgan competencia a ciertos individuos para crear nuevas reglas y derogar las existentes. Los problemas que puedan presentarse en relación con la aplicación de las normas a casos particulares, se resuelve recurriendo a *reglas de adjudicación*, que facultan a ciertos órganos para tomar decisiones revestidas de autoridad sobre la aplicabilidad de las normas de obligación a los casos particulares.

Hart denomina reglas primarias a las normas de obligación, cuya estructura básica consiste en mandatos respaldados de amenazas. Las demás reglas descritas, referidas a las reglas de obligación, en estos tres aspectos ya referidos, se denominan reglas secundarias.

¹⁷ Hart, H.L.A. "El Concepto de Derecho", pág. 214.



El Realismo Jurídico.

El escepticismo frente a las normas, es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos.

En los países de derecho continental europeo y en Iberoamérica (donde tanta influencia han tenido entre los juristas las ideas de Kelsen) predomina un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en esos países con un Derecho codificado, ha hecho que los operadores jurídicos asignen a sus sistemas y las normas que los conforman una serie de propiedades formales que no siempre tienen: unidad, precisión, coherencia, plenitud.

Ello deriva en gran medida de la confianza en las cualidades racionales del legislador, no muy lejos del ideal ilustrado. Como el legislador es racional, no se admitirá por ejemplo, que dos normas estén en contradicción.

Si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues aplicando ciertos criterios (jerarquía, temporalidad, especialidad, etc.) e investigando el verdadero sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con otra.

Los juristas que proponen una visión "realista" del Derecho, niegan la existencia de todas las antedichas propiedades formales de las normas jurídicas. Las normas son generales, por lo que pueden quedar casos no resueltos por el Derecho. Estas normas son vagas e imprecisas, por lo que no puede pretenderse un reconocimiento general de una población hacia ellas.

Se presenta entonces una debilitación de la confianza de los juristas en la certeza que ofrecen las normas jurídicas. Se afirma que el Derecho está conformado por ellas, pero que carecen de las virtudes que el formalismo jurídico les asigna. El extremo de la posición lo representan quienes afirman que incluso el Derecho no consiste en absoluto en normas jurídicas, sino en predicciones de lo que van a resolver los jueces.

Lewellyn afirma que las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. En efecto, en el lugar de las

desplazadas normas jurídicas, se ubicará a las "predicciones" sobre la actividad de los jueces.

En "La Senda del Derecho", el célebre juez Holmes nos dirá que entiende por "derecho" nada más, ni nada menos que las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto. En su desenfadado lenguaje, afirma que al derecho hay que observarlo para caracterizarlo correctamente, desde la perspectiva del mal hombre. Al mal hombre le importarán un bledo los axiomas o principios generales establecidos racionalmente en normas jurídicas abstractas a ser aplicadas a casos concretos. Al mal hombre le interesará sí saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de una u otra parte. Esta concepción es precursora del realismo jurídico americano.

Alf Ross, representante del llamado realismo jurídico escandinavo, postula que el derecho es una cuestión preferentemente fáctica, más que normativa¹⁸. Las personas creen estar obligadas porque temen el poner punitivo del Estado. Esto refuerza la concepción escéptica frente a las reglas.



Alf Ross

Karl Olivecrona¹⁹ plantea la crítica a la discusión filosófica sobre el fundamento del Derecho, denunciando que es un esfuerzo inútil por buscar un fundamento de su autoridad, la razón de su fuerza obligatoria. Según este autor danés, empíricamente arribamos a la conclusión que no hay fundamento último del Derecho. Este estaría en la Constitución y aquella, indirectamente se origina en una guerra o revolución. Por más que respetemos a los "padres de la patria", debemos reconocer que ellos no fueron más que hombres mortales que lograron tener éxito en el establecimiento de un nuevo orden y que si

¹⁸ Ross, Alf. "Sobre el Derecho y La Justicia".

¹⁹ Olivecrona, Karl. "El Derecho como Hecho" Editorial Losada, 1957, págs. 215 a 240.

hubiesen fracasado, no hubieran corrido mejor suerte que cualquier criminal.



Karl Olivecrona

No hay fundamento último del Derecho, sino sólo acciones humanas en la cadena de causas y efectos. La búsqueda es vana; es el intento de una búsqueda sobrenatural para el orden social existente o para el orden social deseado.

Olivecrona postula respecto a la conceptualización clásica del Derecho que siempre se da por supuesto que el Derecho es un sistema de normas, y que dichas normas son obligatorias, o están dotadas de fuerza obligatoria (son deberes). De aquí se quiere buscar el fundamento último del Derecho, situado más allá del mundo meramente fáctico.

Hay que volver al concepto de Derecho y preguntarse si realmente crea deberes y sus correspondientes facultades. El Derecho es una serie de hechos sociales; no surge la necesidad de un fundamento fuera del mundo natural. Parece una contradicción derecho sin deberes ni facultades, pero ello es así, sólo queda un sistema de fuerza organizada, que a su vez, pretende asignar facultades y deberes, pero estas ideas son sólo disposiciones psicológicas de quienes obedecen.

El autor sueco critica también a Holmes, ya que las predicciones no son idénticas a las normas que los jueces aplican. El juez supone que existe un sistema de normas que va a aplicar.

¿Qué es Deber? En primer término, la idea de una acción. En segundo lugar, la idea de una expresión imperativa en conexión con la acción. Finalmente, el sentimiento de sentirse obligado, de no ser libre con respecto al imperativo.

En realidad sólo hay una conexión psicológica entre ciertas ideas de acciones y ciertas expresiones de órdenes o prohibición. El "deber ser" es expresión de una complicada situación psicológica en que se

encuentra el individuo frente al entramado normativo.

Esto no es la esencia de las normas, aunque sea un efecto de ellas. El nombre de Derecho es una marca o emblema con el siguiente significado: tú debes conformar tu conducta a los moldes establecidos en el texto. Por ejemplo, ante la norma que describe el delito de homicidio, se plantea un imperativo al juez, cual es el de aplicar la pena; y una prohibición a la población, cual es la de abstenerse de realizar la conducta homicida. Además requiere de promulgación, vale decir, del elemento formal. Ante la promulgación, la comunidad responde en forma automática a estas señales imperativas porque la gente ha sido enseñada por generaciones a responder a señales de ese tipo.

Cuando ocurre una revolución, a menudo la respuesta no es automática, sino que debe ser lograda por una propaganda intensa y con despliegue de fuerza. Debemos conceptualizar las normas jurídicas sin introducir la idea de fuerza obligatoria.

Las normas son esquemas ejemplificativos de conducta a que se asocia un deber ser. La razón por la cual una persona determinada, por ejemplo, un juez, toma tal esquema como modelo para sus acciones, no reside en ninguna cualidad misteriosa del modelo mismo. Debe buscarse tal cualidad en su propia situación de motivación. La regularidad con que las normas jurídicas son aplicadas por los funcionarios se explica por el hecho de que entre ellos se dan motivaciones relativamente uniformes.

No hay bases más seguras en un orden social positivo que esas uniformidades de motivación. No existe un orden social por sí mismo, sino que necesita una acción constante y eficaz por parte de aquellos que son responsables de su conservación.

Esta concepción "realista" del Derecho llega a afirmar que ni la moral ni el derecho obligan y que el concepto de obligación es un engaño psicológico con que el ser humano disfraza el temor a la compulsión.



CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO DE DERECHO COMO NECESIDAD DE LA VIDA SOCIAL

ELEMENTOS DE UNA EXPOSICIÓN DEL DERECHO

Agustín Squella²⁰ afirma que una exposición del Derecho debe referirse fundamentalmente a tres elementos que le son propios: el elemento normativo, el elemento fáctico y el elemento valorativo.

Como elemento normativo, el Derecho se nos presenta como una específica normatividad, como un conjunto de normas o prescripciones de conducta. Debemos incluir en el concepto, las normas creadas por lo que el autor denomina "métodos autocráticos o heterónomos" como la legislación y la jurisprudencia, y aquellas que lo son por medios "democráticos o autónomos" como las costumbre y los actos o contratos.

Estas normas, además, nos muestran el elemento fáctico del Derecho, es decir, hechos o conductas que determinan el Ordenamiento Jurídico Positivo: las fuentes materiales del derecho, las fuentes formales o las formas de manifestación de la norma jurídica, que además constituye el acto de creación de las normas, y la conducta de los sujetos imperados y de los órganos jurisdiccionales.

También a través de la realidad normativa, se muestra el elemento valorativo del Derecho, ínsito en ella. En efecto, se puede observar un conjunto de valoraciones acerca del Derecho. En primer término las que son plasmadas por el órgano (persona o autoridad) creador del derecho en la norma; las valoraciones socialmente dominantes, que pueden servir de fuente material del Derecho; y un criterio valorativo de justicia, postulado como anterior y superior a los derechos positivos con realidad histórica, que permitiría la adopción de pautas estimativas sobre la base de las que sería posible llevar a cabo dos operaciones:

- evaluar los contenidos prescriptivos, y
- determinar el fundamento de validez de los mismos, y por ende, el fundamento de la eficacia y obligatoriedad de ellos.

No obstante, los tres elementos del fenómeno jurídico no pueden ser colocados en pie de igualdad. En primer término la realidad normativa.

En un segundo plano, los hechos, conductas y valores.

En suma, según Squella, una exposición del concepto debe abarcar todos los aspectos del dato empírico e histórico que llamamos "derecho", en una concepción capaz de abarcar tres elementos sustanciales: Norma, Hecho (Conducta) y Valor.

UNA DESMITIFICACIÓN DEL DERECHO

Eduardo Novoa Monreal²¹ plantea que el Derecho está llamado a responder a un plan o modelo de organización social. El derecho no es exclusivo ni antagónico de ningún modelo de organización social, sino que por el contrario, es apto para permitir la realización de cualquiera de ellos y constituye uno de los más eficaces medios para esa finalidad.

No obstante ello, el contenido de cualquier modelo de esta clase no corresponde proponerlo a los hombres de derecho -en cuanto tales- ni se origina en los conocimientos que pueda proporcionar una pretendida ciencia jurídica. Ese contenido corresponde a las diversas concepciones políticas, económicas y sociales que se disputan el privilegio de verlo puesto en un pueblo dado.

Afirma Novoa que la idea de que toque a los juristas resolver sobre el contenido de estos modelos se debe a la herencia de la época en que no estaban suficientemente diversificadas las ciencias sociales. Pero, en esencia dicha idea es equivocada. Reconoce en este punto el mérito de Kelsen de haber propuesto expresamente la separación entre derecho y política, en la búsqueda de la especificidad de lo propiamente jurídico.

Si se quiere que el modelo de organización social llegue a hacerse realidad en la vida de una sociedad, será necesario buscar los medios apropiados para obtener respeto general en sus lineamientos centrales por parte de los miembros de ella y para obtener de parte de estos una conducta externa compatible con una efectiva realización del modelo.

²⁰ Squella, Op. Cit., P. 152 - 154

²¹ Novoa Monreal, Eduardo. "Algo sobre la Noción de Derecho", artículo publicado en "Una Crítica al Derecho tradicional", Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1985.

El Derecho, no obstante, es sólo uno de dichos medios, en tanto hay otros de gran eficacia para el mismo fin, como las ideas religiosas, la moral, la educación, la propaganda, las doctrinas políticas. Estos no han sido nunca desatendidos por quienes detentan el poder.

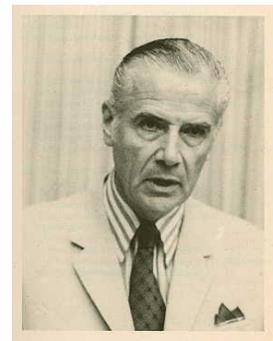
El derecho tiene sus especificidades como medio, que lo pueden hacer más ventajoso que los otros:

- a) Es constriñente, en tanto los otros son persuasivos.
- b) Es formal, en el sentido que obedece a reglas preestablecidas y se hace presente a través de un aparato institucional, mientras que los otros operan con gran variedad de recursos.
- c) Corresponde únicamente al Estado, mientras que los otros ejercen acciones en las que pueden manifestarse instancias privadas de acción.
- d) Se conforma con obtener una conducta externa de los hombres que sea compatible con la vida social configurada por el modelo, en circunstancias que los otros llegan más allá, pues pueden ser aplicados a conseguir una adhesión interna de los hombres a dicho modelo.
- e) Contiene un vasto conjunto de tipificaciones de conductas externas exigibles, en las que en forma expresa y taxativa se precisan esas conductas, cosa que no ocurre con los demás medios de control.

Este conjunto de mecanismos, entre los que se incluye al Derecho se ha denominado el “control social”. El derecho en concepto de Novoa se muestra como una técnica normativa que contribuye a la realización de un determinado modelo de organización en la sociedad. El derecho en su calidad de medio más antiguo y probado en su eficacia por siglos, actuará por medio de las normas jurídicas y sus correspondientes sanciones, a través de un esfuerzo creativo, por cuanto es preciso imaginar las conductas de las que depende el éxito del modelo o la efectividad del mismo, para redactar textos que las prescriban como obligatorias o que las califiquen de ilícitas en su caso y les asignen la correspondiente sanción para quien no las cumpla o para quien incurra en ellas, respectivamente. La culminación es la imposición política de las normas así preparadas.

Novoa propone una caracterización del Derecho acorde a su anterior exposición; “...[es] un conjunto

de normas de comportamiento impuestas a los hombres que forman parte de una sociedad, para obtener de ellos una conducta externa mínimamente compatible con el modelo de organización social establecido”. Hace hincapié el penalista chileno en la necesidad de asir un concepto genérico de Derecho que pueda ser aplicado a cualquier ordenamiento jurídico, sin importar la nación de que se trate ni el modelo de organización social que ella posea. Excluye la admisión de un Derecho Natural, planteando su discrepancia con respecto a la exposición de Squella, recientemente relatada, respecto del elemento “valor” del Derecho. Lo bueno, lo justo y lo razonable, no deben buscarse dentro del plano normativo jurídico, sino en las ideas políticas que informan el correspondiente modelo.



Eduardo Novoa Monreal



CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO COMO SISTEMA SOCIO CULTURAL

Tradición Jurídica y Sistema Jurídico

¿Qué hay en el escritorio de un abogado en una audiencia ante un tribunal?

- ¿En Australia, Nueva Zelanda, Inglaterra, Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Sudáfrica?
- ¿En Chile, Brasil, Francia, Alemania, Italia, España, México?

La respuesta a estas preguntas nos ilumina sobre ciertas diferencias importantes, que podemos agrupar como funcionales a una distinta *tradición jurídica*. Simplificando la respuesta, diremos que en el primer caso, en el escritorio del abogado hay colecciones de sentencias judiciales o "jurisprudencia"; en el segundo, hay leyes y fundamentalmente, códigos.

Existen en el mundo tres grandes tradiciones jurídicas:

- La tradición del *Derecho Civil*. Tradición Jurídica Romano Canónica (Europa continental y América Latina).
- La tradición de *Derecho Común*. Tradición del *Derecho Insular* (Gran Bretaña, Estados Unidos de Norte América, *Common Wealth*).
- La tradición del *Derecho Socialista* (China, Cuba).

Una Tradición jurídica es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho²².

Asimismo, existen lo que se denomina Sistema Legal o Sistema Jurídico, que es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas

legales (Un sistema jurídico corresponde, generalmente, a un sistema estatal, p.ej.: el sistema jurídico chileno).

La tradición jurídica romano canónica, o tradición del derecho civil, de la cual forma parte el sistema jurídico chileno, posee las siguientes características:

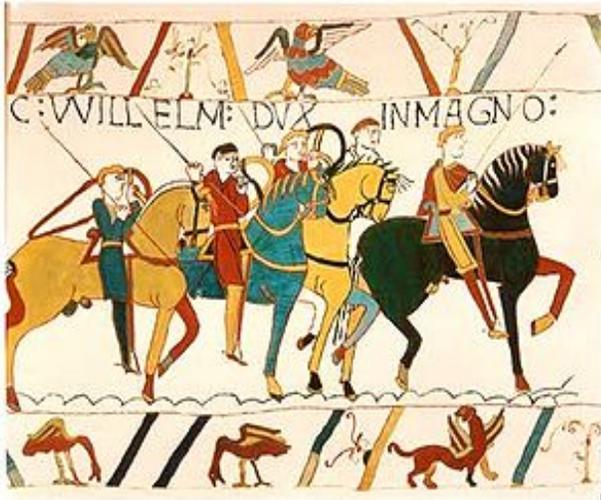
- Se remonta al año 450 antes de Cristo, fecha estimada de la Ley de las XII Tablas, primer texto jurídico del derecho romano.
- Es la tradición dominante en Europa continental y en América Latina, e incluso dentro de algunos países de derecho común (por ejemplo: Puerto Rico, Louisiana, Quebec).
- Es el antecedente directo del "derecho socialista".
- Es la base más influyente de los creadores del Derecho Internacional.



En tanto, la tradición jurídica del derecho común o *common law* se caracteriza por:

- Iniciarse con la conquista y fundación de Inglaterra por los normandos en 1066.
- Desarrollarse con la expansión del *Imperio Británico* en la época del colonialismo.
- Tener, con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del comercio internacional, gran influencia en la actualidad.

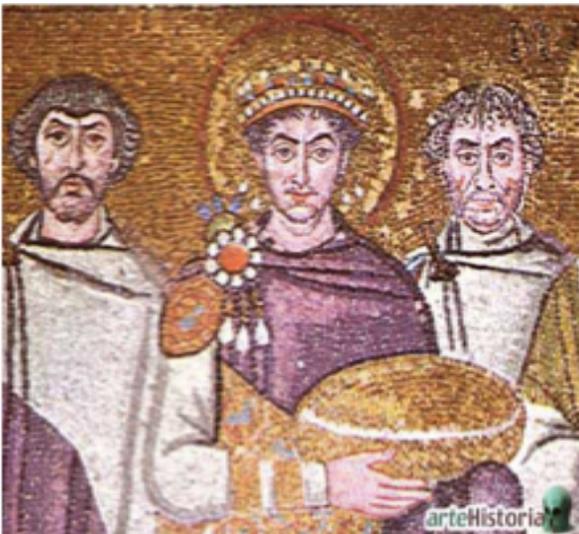
²² Merryman, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, Méx. DF. 1989. Primera Impresión, Santiago, Chile, 1995.



Batalla de Hastings, conquista normanda de Inglaterra, Guillermo el Conquistador, 1066.

La tradición jurídica romano canónica, además, se forma históricamente de varias sub tradiciones:

- Derecho Civil Romano.
- Derecho Canónico.
- Derecho Mercantil.
- La Revolución.
- La Ciencia Jurídica.

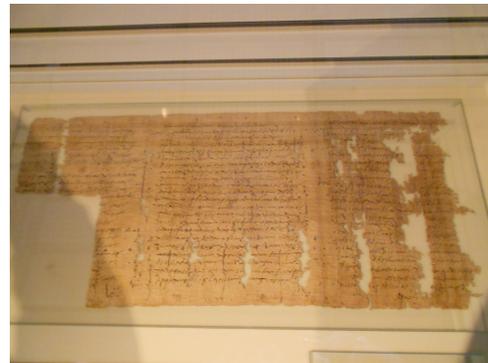


Corte del emperador Justiniano

1.- El **derecho civil romano** se configuró a partir de los siguientes elementos, que se constituyen en un gran cuerpo jurídico en que se recopiló, sistematizó y racionalizó todo el derecho romano vigente hasta el siglo VI después de Cristo. Dicha obra, encargada por el emperador Justiniano a su *prefecto del pretorio* Tribiniano, se llamó el *Corpus Iuris Civilis*:

- Personas, familia, herencia, propiedad, delitos, enriquecimiento injusto y contratos.

- Sólo se permitió las opiniones de los cinco grandes juristas romanos: Ulpiano, Papiniano, Gayo, Modestino y Paulo. ¿Qué ha persistido en el tiempo?
- Personas, cosas y obligaciones. Si ustedes observan nuestro Código Civil actual y el de muchos países de la tradición romano canónica, encontrarán esa misma estructura.
- En la Europa del siglo XI, con el aporte de los Glosadores y Comentaristas en las universidades italianas, surge el *Ius Commune*: el derecho común de Europa, del Sacro Imperio Romano Germánico.
- Su influencia se extiende hasta el surgimiento del estado nacional (a partir del siglo XV y definitivamente a principios del siglo XIX).
- La codificación civil europea y latinoamericana (siglo XIX), no obstante, se basa en los tres primeros libros de la *Institutas* (personas, cosas y obligaciones), que forman parte del *Corpus*.



Fragmento de contrato de arrendamiento de una propiedad de la reina Cleopatra, siglo I antes de Cristo. Isla de los Museos, Berlín.

2.- El **derecho canónico** presenta las siguientes características:

- La Iglesia Católica elabora este cuerpo normativo para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus fieles.
- El Derecho Civil Romano emana de la autoridad del *Emperador*; el Derecho Canónico, de la autoridad del *Papa* (*Césaropapismo*).
- Los tribunales eclesiásticos comienzan a ejercer jurisdicción civil, sobre todo en lo relativo a derecho de familia, sucesiones, y ciertos delitos.
- Influyen en dichas decisiones a los tribunales civiles y al suprimirse la jurisdicción eclesiástica, los tribunales

civiles han asumido toda la doctrina eclesiástica en estas materias.



3.- El derecho mercantil:

- Surge fuertemente en Italia, durante las cruzadas, con la recuperación del comercio mediterráneo por los europeos.
- Los comerciantes italianos forman gremios, y reglas para el comercio (efectos de comercio: letra de cambio).
- Se basa en la creación pragmática de soluciones consuetudinarias (basadas en las costumbres). Los jueces son los propios comerciantes.

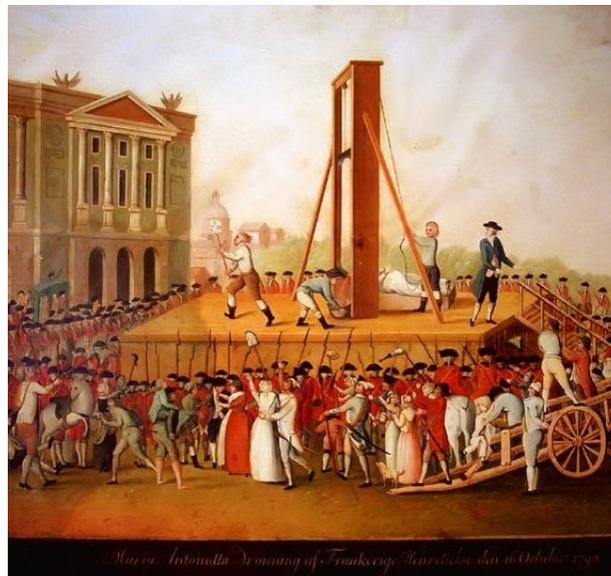


Marco Polo

El derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil constituyen las principales fuentes históricas de los conceptos, las instituciones y los procedimientos de la mayor parte del derecho privado, el derecho procesal y gran parte del derecho penal de los sistemas de derecho civil modernos.

4.- El **derecho revolucionario**. Con esta definición nos referimos al importante aporte de la revolución francesa de 1789, cuyo principal aporte a la tradición fue la supremacía de la ley, o la configuración de sistemas jurídicos legalistas, es decir, en que la principal fuente del derecho es la ley, y por ende, la sumisión de los jueces a lo que la ley o el legislador dispusiera como derecho. Se separan claramente las funciones de creación del derecho (labor del legislador) de la aplicación del derecho (labor del juez), que antes de la revolución estaban confundidas. Otro elemento, que no es

exclusivamente revolucionario, pero sí impulsado por la revolución, es la codificación, vale decir, la idea de que todo el derecho o un área importante de él, puede estar contenido en forma sistemática en un Código. Esta es la idea que rodea el surgimiento del Código Civil de Francia, en 1804.



5.- La **ciencia jurídica**. Es fundamentalmente la creación de los juristas alemanes del siglo XIX, dentro de quienes destaca Friedrich Karl von Savigny, padre de la "escuela histórica del derecho". Postulan que un sistema legal satisfactorio tiene que basarse en los principios del derecho que han tenido larga vigencia. El paso previo para la codificación era el estudio previo por los juristas del orden legal, para enunciar correctamente estos principios y ordenarlos en un sistema coherente²³.

En cualquier jurisdicción del derecho civil, estas cinco sub tradiciones dan origen a los cinco códigos básicos:

- El Código Civil.
- El Código de Comercio.
- El Código de Procedimiento Civil.
- El Código Penal.
- El Código de Procedimiento Penal.

²³ Merryman, op. Cit., pág. 121.

La Cultura Jurídica

Sistema Legal y Cultura²⁴

¿Cuáles son las funciones del derecho?

1. Orientación del comportamiento (Normas jurídicas).
2. Resolución de conflictos (autotutela, autocomposición y proceso).
3. Legitimación y organización del poder social.
4. Configuración de las condiciones de vida (sanciones y eficacia del derecho).
5. El cuidado del Derecho.

Lawrence Friedman (en "Cultura Legal y Desarrollo Social"), distingue tres tipos de elementos jurídicos que constituyen el "Sistema Legal":

1. Elementos estructurales
2. Elementos sustantivos.
3. Elementos culturales.

1.- Los **elementos estructurales** están configurados por las instituciones jurídicas, la forma y organización del sistema legal, y los procedimientos que se diseñan para su actividad (número y clase de tribunales, formas de procedimientos, federalismo o estado unitario, etc.).

2.- Los **elementos sustantivos** son las normas que han sido instituidas como tales, y operan efectivamente en el curso de la vida social, es decir, que son usadas por las autoridades, son obedecidas por los sujetos imperados y aplicadas por los jueces, y, además, que no han sido derogadas (dejadas expresa o tácitamente sin efecto).

3.- Los **elementos culturales** son el conjunto de valores y actitudes relacionados con el derecho, que prevalecen en una comunidad jurídica dada. A su vez, podemos distinguir entre:

1. **Cultura Jurídica Externa**, es decir, el conjunto de valores, actitudes y orientaciones que respecto del derecho prevalecen entre la población de una sociedad determinada, entre aquellos individuos que sólo ocasionalmente y en forma esporádica llegan a tener contacto con las instituciones y estructuras legales.

2. **Cultura Jurídica Interna**, es decir, el conjunto de valores, actitudes y orientaciones que respecto del derecho prevalecen entre aquellos individuos que de manera más directa, intensa y continuada tienen relación con el sistema legal. Es la cultura jurídica de las profesiones jurídicas: jueces, abogados, profesores y estudiantes de derecho, etc.

Podemos afirmar que un país es más desarrollado jurídicamente mientras más parecido sea este conjunto de valores y actitudes entre la cultura externa e interna.

Las Tres Dimensiones del Derecho

El derecho es un concepto que presenta, como vimos, problemas a la hora de su definición. Recapitularemos lo que dejamos planteado en el capítulo primero. El profesor Agustín Squella, siguiendo a Kant, señala que el derecho no necesita ser definido, pero sí podemos hacer una exposición del derecho²⁵.

Ahora bien, para una adecuada exposición del derecho, debemos presentar las tres dimensiones del derecho, que lo configuran como sistema socio cultural: la dimensión normativa, la dimensión fáctica y la dimensión valorativa. En efecto, el derecho es norma, hechos (o conductas), y valor.

1.- El **derecho como normatividad**, se nos presenta en un conjunto de prescripciones de conducta que imponen determinados deberes, con miras a ciertos fines que se consideran deseables y cuya no observancia trae consigo una consecuencia desfavorable o sanción.

La normatividad jurídica tiene ciertas notas distintivas, es decir, tiene particularidades que la hacen distinta de la normatividad social, moral o religiosa, a saber:

- Obligatoriedad
- Dictación por vía de autoridad
- Regulan el comportamiento exteriorizado
- Imponen deberes y confieren derechos correlativos.

²⁴ Squella Narducci, Agustín. "La Cultura Jurídica Chilena". EDEVAL. Valparaíso. 1985.

²⁵ Squella, Agustín. "Una Exposición del Derecho". Revista de Ciencias Sociales N° 22, Universidad de Valparaíso, 1983, pág.141

- Garantía de observancia: uso legítimo de la fuerza o coercitividad.

En consecuencia, son características de las normas jurídicas, como explicaremos en el siguiente capítulo, su heteronomía, exterioridad, bilateralidad y coercitividad.

2.- La **dimensión fáctica** del derecho está configurada por los actos y las conductas. En efecto, existen hechos y conductas que se relacionan con las normas jurídicas:

- Fuentes materiales del derecho: factores económicos, sociales, políticos, científicos, morales, culturales, etc., que determinan o influyen la aparición y el contenido de dichas normas.
- Fuentes Formales del Derecho: los actos de creación de las normas jurídicas positivas. Las fuentes formales son actos formales de creación del derecho que provienen de una persona, órgano o autoridad dotado por el mismo ordenamiento del poder de dictar normas jurídicas, y que pueden ser menos (contratos) o más complejos (leyes).
- La conducta de los sujetos imperados por las normas jurídicas, en cuanto obedecen o no obedecen las normas; y
- El comportamiento de los órganos jurisdiccionales, en tanto aplican o dejan de aplicar tales normas.

En suma, las normas requieren un acto de creación, pero también, estos hechos posteriores a ella, que consisten en la obediencia o desobediencia de ellas y la aplicación o inaplicación que de ellas se haga por los jueces.

3.- La **dimensión valorativa** del derecho está constituida por el conjunto de valores o valoraciones relacionadas con el derecho, que se manifiesta de distintas formas:

- Toda normatividad jurídica porta preferencias o valoraciones atribuibles a la persona, órgano o autoridad que creó la norma (esto se puede determinar más fácilmente en los modos "autocráticos" de creación de derecho, p.ej.: la legislación, porta las valoraciones de los parlamentarios y del gobierno). La significación de estas valoraciones cobra vital importancia en la *interpretación*, obra de la dogmática, cuando tenga que estudiarse o aplicarse el derecho a la solución de un caso

concreto (conflicto de intereses de relevancia jurídica).

- Existen valoraciones socialmente dominantes, el conjunto de creencias, sentimientos, preferencias, modos de pensar y de sentir, fuertemente arraigadas y se traducen en formas de conducta de los individuos que las comparten en una sociedad determinada. Estas pueden obrar como fuentes materiales del derecho. Pueden, asimismo, aportar a la eficacia de las normas jurídicas.
- Como la afirmación de un criterio de justicia que, postulado como anterior y superior a los derechos positivos con realidad histórica, permitiría la adopción de *pautas estimativas* para juzgar el contenido del derecho positivo, para criticarlo y pedir su cambio, o bien para determinar el contenido del mismo.

En conclusión:

1. Una exposición del derecho debe comprender todos los elementos empíricos e históricos del mismo.
2. En primer lugar, el derecho se presenta como una específica normatividad.
3. Como conjunto de normas, deben incluirse no sólo las creadas por métodos autocráticos o heterónomos (ley, jurisprudencia), sino también aquellas que son creadas por métodos democráticos o autónomos (contratos, costumbres).
4. Las normas jurídicas nos conectan con hechos y conductas: fuentes materiales del derecho, fuentes formales, la conducta de los sujetos imperados por las normas y la de los jueces.
5. Las mismas normas nos presentan elementos valorativos, como valores presentes en las normas, como valoraciones sociales relevantes y como juicios estimativos del derecho, para su crítica y progreso o bien (iusnaturalismo) para determinar si es o no derecho.
6. No pueden estar en un mismo nivel de análisis estos elementos, ya que el derecho es esencialmente normatividad.

El derecho es una específica normatividad reguladora de la conducta humana, que resulta vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones, cuya comprensión es posible

a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DE LAS NORMAS NORMAS DE TRATO SOCIAL, NORMAS MORALES Y NORMAS JURÍDICAS

La teoría de las normas se preocupa de estudiar distintas manifestaciones de la conducta humana. Al derecho le interesa cierta parte de la conducta humana, que es aquella que se exterioriza, y que además de exteriorizarse, tiene relevancia para el derecho. Generalmente, las conductas que tienen relevancia para el derecho serán aquellas que afectan la vida social en gran medida, y que regulan el trato entre las personas de acuerdo a un criterio básico de justicia en las relaciones humanas, cuando existe el peligro de que la autorregulación de los seres humanos (a través de la moral, los usos sociales, las religiones, la educación u otros medios de control social informal) no excluya el abuso, el sometimiento, el mal trato y la afectación de bienes y derechos del otro.

Al derecho, en consecuencia, le interesará lo que denominamos la *acción*, vale decir, todo acto humano exterior evitable. Esta definición de Enrique Bacigalupo, célebre jurista argentino español, es clarificadora en orden a determinar qué tipo de actos son los relevantes para las normas jurídicas. La *evitabilidad* de una conducta nos conecta con que los actos humanos relevantes para el derecho deben ser actos libres (los actos inconcientes, sonambúlicos, coaccionados ilegítimamente, etc., no califican como conductas libres).

Es importante hacer notar, eso sí, que cuando una conducta se exterioriza, es legítimo para el derecho investigar en sus motivaciones, para determinar el nivel de responsabilidad que por aquella conducta es posible establecer respecto de un individuo (no es lo mismo matar a alguien con una intención maliciosa, que por accidente).

Las Normas de Trato Social

Concepto: Son aquellas que determinan una conducta en la vida social fundándose en elementos

culturales como las buenas costumbres, la cortesía, la buena educación o el protocolo.

Características:

- a) son de carácter social, rigen la conducta humana en sociedad.
- b) rigen la conducta exterior del hombre.
- c) su sanción es la reprobación social.
- d) son heterónomas, es decir son impuestas socialmente, por un sujeto distinto del imperado, desde fuera, sin necesidad de que estén interiorizadas o aceptadas por el sujeto.
- e) son unilaterales, es decir, obligan pero no facultan.

Las Normas Morales

Concepto: Son normas que regulan la conducta libre del hombre, fundándose en un valor superior aceptado por el individuo y necesariamente interiorizado y valorado como bueno o correcto por éste.

Características:

- a) interioridad, es decir, imperan en la conciencia de la persona.
- b) son unilaterales, establecen deberes del hombre para sí, y no facultan a un tercero para exigir un comportamiento moral determinado.
- c) falta de rigurosa determinación. La configuración de la norma moral dependerá del sujeto obligado.
- d) su sanción es el remordimiento de conciencia.
- e) carece de coactividad. Se realizan espontánea y voluntariamente.
- f) son autónomas. La persona que ordena la norma y quien debe cumplirla son la misma. El emisor de la norma y el sujeto imperado por ella, son el mismo.

Las Normas Jurídicas

Concepto: Juicio prescriptivo, de carácter generalmente imperativo, que regula la conducta externa del hombre en la interacción social



relevante para el Derecho, bilateral y coercitiva, y que imputa determinadas consecuencias jurídicas a ciertos hechos susceptibles de estímulo o prohibición.

Características:

- a) son exteriores, es decir, le atinge la conducta humana desde el momento en que se realiza exteriormente.
- b) son bilaterales, regulan la conducta de los individuos entre sí, imponiendo deberes y estableciendo derechos.
- c) están rigurosamente determinadas. Poseen un contenido fijo, cierto y reconocible.
- d) son imperativas, imponen un deber.
- e) son coactivas, es decir potencialmente imponibles por la fuerza.
- f) son heterónomas, al igual que las normas de trato social, un sujeto (autoridad normativa u órgano normativo) emite la norma, cuyo destinatario es otra persona.



Paralelo entre las normas de conducta

La diferencia esencial radica en sus formas de imperio, es decir, la forma cómo se pretende que sean cumplidas.

Las reglas de trato social tienen "pretensión" de normas, esto es, pretenden validez normativa, constituir mandatos para sus sujetos imperados, los miembros de determinado círculo social, que será más o menos amplio, dependiendo del grupo cultural que analicemos.

Hay que tener presente que a veces la sanción de la norma de decoro tiene más influencia en el actuar de un individuo que la propia sanción jurídica, así es que no se debe desdeñar su importancia. La sanción consiste en el repudio de la comunidad, que puede llegar a excluir al infractor del círculo social. Jamás la sanción será la imposición forzada de la observancia de la norma.

Por el contrario, lo característico del derecho es la potestad de imponer forzosamente, de modo irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de la conducta sucedánea prevista en la misma norma. Esto es lo que caracteriza a la norma jurídica, y la diferencia de la norma moral y la norma de trato social. Esta característica se denomina coactividad.

La sanción en la norma moral, dependerá del grado de aceptación que el individuo profese respecto del contenido de la norma, ya que es autónoma (el emisor de la norma y el sujeto imperado se confunden en una sola voluntad). Ésta consistirá en un juicio de reproche o remordimiento de conciencia del propio sujeto. Debemos consignar que en este caso también puede darse que el sujeto se vea mucho más presionado a actuar por imperativos morales que por imperativos jurídicos.

Pero el cumplimiento de las obligaciones fundamentales de los individuos en una sociedad no se puede dejar a su mero arbitrio y es por ello, que todos se someten al Derecho, que regula dichas obligaciones y derechos.

La norma de trato social no es bilateral. Obliga, mas no faculta. Por ejemplo: "Ceder el asiento a una dama en el bus". Una "dama" puede pedir que un "caballero" le ceda el asiento en el bus, pero si el caballero resulta no ser tal y se niega, la dama no puede exigirle el asiento por medio de la compulsión, y se deberá resignar a provocar un reproche social.

La bilateralidad de las normas jurídicas es fundamental en su caracterización. Estas normas facultan y correlativamente, obligan. Por ejemplo: "el vendedor debe entregar la cosa, el comprador debe entregar el precio". Si el vendedor no entrega la cosa, el comprador puede exigir el cumplimiento forzado o la resolución (dejar sin efecto) del contrato, y además pedir indemnización de perjuicios.

Al igual que las normas morales, las normas de trato social son unilaterales.

Otra diferencia importante es el carácter exterior que comparten el Derecho y las normas de trato social, contrapuesto a la interioridad de la regulación moral.

2.7 "No se permite fumar en recintos de atención de público".
 2.8 "Fumar en recintos cerrados es de mala educación".

ESQUEMA RESUMEN

Derecho	: Coercible - Bilateral - Exterior - Heterónomo
Moral	: Incoercible - Unilateral - Interior - Autónoma
Trato Social	: Incoercible - Unilateral - Exterior - Heterónomo

EJERCICIOS

1.- Usted es invitado a una cena en el Club de la Unión. Llega sin corbata, le impiden la entrada, pero logra finalmente luego de algunos ardides, entrar. Sin saludar a los invitados usted llega a su mesa, atrasado. Se sienta y al ver tantos cubiertos se desconcierta, tomando el cuchillo y tenedor que mejor le parecen y pidiéndole al garzón que retire el resto. Luego saliva hacia el suelo, por lo que le piden que se retire. Usted se niega a gritos. Los anfitriones llaman a carabineros, quienes lo detienen, conduciéndolo a la comisaría, y citándolo posteriormente al juzgado del crimen.

1. ¿Qué clase de normas infringió usted?
2. ¿Era posible que le aplicaran la sanción que en definitiva se le aplicó?
3. ¿Qué otra sanción le podrían haber aplicado?
4. ¿Era necesario que usted estuviera de acuerdo con esas normas para que lo obligaran?
5. ¿Estaban facultados jurídicamente los anfitriones de la cena para exigirle una conducta apropiada a la situación?

2.- Clasifique los siguientes enunciados normativos.

- 2.1 "No matarás".
- 2.2 "El que defraudare a otro, será castigado con presidio".
- 2.3 "No pisar el césped".
- 2.4 "Mentir es malo".
- 2.5 "Al llegar a un lugar se debe saludar a los presentes".
- 2.6 "No se debe fumar dentro de una iglesia".



CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE LAS NORMAS MORALES Y LAS NORMAS JURÍDICAS

Como veíamos en el capítulo primero, es a fines del siglo XVII, cuando Cristián Tomasio distinguió la moral del derecho. Afirmó que el actuar humano se desarrolla a través de tres campos bien delimitados:

- 1.- La realización de lo honesto: la Ética.
- 2.- La realización de lo decoroso: la Política.
- 3.- La realización de lo justo: la Jurisprudencia.

Las diferencias fundamentales entre la moral y el derecho, según Tomasio, son:

- 1.- La norma moral es interior, le concierne la paz interior del individuo. La norma jurídica es externa, conciéndole la paz entre los individuos.
- 2.- La norma moral no admite coacción. La norma jurídica, sí.
- 3.- Los deberes jurídicos son perfectos, porque no sólo imponen un deber, sino que obligan al sujeto a cumplirlo a través de la coacción. Los deberes morales son imperfectos.

Kant recoge el pensamiento de Tomasio y lo desarrolla. Plantea que el Derecho debe garantizar la libertad de los individuos. Ello se refleja en una máxima o norma genérica de comportamiento, que se denomina Imperativo Categórico, y se expresa de la siguiente manera: "*Obra de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda servir de principio de legislación universal*". Para Kant, el Derecho se caracteriza porque:

- 1.- Conciere a la relación externa y práctica de una persona con otra.
- 2.- No considera el móvil del obrar, bastando que la acción se ajuste a lo prescrito por la norma.

Las diferencias se pueden sistematizar de la siguiente manera:

- 1.- El objeto de la moral es la conducta interna del sujeto; el objeto del Derecho, la conducta externa del individuo.
- 2.- La moral presupone la libertad interna del individuo para decidir en conformidad a la norma; el Derecho, la libertad externa: garantiza la libertad para que el sujeto pueda actuar de acuerdo a la norma.
- 3.- La interioridad de la moral hace que le sea relevante el móvil del obrar. Para el Derecho, en cambio, el móvil del obrar es irrelevante: le basta la concordancia de la conducta externa con lo prescrito por la norma.
- 4.- La moral no admite coactividad, el Derecho, sí.

5.- La moral se basa en un imperativo categórico a priori; el Derecho, además, requiere de la voluntad de la autoridad.

Ejercicios

1.- En una localidad italiana del siglo XII, un hombre pretendía a una mujer. No obstante, ella estaba enamorada de otro. El primero asistió a un funeral, y cuando el cortejo pasó frente a la casa de su rival, se percató que éste no se descubrió la cabeza ante el difunto, ni realizó ningún ademán de condolencias. Para librarse de él y poder conquistar a la mujer, lo denunció (delación anónima) al santo oficio de la Inquisición, imputándole la calidad de brujo.

Procesado por el tribunal, luego de aplicarle tormentos, "confesó" haber tenido "malos pensamientos" respecto al difunto. Fue condenado como brujo a morir quemado en la hoguera, luego de ser sometido al tormento expiatorio de sus pecados. Finalmente, se ejecutó la sentencia, le cortaron la lengua, le sacaron partes de la piel con hierros candentes, para luego arrojar aceite en las llagas, le fracturaron las piernas, luego de lo cual, lo quemaron.

- 1.1 ¿Qué norma infringió el desafortunado súbdito medieval?
- 1.2 ¿Qué clase de sanción se le aplicó?
- 1.3 ¿Tuvo relación la sanción aplicada con el tipo de norma infringida?
- 1.4 ¿Tiene alguna importancia distinguir la Moral del Derecho?

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS SEGÚN VON WRIGHT²⁶

Habitualmente, como ya hemos discutido, se distinguen tres órdenes normativos que rigen la conducta humana: Las Normas de Trato Social, las Normas Morales y las Normas Jurídicas.

No obstante, esta clasificación se nos plantea con una rigidez que nos puede llevar a confusiones, dado que en realidad ella sólo es una clasificación que atiende a los distintos sentidos de la palabra "norma", que es un vocablo ambiguo. En cambio, intentaremos una clasificación omnicompreensiva de la conducta humana. El lógico finlandés Von Wright expone una clasificación de las normas por

²⁶ Nino, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág. 67.

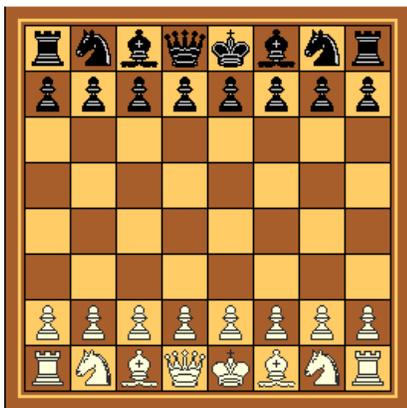
las cuales comúnmente se rige el ser humano en su dimensión social.

Distinguiremos tres tipos de normas principales y tres tipos secundarios, atendiendo a la relevancia que ellas tienen para el desenvolvimiento social del Hombre:

TIPOS PRINCIPALES	TIPOS SECUNDARIOS
1.- Normas Definitorias.	1.- Normas Ideales
2.- Normas Directivas o Técnicas.	2.- Costumbres
3.- Normas Prescriptivas	3.- Normas Morales

TIPOS PRINCIPALES

Normas Definitorias: Son aquellas reglas que determinan o definen una actividad. Ejemplo clásico de este tipo normativo son las reglas de un juego determinado, las que nos dirán qué movimientos o acciones están permitidas o prohibidas dentro del juego. Ej.: Ajedrez, Fútbol, etc.



Normas Directivas o Técnicas: Son aquellas reglas que nos indican un medio para alcanzar determinado fin. Ejemplo de ellas son las instrucciones de uso. "Si quiere encender el equipo de radio, presione el botón de la derecha".

Lo importante de destacar en ellas es que no están destinadas a dirigir la voluntad del sujeto, sino que

justamente dependen de la voluntad de éste para operar. Por ello, su formulación debe ser hipotética "Si quiere...".

Normas Prescriptivas: Las prescripciones justamente pretenden dirigir el comportamiento de otro, induciéndolo a que adopte un determinado curso de acción. Pero no toda prescripción es una norma. Para que lo sea, requiere de ciertos elementos característicos que veremos a continuación. En general, mediante una prescripción podemos construir acciones lingüísticas tan variadas como: suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconsejar, pedir, reclamar, indicar, ordenar, mandar, imponer, etc. Por ejemplo, si yo digo "No haga eso", dependerá del contexto para determinar a cual de las antedichas proposiciones lingüísticas corresponde mi expresión.

Para que una prescripción sea una norma, se requiere:

- a) Que emane de la voluntad del emisor de la Norma: AUTORIDAD NORMATIVA.
- b) Que esté destinada a un agente: SUJETO NORMATIVO.
- c) Que sea PROMULGADA por la autoridad.
- d) Que sea respaldada por una amenaza de castigo: SANCIÓN.



TIPOS SECUNDARIOS

Normas Ideales: Son aquellas que establecen patrones o modelos de conducta a seguir. Mencionan virtudes características dentro de una clase. A estas corresponderían las que nos indican qué es un buen estudiante, un buen abogado, un buen ladrón, etc. Ejemplo: El Código de Ética Profesional de Abogados.

Normas Consuetudinarias o Costumbres: Son hábitos, que exigen regularidad de la conducta de los individuos en circunstancias análogas. El carácter social de esa conducta es la que le da presión normativa. No emanan de la autoridad. Según Savigny emanan del "espíritu del pueblo".

En este sentido podemos decir que son prescripciones anónimas, en tanto el carácter compulsivo se lo otorga la crítica y sanciones de la sociedad. No cualquier hábito es una costumbre. Si dicho hábito se realiza con la conciencia colectiva de responder a una necesidad jurídica (*opinio iuris*) decimos que ella es una "costumbre jurídica", por cuanto es una forma de expresión de normas jurídicas. Ejemplo: Costumbre de pagar la renta de arrendamiento dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Normas Morales: Son aquéllas que tienden a influir la conducta humana de acuerdo a valores trascendentes o a imperativos de realización de fines determinados. Son difíciles de identificar, por cuanto tal identificación dependerá del punto de vista ético que asumamos. Si asumimos una concepción teológica, diremos que las normas morales son normas emanadas de la autoridad, en este caso de la autoridad divina. Si asumimos una concepción teleológica, diremos que son una especie de regla técnica que indica el camino para obtener un fin determinado: la felicidad del individuo o la felicidad de la sociedad.

Varias de estas clases de normas son relevantes para el derecho. Podemos afirmar que muchas normas jurídicas son consuetudinarias (Derecho comercial, Derecho Internacional); o que muchas de ellas son determinativas (normas que definen palabras o normas que definen una institución, Ej.: artículo 25 y 102 del Código Civil). Hay reglas técnicas que son normas jurídicas, como las que le daría a usted a un cliente para celebrar un contrato válido. Por último, si usted asume una posición iusnaturalista muchas normas jurídicas tendrán para usted el carácter de normas morales.

No obstante, las normas jurídicas que son prescripciones ocupan un lugar preponderante dentro del Derecho, en la medida en que imponen un determinado comportamiento a los sujetos, respaldadas por la autoridad y con la garantía de una sanción.



EJERCICIOS

¿Qué clases de normas expresan las siguientes oraciones?

1. Se contará un gol cuando la pelota entre al arco.
2. Si se desea transferir el dominio de un inmueble, debe hacérselo por inscripción de la escritura respectiva en el Conservador de Bienes Raíces.
3. Un asesinato perfecto requiere hacer desaparecer el cadáver de la víctima.
4. Si usted desea adelgazar, debe hacer una dieta.
5. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.
6. El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo.
7. El que mate a otro, será castigado con presidio mayor.

ELEMENTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS QUE SON PRESCRIPCIONES²⁷

Ellos son: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto, ocasión, promulgación y sanción. Los primeros tres elementos constituyen el denominado “núcleo normativo”. Ese núcleo normativo es el que analizaremos ahora:

1.- **Carácter:** el carácter de la norma dependerá de si la norma está dada para que algo DEBA, NO DEBA o PUEDA hacerse. Así, la norma tendrá un carácter imperativo si contiene una obligación; prohibitivo, si contiene una prohibición; y permisivo o dispositivo, si su contenido es permitir la realización de algo.

Obligatorio y prohibido son caracteres deónticos interdefinibles. Decir que una conducta está prohibida equivale a afirmar que su opuesta es obligatoria. Si una conducta es obligatoria, su contraria está prohibida.

2.- **Contenido:** el contenido está determinado por las acciones o actividades que la norma declara prohibidas, obligatorias o permitidas.

Entre las acciones podemos a modo de ejemplo mencionar: matar, insultar, pagar, reír, etc. Entre las actividades: fumar, caminar sobre el césped, hacer propaganda política, etc.

Recordemos el concepto de acción que hemos analizado: “Acto humano exterior evitable (E. Bacigalupo).” Recordemos también que las acciones pueden ser positivas o negativas. Esto quiere decir que la acción puede ejecutarse por omisión. Ejemplo: Salvavidas que no actúa ante un bañista que se ahoga; madre que no amamanta al niño.

3.- **Condición de aplicación:** Es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de la norma. De acuerdo a la condición de aplicación, podemos clasificar a las normas jurídicas en categóricas e hipotéticas.

Categóricas: aquellas normas que sólo suponen las condiciones para que haya oportunidad de realizar su contenido. Ejemplo: “Cierre la puerta” (sus condiciones de aplicación se infieren de su contenido: que haya una puerta, y que ésta esté abierta).

Hipotéticas: además de condiciones de aplicación, prevén condiciones adicionales que no se infieren de su contenido. Ejemplo: “Si llueve, cierre la puerta”. Para ser hipotética, la norma debe establecer condiciones, no para la realización de la acción, sino para que esa realización pueda calificarse de prohibida, permitida u ordenada. Ejemplo: “El que mate a otro, será castigado con presidio”, que es lo mismo que decir “Si alguien mata a otro, será castigado...”.

4.- **Autoridad:** Se refiere al agente que emite la norma o la dicta. Pueden distinguirse de acuerdo a la autoridad, normas autónomas y normas heterónomas, siendo estas últimas las que un agente da a otro, y las primeras las que el agente se da a sí mismo. Son autónomas cuando la autoridad y el sujeto normativo coinciden en la misma persona.

5.- **Sujeto Normativo:** Es el agente destinatario de la prescripción. Pueden ser particulares o generales, según la norma esté destinada a un sujeto o a unos pocos, y a muchos o todos, respectivamente.

6.- **Ocasión:** Es la localización temporal o espacial en que debe cumplirse la prescripción. Ejemplo: “No fumar dentro de la sala”.

7.- **Promulgación:** Es la formulación de la prescripción. Consiste en expresarla por medio de símbolos para que el destinatario pueda conocerla. Habitualmente será por escrito. Ejemplo: Puede ser por la publicación de símbolos convencionalmente aceptados en la vía pública, como ocurre con los signos del tránsito: “Pare”, “Ceda el Paso”, etc.

8.- **Sanción:** Es la amenaza de un daño que la autoridad agrega para el caso de incumplimiento del contenido de la prescripción.

EJERCICIOS

1.- Transforme la siguiente norma en una que tenga carácter prohibitivo:

“Los testigos, en un testamento solemne, otorgado en Chile, deben ser: mayores de 18 años, plenamente capaces, chilenos o extranjeros domiciliados en Chile”.

²⁷ Nino, Carlos Santiago. Op. Cit. Pág. 70

2.- Clasifique las siguientes normas, de acuerdo a su condición de aplicación:

2.1 "Entre sin golpear".

2.2 "Si no se cumple el contrato, el contratante diligente podrá solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del mismo, con indemnización de perjuicios".

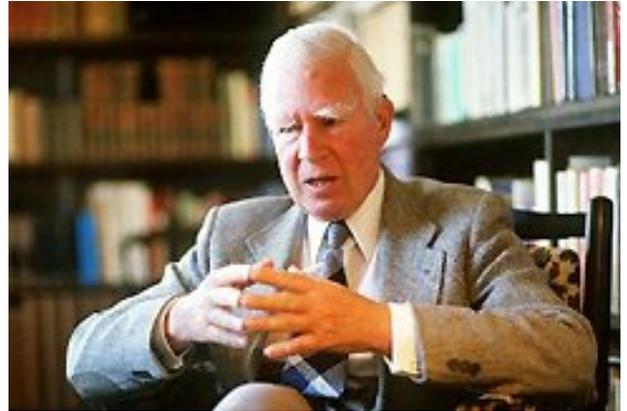
2.3 "No pisar el césped".

2.4 "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

2.5 "La acción de calumnia o injuria prescribe en un año".

2.6 "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas".

2.7 "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas".



Henrik von Wrighth



CAPÍTULO CUARTO

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

Para describir el sistema jurídico se utilizan conceptos básicos, que se denominan así, porque sirven como base teórica para la construcción de muchos otros, que son aplicables y se utilizan en las distintas ramas del derecho.

El derecho es uno solo. Pero si lo observamos y analizamos como objeto de estudio, encontramos que se organiza en diferentes disciplinas, según el ámbito de preocupación que tenga una normativa específica.

La distinción básica es entre Derecho Público y Derecho Privado.

El ámbito de preocupación del **Derecho Público**, básicamente está constituido por las implicancias jurídicas de la teoría del Estado, su organización, las relaciones del Estado (o administración) y los particulares, y la teoría de los derechos humanos.

Entre las ramas del derecho público podemos mencionar al derecho político, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público.

El ámbito de preocupación del **Derecho Privado**, en cambio, apunta a las relaciones jurídicas de los particulares entre sí.

Podemos mencionar entre las ramas del derecho privado al derecho civil, el derecho mercantil o comercial, el derecho internacional privado.

Existen otras ramas del derecho, muy relevantes, que no obstante regular relaciones entre privados, encierran una preocupación de orden público, vale decir, bienes jurídicos que le interesa tutelar a la sociedad toda en su conjunto. Estas ramas se denominan derecho privado de **orden público**, ya que norman situaciones en que los particulares no pueden regular a su arbitrio. Podemos mencionar en esta clasificación al derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social, gran parte del derecho económico y financiero, e incluso al derecho penal (algunos señalan que es derecho público, pero es discutible).

Por último, una clasificación distingue entre **derecho sustantivo**, que serían las ramas que regulan materialmente un ámbito a través de

normas de conducta (derecho civil, derecho administrativo, etc.), y el **derecho adjetivo**, que estaría constituido por las normas que regulan los procedimientos de solución de conflictos de intereses de relevancia jurídica y la organización de los tribunales (derecho procesal orgánico y derecho procesal funcional).

La teoría de los conceptos básicos del derecho, pretende otorgar categorías de análisis que puedan ser comunes para la comprensión de todas estas ramas del derecho que se han descrito someramente.

El concepto de sanción

El concepto de sanción es el primer concepto básico del derecho, porque, según Hans Kelsen, es un concepto primitivo o primario, esto es, que sirve para definir otros conceptos, pero no puede ser definido por otros.



¿Cuál es la diferencia entre una detención efectuada por personal de carabineros y un secuestro?

En la respuesta a esta pregunta surgen las notas distintivas de la sanción, como concepto jurídico.

Las características de la sanción son las siguientes:

- Es un acto coercitivo, es decir, consiste en la actualización de la fuerza legítima del Estado para lograr el cumplimiento de las normas de conducta.
- consiste en la privación de un bien. Se priva a los individuos de bienes que la sociedad considera valiosos, como la libertad, la propiedad, e incluso, en algunos países, la vida.
- quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida (funcionario competente).

- d) debe ser la consecuencia de la conducta de alguien. El fundamento de la sanción es una acción o una omisión de una persona. Si esa acción u omisión es contraria a los mandatos de la norma, procede la aplicación de la sanción, como consecuencia.

Las sanciones pueden ser de muchos tipos. Las más comunes son las civiles y las penales. Las sanciones civiles generalmente se traducen en un elemento patrimonial. Las penales afectan otros bienes, principalmente la libertad. Las finalidades de las sanciones penales persiguen generalmente la retribución del daño provocado a la sociedad por el infractor, la prevención general, es decir, que su aplicación inhiba a otros de cometer delitos, y la prevención especial, vale decir, la inhabilitación del infractor para que no puede cometer otro delito (resocialización o imposibilitación).

El concepto de acto antijurídico

En la teoría tradicional, un acto merece una sanción, por ser un delito (*mala in se*), es decir, hay actos esencialmente malos o dañinos al orden jurídico. En la teoría de Kelsen, un acto es un delito cuando el orden jurídico dispone una sanción por su ejecución (*mala prohibita*), es decir, no importa si un acto es esencialmente perverso. Como sociedad podemos seleccionar, de acuerdo a una finalidad específica, cualquier acto de la vida humana e imponerle una sanción si queremos motivar la conducta opuesta.



La afirmación “determinados actos violan normas”, en consecuencia, no se puede dar en el concepto de Kelsen. La conducta cumple la condición prevista en la norma jurídica: “si alguien mata debe ser sancionado”, la conducta de matar no se opone a la

norma, cumple la condición. La violación de la norma es, en este caso, la omisión de sancionar.

Podemos definir al acto antijurídico en varias fases, dependiendo de las complejidades que el derecho nos va presentando:

1. Acto antijurídico es la condición o el antecedente de la sanción, mencionado en una norma jurídica.
2. Acto antijurídico es la conducta que, siendo condición de la sanción en una norma jurídica, está realizada por el individuo a quien se aplica la sanción.
3. Acto antijurídico es la conducta de aquella persona contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción establecida, como consecuencia, en una norma jurídica.

Los delitos pueden ser civiles o penales. El delito civil es toda *acción ilícita que causa daño a la persona o bienes de otro*. El delito penal es toda *acción típica, antijurídica y culpable*. Un delito penal, puede ser, al mismo tiempo un delito civil. Hay delitos que son solamente penales, y delitos que son solamente civiles.

Dijimos que el delito penal es toda acción típica antijurídica y culpable. Analizaremos someramente cada uno de los elementos de la definición.

- Es una acción. Esto quiere decir, que debe haber un acto humano exterior evitable.
- Debe ser típica. Esto es, que la conducta y la sanción estén descritas en la ley, con anterioridad a la comisión del delito.
- Debe ser antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico, sin justificación. Una acción típica justificada es, por ejemplo, matar a otro en legítima defensa.
- Debe ser culpable, esto es imputable a alguien (no debe ser loco o demente y debe ser mayor de 14 años para ser imputable), debe haber posibilidad de haber actuado con otra conducta conforme a derecho (no haber cometido la acción por miedo insuperable o fuerza irresistible); y debe haber conciencia de la ilicitud o conocimiento del injusto.

También hay ilícitos administrativos, constitucionales, procesales, etc.

El concepto de responsabilidad

Según Kelsen, un individuo es responsable, cuando es susceptible de ser sancionado. La responsabilidad es la aptitud jurídica para imputar consecuencias de determinados actos, propios o ajenos, a un individuo.



Clases de responsabilidad:

1. **Directa:** el individuo es directamente responsable cuando es pasible de una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo. Coinciden en una persona el que ejecutó el acto, y el sancionado (Derecho penal).
2. **Indirecta:** el individuo es indirectamente responsable, cuando es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero (Derecho civil, ejemplo: consecuencias de los actos del conductor del automóvil, se radican en el patrimonio del dueño).



3. **Subjetiva o por culpa:** se verifica cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de la conducta antijurídica (homicidio, muerte accidental; casos: golpe al hemofílico, paciente que se muere en la operación, etc.).

4. **Objetiva o por resultado:** se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente que haya querido o previsto el acto antijurídico.

El concepto de deber jurídico

¿Cuándo podemos decir que tenemos un deber?
¿Cuándo estamos, jurídicamente, obligados?

Herbert Hart se pregunta si el deber jurídico es una concepción psicológica o normativa²⁸.

- a) Cuando me siento estar obligado,
- b) Cuando sea probable que se aplique sanción, o
- c) Cuando existe una regla que permite enjuiciar la conducta.

Concluye que estamos jurídicamente obligados, solamente si podemos definir la existencia de una regla primaria de obligación que pueda hacernos enjuiciar la conducta opuesta al acto antijurídico.

Kelsen, así como relaciona el concepto de responsabilidad con el concepto de sanción, señala que el concepto de deber está relacionado con el de acto antijurídico.

El deber jurídico es la conducta *opuesta* al acto antijurídico. No la contraria, sino la opuesta. La acción contraria a la de romper algo es la de repararlo, la opuesta es la de no romperlo.

La estructura lógica de la norma jurídica, para Kelsen, se presenta como un juicio hipotético:

Ejemplo: "el que mate a otro será sancionado con cárcel" La descripción del acto antijurídico está dado por la expresión "el que mate a otro". Sabemos que está sancionada dicha conducta con la privación de la libertad. A esta parte de la norma, que se expresa en ese enunciado normativo, Kelsen lo llama "norma primaria"; la conducta opuesta al acto antijurídico, en consecuencia, es "no matar". No matar, en el ejemplo entonces, es el deber jurídico. No hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta. El deber jurídico no está expreso, sino que se colige de la norma primaria. Por eso, Kelsen llama a la norma de conducta o deber jurídico "norma secundaria". Esa sanción que se expresa en la norma primaria, debe estar prevista en una norma válida.

²⁸ Hart, H. L. A. "El Concepto de Derecho".

Los Conceptos de Capacidad Jurídica y Competencia

La Capacidad Jurídica

La capacidad jurídica es una aptitud legal que les permite a las personas ser titulares de derechos, participar en el mundo de las relaciones jurídicas, constituir las, hacerse responsables de sus actos y beneficiarse de los bienes jurídicos. La regla general es que todas las personas posean dicha aptitud. Sin embargo, para proteger a ciertas personas, la ley limita cierta parte de la capacidad en algunos casos, que es la capacidad de ejercicio.

La capacidad, en consecuencia, se clasifica en:

- La capacidad de goce (es un atributo de la personalidad), también llamada *capacidad de derecho*. Es la aptitud de todo sujeto de derecho para adquirir derechos y contraer obligaciones jurídicas.
- La capacidad de ejercicio, también llamada *capacidad de hecho*, es la aptitud de un sujeto para *ejercer por sí* los derechos de que es titular y para cumplir con las obligaciones que le correspondan.

La Competencia

Las personas, como veremos luego, pueden ser naturales o jurídicas. A su vez, las personas jurídicas, que son entes ficticios, pueden ser de derecho privado o de derecho público. Estas últimas entidades, las personas jurídicas de derecho público, que existen para prestar servicio a la comunidad, actúan no en virtud de la capacidad, sino que poseen "competencia".

Es la esfera de atribuciones que cada *órgano* o *autoridad* posee para el cumplimiento de sus fines específicos.

Su actuación es *válida* sólo dentro del ámbito de dicha esfera de atribuciones. Es, en suma, una autorización para dictar ciertas normas. También podemos denominarla *potestad jurídica* (que es un derecho - deber).

Debemos distinguir, entonces, entre la "persona" y el "órgano o autoridad": las personas tienen *capacidad*, los órganos y autoridades, tienen *competencia*.

La Relación Jurídica: Concepto y Elementos

1.- Concepto:

Podemos definir a la relación jurídica como un vínculo, surgido de la realización de un supuesto normativo, entre dos o más sujetos, uno de los cuales se denomina "sujeto activo" frente al otro, llamado "sujeto pasivo", quien debe realizar una prestación determinada.

Esta relación se llama jurídica en tanto tiene por contenido una relación social que el ordenamiento jurídico hace relevante, dada su necesidad de tutela jurídica (por ejemplo, la relación entre comprador y vendedor). Así, la relación jurídica queda diferenciada de las simples relaciones humanas, las cuales pueden llamarse extrajurídicas (por ejemplo, relaciones de amistad).

2.- Estructura:

Según algunos autores, la relación jurídica es la estructura material o sustantiva de la norma jurídica, en contraposición a la estructura lógica de la norma, por tanto, su estudio debe hacerse a propósito de la teoría de la norma jurídica. Para nosotros es el objeto de la norma jurídica y requiere un tratamiento sistemáticamente separado de ella, pues como ya se dijo, también es posible ubicar sistemáticamente a la relación jurídica en la estructura lógica.

Esta relación se expresa así: "Dado un hecho con su determinación temporal debe ser la prestación por un sujeto obligado (sujeto pasivo) frente a un sujeto pretensor (sujeto activo).

Ej.: dado un préstamo de dinero a plazo, debe ser la restitución del dinero dentro de dicho plazo, por el deudor (sujeto pasivo) al prestamista (sujeto activo).

3.- Elementos:

a).- Una norma jurídica positiva. Para que exista relación jurídica debe existir esta norma, pues sin ella no existiría una relación jurídica propiamente tal, o sea la tutelada por el ordenamiento jurídico. Sin ella, un hecho no podría jamás dar margen a una relación de carácter jurídico.

b).- Dos o más sujetos de derecho, ya sean personas naturales o personas jurídicas. No puede jamás existir una relación jurídica entre personas y cosas (animales, por ejemplo). Frente a estos dos sujetos de derecho o partes, están los sujetos de derecho que no forman parte de la relación jurídica, ni en calidad de sujeto activo ni pasivo, pero que algún grado de intervención tienen en ella, y se denominan terceros.

c).- Un hecho jurídico como hipótesis o supuesto de la norma, o sea, el hecho o conjunto de hechos a cuya realización la norma asocia con una determinada consecuencia jurídica. Recibe también el nombre de antecedente jurídico o hecho condicionante.

Las condiciones que debe reunir este hecho condicionante para ser tal son:

1º Debe ser un hecho jurídico, esto es, debe ser un hecho que produzca consecuencias jurídicas y es tal cuando la norma jurídica lo indica.

2º Este hecho condicionante puede ser un hecho de la naturaleza (el hecho de nacer) o un hecho del hombre, sin distinguir en estos últimos si son o no con la intención de producir efectos jurídicos (un contrato, un delito).

3º El hecho condicionante admite tanto los sucesos de la realidad como los llamados estados, situaciones o calidades, esto es, circunstancias dadas en la realidad con cierta permanencia y ya calificadas jurídicamente con otras normas (ej.: estado civil de "hijo"; situación de insolvencia, que puede llevar a la "quiebra"; calidad de "deudor" o de obligado).

4º El hecho condicionante puede ser simple o complejo, atendiendo a si forman parte de él una o muchas circunstancias

d).- Generalmente, una correlatividad entre derecho y deber, o sea que, mientras una parte tiene la facultad de exigir algo, la otra tiene la obligación de cumplir dicha exigencia. En síntesis, el sujeto activo es titular de un derecho subjetivo, y el sujeto pasivo debe cumplir con un deber jurídico, que en este caso se denomina obligación.

aa) El *derecho subjetivo* es, frente al concepto de derecho objetivo o simplemente Derecho, la facultad que tiene una parte en la relación jurídica (sujeto activo) de exigir algo de alguien (dar, hacer

o no hacer una cosa), la cual es conferida por una norma (ver el punto a), dentro de la relación jurídica. Este derecho se puede manifestar de diversas maneras: primero, como libertad, o sea, el titular puede optar entre ejecutar un determinado hecho o no; segundo, como pretensión, esto es, exigir el cumplimiento de un deber por otro sujeto; tercero, como poder jurídico, es decir, con el fin de crear derechos y obligaciones, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad y así crear relaciones jurídicas; y cuarto, como derecho a cumplir el propio deber, por parte del sujeto pasivo, el cual no se extiende más allá de lo que la relación jurídica establece.

bb) Por otra parte, *deber jurídico* se entiende como la restricción de la libertad de una persona (sujeto pasivo), derivada:

1.- del derecho subjetivo concedido al sujeto pretensor, consistente en exigir algo del sujeto pasivo y que implica la obligación de satisfacer su pretensión (caso en el cual la denominaremos simplemente "*obligación*"), o

2.- puramente de las normas jurídicas que crean deberes para el individuo, sin otorgar necesariamente los correspondientes derechos o poderes (ej.: Normas de derecho público o del derecho de familia, de las que nacen deberes, pero no los derechos subjetivos correspondientes; caso en el cual la denominaremos simplemente "*deber jurídico*").

Dos particularidades con respecto al deber jurídico:

1º El deber ser: La conducta humana -prestación- se relaciona con el supuesto básico (hecho condicionante) al cumplirse la conducta en forma perfectamente igual a lo establecido en la norma. Si esto no ocurre, dicha conducta no estará vinculada jurídicamente con la prestación. Para Kelsen, la proposición "deber ser" con la cual se define toda norma jurídica tiene una función sólo lógica, esto es, relaciona el antecedente con el consecuente, afirmando que si la hipótesis se realiza, la prestación debe ser dada por el sujeto obligado.

2º La prestación debida (debe ser p) muchas veces no es idéntica a la prestación efectiva, esto es, la que realiza efectivamente el sujeto obligado.

e).- El objeto de derecho. Este objeto puede ser una cosa o una prestación humana. Este objeto se subordina a los sujetos de derecho o partes, por su valor de utilidad. Este objeto es, para el sujeto activo, el contenido de su facultad o derecho

subjetivo; y para el sujeto pasivo, es el contenido de su deber (dar, hacer o no hacer respecto del objeto de la relación).

f).- La consecuencia jurídica, garantía de la relación jurídica. Será una sanción la cual se aplica al sujeto pasivo, cuando éste no cumple su obligación. Se discute la ubicación sistemática de la sanción. Para algunos, debe tratarse exclusivamente en la teoría de la norma jurídica (Kelsen nos dice que no hay norma jurídica sin sanción). Para otros, que plantean que puede haber norma jurídica sin sanción (Hart, Raz), la sanción debe tratarse a propósito de la teoría de la relación jurídica, como una posible *consecuencia jurídica* del incumplimiento de la prestación.

Entre nosotros, Agustín Squella, siguiendo a Antonio Bascañán Valdés, prefiere hablar de consecuencia jurídica, distinguiendo entre consecuencia jurídica de coincidencia con la prestación y consecuencia jurídica de no coincidencia con la prestación.

Ej.: *Dado un contrato de compraventa, debe ser la entrega de la cosa por el vendedor y la entrega del precio por el comprador.*

Si no se verifica la entrega de la cosa por el vendedor, y el comprador ha entregado o está llano a entregar el precio, puede el comprador solicitar al Estado (tribunal civil) que se compela a través de la fuerza al vendedor, para que entregue la cosa. La consecuencia jurídica en este caso sería *de coincidencia con la prestación*, ya que la prestación era la entrega de la cosa.

Si no se verifica la entrega de la cosa por el vendedor, y el comprador ha entregado o está llano a entregar el precio, puede el comprador solicitar al Estado (tribunal civil) que “decrete” o “declare” la *resolución* del contrato de compraventa que se celebró (es decir, que se deje sin efecto). La consecuencia jurídica del incumplimiento, en este último caso, sería *de no coincidencia con la prestación*, ya que dejar sin efecto el contrato no coincide con “lo debido”.

Sostenemos que el tratamiento sistemático de la consecuencia jurídica, que puede ser una sanción, la creación de una relación jurídica, un estado, una situación, etc. debe ubicarse en la teoría de la Norma Jurídica, como uno de sus elementos.

En este sentido, creemos que es mejor hablar de consecuencia jurídica de la norma, que de

consecuencia de la relación jurídica. Asimismo, preferimos hablar, genéricamente de consecuencia jurídica que de sanción, primero, porque no toda consecuencia jurídica es una sanción coactiva. Segundo, porque pensamos, asimismo, que hay normas jurídicas sin sanción, que crean relaciones de derecho, sin respaldo o amenaza coactiva (piénsese en las normas que regulan la adquisición de la nacionalidad o la ciudadanía, artículos 10 y 11 de la Constitución chilena; o en las normas internacionales que establecen derechos humanos, ej.: Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Un intento de sistematización de la consecuencia jurídica: La norma jurídica al plantear un supuesto, establece, crea o da origen a una relación jurídica *inmediata* y puede dar origen a una relación jurídica *mediata*. En el ejemplo del contrato de compraventa, la norma (contenida en la ley y el contrato) crea una relación jurídica *inmediata*: el vendedor está obligado a entregar la cosa, y el comprador (que ha entregado o está llano a entregar el precio), tiene el derecho a exigir la entrega (*endonorma* o *norma secundaria*). Se acarrea una *consecuencia jurídica inmediata*: el derecho a exigir la entrega espontánea respecto del deudor cumplidor.

Pero la norma (contenida en la ley y el contrato) también ha creado una relación jurídica *mediata*: la que surgirá en caso de incumplimiento (mediatizada por el incumplimiento): el derecho del comprador a exigir la entrega compeliendo por la fuerza estatal al deudor renuente a cumplir (en este caso el vendedor incumplidor), o el derecho a exigir la resolución del contrato. Llamaremos *consecuencia jurídica mediata* al surgimiento de la nueva relación jurídica, luego del incumplimiento de la obligación de la relación jurídica inmediata.

No obstante nuestra posición, y en atención a un imperativo didáctico, trataremos el problema de la consecuencia jurídica y la sanción luego de analizar separadamente los elementos de la relación jurídica.

Los Sujetos de Derecho

1.- CONCEPTO

Por su relación con el concepto jurídico, nos referiremos al origen etimológico de la palabra “*persona*”. Proviene del griego, quiere decir *máscara*. Los actores de teatro en la Grecia clásica, utilizaban máscaras para *representar* a sus personajes. Los

romanos llamaron más tarde al sonido que salía de la boca de la máscara del actor *per sonare*, cuya traducción podríamos aproximar como *resonancia* (*sonar a través de algo*).

Al igual que la máscara (persona) les servía a los actores griegos para *actuar* en el teatro, representando a sus personajes, la *persona* es el concepto jurídico que permite a los individuos y corporaciones *actuar* en el mundo del derecho, como *partes* de una relación jurídica.

Debemos distinguir, entonces, del concepto jurídico, un concepto moral o ético de persona, al que nos referimos *habitualmente*²⁹ como aquella entidad dotada de inteligencia y voluntad libre, ser dotado de voluntad y razón, capaz de proponerse fines libremente y encontrar los medios para realizarlos. En suma, el ser humano, mujeres y hombres cuyo atributo distintivo principal e inalienable es su *dignidad*, la que los hace acreedores de igualdad (dignos de igual trato, consideración y respeto, como diría R. Dworkin) y libertad, positiva y negativa (como señalaría I. Berlin), fuentes de todos sus *derechos humanos*.

El concepto jurídico de persona es menos pretencioso y más pedestre, ya que, como se dijo, es un concepto auxiliar que nos permite establecer, describir y entender una relación jurídica. Necesaria resulta esta aclaración para que no produzca impacto la siguiente afirmación: *no todo ser humano es persona; ni toda persona es un ser humano*.

En efecto, podríamos afirmar que un embrión es un ser humano (dependiente, en gestación, etc., pero un ser humano al fin). No obstante ello, carece de la calidad de persona, ya que se es persona sólo desde el nacimiento (art. 74 del Código Civil). Asimismo, una sociedad, por ejemplo: *"Fuentealba & Asociados, Ltda. Abogados"*, es una persona, distinta de los socios individualmente considerados, y no es un ser humano, sino una entidad *moral* o ficticia.

Desde el punto de vista jurídico, *persona* o sujeto de derecho es todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones jurídicas.

²⁹ Decimos "habitualmente", ya que no por el hecho de carecer de razón o voluntad libre (dementes, niños, etc.) se deja de ser persona humana. Es por ello que lo característico del género humano es su *dignidad inherente*, tema que analizaremos más adelante al tratar los derechos humanos.

Clasificación de los Sujetos de Derecho

De acuerdo a lo expuesto, especialmente atendiendo a si la persona es un individuo de la especie humana o un ente ficticio o corporación, o visto de otro modo, si está formada por uno o muchos individuos, podemos clasificarlos en "persona natural" y "persona jurídica". A su vez, las personas jurídicas pueden clasificarse, de acuerdo a los fines (u *objeto*) que persiguen, en personas con fines de lucro o personas sin fines de lucro. Por último, atendiendo al área del mundo jurídico en que se desenvuelvan, pueden clasificarse en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

Las Personas Naturales

La definición de don Andrés Bello, en el artículo 55 del Código civil nos parece apropiada. Es todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Pese a que la nomenclatura del siglo XIX ("estirpe", por ejemplo) nos puede confundir, lo que quiere decir el artículo 55 del Código Civil es que jurídicamente todos los individuos participan de una igualdad esencial ante la ley. En suma, se es persona natural, se reconoce por el Estado la personalidad jurídica del individuo, por el hecho de pertenecer a "*la especie humana*", siendo irrelevantes para el Derecho las desigualdades provenientes de la edad (mayores o menores), el sexo (más propiamente *género* en cuanto sexo cultural y psicológicamente construido: masculino, femenino, transgénero, etc.), la *estirpe* (lo hoy denominaríamos la ascendencia familiar, nobleza, etc.³⁰) o la condición (origen o status social, étnico, económico, etc.).

Tan importante se ha considerado este concepto en la actualidad que la personalidad jurídica es un derecho reconocido como *derecho humano* en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles

³⁰ En la época de Bello, había que reafirmar a través del derecho, el cambio cultural producido a partir de 1810, en que se reemplaza un sistema monárquico (la corona española) por uno republicano. Recordemos que O'Higgins había abolido los títulos de nobleza y escudos de armas, lo que se llamaba la "*estirpe*" de una persona.

y Políticos de 1966, ambos instrumentos firmados y ratificados por Chile.

Principio y Fin de la Existencia Legal de la Persona Natural

En general, a diferencia de las personas jurídicas, cuyo origen y fin se verifica por *actos jurídicos*, el principio y fin de la existencia legal de la persona individual se verifica por la realización de *hechos jurídicos*.

Acto jurídico es una manifestación de voluntad de un sujeto, realizada con la intención de producir efectos jurídicos, previstos en una norma de derecho y deseados por el autor del acto (Ej.: un contrato de arrendamiento).

Hecho jurídico es un acontecimiento de la naturaleza o de la voluntad humana, que produce efectos jurídicos previstos en una norma, pero que no necesariamente van a ser previstos o queridos por el sujeto que intervenga en ellos (Ej.: el nacimiento, un delito de homicidio, el transcurso del tiempo, el cumplir 65 años, etc.)

Principio de la existencia legal de la persona natural. La persona natural comienza su existencia legal con el *hecho jurídico* del nacimiento. El nacimiento es un hecho jurídico complejo, que consiste en la separación completa del “producto de la concepción” respecto de su madre, y haber sobrevivido a la separación un momento siquiera. El artículo 74 del Código Civil así lo define.

Tal como reza el inciso segundo de dicho artículo, *“la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”*.

Requisitos para la existencia legal de la persona:

- 1.- Separación completa de la madre.
- 2.- Haber sobrevivido a la separación *un momento siquiera*.

Si no se verifican ambos requisitos copulativamente, el Derecho entiende que jamás hubo una persona.

Fin de la existencia legal de la persona natural. A diferencia del nacimiento, la muerte no está definida en la ley. De acuerdo al propio Código Civil debemos entender la palabra muerte de acuerdo a su sentido “natural y obvio” (artículo 20). El artículo 78 del Código Civil nos dice que *“la persona termina en la muerte natural”*.

A su vez, la muerte natural puede ser *real* o *presunta*. Será *real* cuando nos conste fehacientemente el hecho jurídico de la muerte, a través de la experiencia directa (signos positivos de la muerte; o signos negativos de vida). Será *presunta* cuando se produzca el desaparecimiento de la persona, y de acuerdo a la situación, tiempo de ausencia y circunstancias de la desaparición, sea dable presumir que no es probable que reaparezca con vida.

Muerte real:

1.- Signos positivos de muerte. Aquellos signos sensibles y observables en un cadáver, que de manera inequívoca nos indican que existe muerte: humores cadavéricos, putrefacción, *rigor mortis*, manchas violáceas o *libideces*, etc.

2.- Signos negativos de vida. Aquellos que se verifican no obstante no producirse signos positivos de muerte. Ej.: Cuerpo al que se mantienen funciones fisiológicas básicas a través de ventilación mecánica. Es lo que comúnmente se llama *muerte cerebral*, o muerte clínica, la que se acredita mediante dos electroencefalogramas planos (sin ondas cerebrales), certificados por dos médicos, uno de los cuales a lo menos, debe ser neurocirujano. Esta situación es fundamental de determinar a efectos de la donación de órganos (el cuerpo humano, luego de la muerte, pasa a ser *objeto de derecho*).

Muerte presunta:

Se declara por sentencia judicial pronunciada por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, acreditándose previamente que se ignora el paradero del mismo, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años (arts. 80 y 81 del Código Civil).

Dentro de las etapas de la muerte presunta podemos distinguir, *grosso modo*, tres etapas:

- 1.- Mera ausencia.
- 2.- Decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido.
- 3.- Decreto de posesión definitiva.
(Artículos 80 y siguientes del Código Civil).

Las Personas Jurídicas.

El Código Civil las define como personas ficticias, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones

civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente (Artículo 545 del Código Civil).

Podemos decir que es una entidad jurídica formada por una pluralidad de personas individuales, que persigue un fin que un solo individuo no podría realizar, o cuya consecución individual sería muy difícil.

Hay teorías que ponen énfasis en la organización, otras en la voluntad plural, otras en el patrimonio en común, otras en la realidad institucional de la persona, otras en la comunidad de intereses, etc.

Principio y fin de la existencia legal de la persona jurídica

Como ya se adelantó, el inicio y fin de la existencia legal de las personas colectivas se produce por *actos jurídicos*. Será por diferentes clases de actos jurídicos según el caso. Otro elemento que hay que tener en consideración es que en Derecho *las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen*. Por lo general, entonces, la disolución de la persona jurídica colectiva se verificará del mismo modo en que se le dio origen, salvo algunas excepciones.

Personas jurídicas de derecho público: tienen su origen y su fin a través de la *Ley*. Se crean por ley; por ende, deben terminar por ley. Ej.: El Banco Central, a través de su Ley Orgánica Constitucional).

Personas jurídicas de derecho privado, con fines de lucro: son las **sociedades**. Tienen su origen y su fin en el contrato de sociedad. Ej.: Sociedad colectiva "González & Pérez", el señor González celebró con el señor Pérez el contrato de sociedad. Para ponerle fin, deben celebrar otro contrato, con las mismas formalidades y requisitos: escritura pública, inscripción, etc.).

En algunos casos, además del contrato, se requiere autorización de existencia por la autoridad administrativa (Ej.: un Banco privado, además del contrato de sociedad anónima, requiere autorización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras).

Personas colectivas de derecho privado, sin fines de lucro: son las **corporaciones** y las **fundaciones**. Requieren un acto jurídico constitutivo y una autorización de la autoridad administrativa, quien les concede la personalidad jurídica. Terminan por disolución o por cancelación de dicha personalidad jurídica por la autoridad administrativa.

Corporación: acto corporativo de constitución, redacción de estatutos y decreto supremo del

Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia.

Fundación: acto fundacional, por testamento o por acto entre vivos y decreto del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.

En general, cuando las personas jurídicas se dedican a fines de interés social, como las corporaciones o fundaciones, o las sociedades que administran capitales ajenos, del público (Bancos, A.F.P., ISAPRE, Compañías de Seguros, etc.), se requiere que el Estado, a través de la autoridad administrativa específica, autorice su existencia y las supervise. El fin u *objeto* es fundamental. Si se apartan del objeto, los actos ejecutados fuera del mismo son nulos y habilitan al Estado para cancelar su personalidad jurídica o para *intervenirlas*, porque se entiende que en esos casos existe, no obstante ser entes privados, un *interés público comprometido*.

Clasificación de las Personas

De acuerdo a si es un individuo de la especie humana o un ente ficticio corporativo:

- Personas naturales
- Personas jurídicas

De acuerdo a los fines (u objeto) que persiguen, las personas jurídicas colectivas pueden clasificarse en:

- Personas con fines de lucro (sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, anónimas cerradas, anónimas abiertas).
- Personas sin fines de lucro (fundaciones y corporaciones).

De acuerdo al área del mundo jurídico en que se desenvuelvan:

- **Personas jurídicas de derecho público**
 - Estado
 - Fisco
 - Municipalidades
 - Entes públicos autónomos (administración descentralizada del Estado).
- **Personas jurídicas de derecho privado**
 - Sociedades
 - Fundaciones
 - Corporaciones

Los Atributos de la Personalidad

La personalidad otorga al sujeto de derechos ciertos atributos, o elementos que son consustanciales a la personalidad, y que se tienen por el mero hecho de



ser persona, ya sea natural o jurídica. Los atributos de la personalidad son:

- Capacidad de Goce
- Nacionalidad
- Nombre
- Patrimonio
- Domicilio
- Estado civil (sólo personas individuales)

La Nacionalidad

Vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado determinado.

- Persona Natural: la Constitución determina quiénes son chilenos (*ius solis, ius sanguinis*)
- Persona Jurídica: criterio general, sede principal de sus negocios.

El Nombre

Designación para la identificación de un sujeto de derecho, para identificarlo y distinguirlo de los demás.

- Personas Naturales: nombre propio (de *pila*) y nombre patronímico. Nombre patronímico hace alusión a las relaciones de familia (generalmente el apellido del padre y luego el de la madre).
- Personas Jurídicas: razón social o denominación (debe, generalmente, aludir al objeto).

El Domicilio

Es la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Una persona puede tener varios domicilios. En caso de personas jurídicas, el domicilio será el que sus estatutos señalen.

El Patrimonio

Es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero, o *susceptibles de apreciación pecuniaria*.

Es una *universalidad*, es decir, un continente, no un contenido, distinta de la suma de sus derechos y obligaciones.

El patrimonio de las personas colectivas debe formarse, según el caso, por los aportes de los socios, del acto corporativo, del fundador, o de la ley, en su caso.

El Estado Civil

Es propio de las personas individuales. Es la calidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad

y que depende de sus relaciones de familia (padre, madre, hijo, hija, soltero, casado, divorciado, etc.).

Es muy importante en el derecho administrativo moderno, que establece inhabilidades para que parientes se desempeñen en la misma institución pública, bajo subordinación o dependencia (prohibición del *nepotismo*).

La Capacidad de Goce

La capacidad de goce, como ya vimos, también llamada *capacidad de derecho*, es la aptitud de todo sujeto de derecho para adquirir derechos y contraer obligaciones jurídicas.

El Concepto de Representación

La *representación* es una institución que cruza transversalmente todo el Derecho, y es en algunos casos fundamental para permitir el actuar de las personas en la vida jurídica. En el derecho constitucional, la teoría del poder democrático se funda en la representación (El Presidente de la República *representa* a la nación toda; los diputados y senadores son *representantes* del pueblo, etc.); en derecho internacional el poder ejecutivo *representa* al Estado ante la comunidad internacional; en derecho público la representación es esencial en el actuar de los diversos órganos y organismos estatales (El Fisco es *representado* extrajudicialmente por el Presidente de la República, y judicialmente, por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado; las Municipalidades son *representadas* por el Alcalde, etc.); en derecho del trabajo el empleador es *representado* por el gerente de la empresa o quien haga sus veces; en el derecho sucesorio el difunto es *representado*, luego de la muerte, por sus herederos, etc.

Como se observa, los ejemplos abundan. Demás está decir que los abogados vivimos de la representación, ya que nuestra principal fuente de sustento –la asesoría profesional en los juicios– se basa en la *representación* de los intereses de otro en el pleito.

Gracias a la representación, en el campo de la relación jurídica, pueden actuar los sujetos *incapaces* (demente, infante, menor de edad, etc.) y las personas colectivas, lo que se denomina *representación legal*. Los representantes legales son terceros que coadyuvan a la relación jurídica (el padre del niño, y a falta de este la madre, es su representante legal; el gerente, presidente,



administrador, etc. de una persona colectiva es su representante legal). La representación también puede ser convencional, es decir, puede emanar ya no de la ley, sino de la voluntad de los sujetos, a través, por ejemplo, de un contrato de *mandato con representación*.

Podemos definir la representación, según lo expuesto en el artículo 1448 del Código Civil, como una institución jurídica que consiste en que "...lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

De esta definición o exposición, podemos extraer la clasificación en representación legal (*lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por la ley para representarla*) y convencional (*lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella*).

Preguntas y Ejercicios

- 1.- Estudie los artículos 74 a 77 del Código Civil, y responda las siguientes preguntas:
 - 1.1.- Un feto porta genéticamente una enfermedad que, según los médicos, le impedirá vivir más de dos días luego del nacimiento. ¿Será persona? ¿Por qué?
 - 1.2.- Un niño sale del claustro materno, respira, llora, pero muere antes que el médico corte el *cordón umbilical*. ¿Hubo una persona?
 - 1.3.- Por alguna razón terapéutica, el obstetra determina que no se puede cortar el cordón umbilical sino una semana después del parto. ¿Cuándo hay nacimiento?
 - 1.4.- La biología moderna ha determinado que el embrión y luego el feto, nunca están unidos a la madre, sino que se encuentran unidos a los *anexos embrionarios*, que se forman luego de la anidación. Por tanto, siempre hay separación completa. ¿Cuándo hay

- nacimiento, entonces, según su opinión?
- 1.5.- De acuerdo a su fecha de nacimiento determine la fecha aproximada de su concepción, de acuerdo a la presunción del artículo 76. ¿Qué le parece esta forma de determinar la época de la concepción?
- 1.6.- Una mujer embarazada es condenada a tres años de *presidio*. Según su opinión ¿podrá empezar a cumplir la pena antes del nacimiento de su hijo?

2.- Examine la bibliografía correspondiente y los artículos 78 y siguientes del Código Civil, para responder las siguientes preguntas:

- 2.1.- ¿Qué es la muerte? ¿Cuál es el sentido *natural y obvio* de esta expresión?
- 2.2.- Hay un terremoto. Desaparecen 200 personas. ¿Hay que esperar cinco años de ausencia para pedir la declaración de muerte presunta?

3.- Se forma una corporación de médicos con el fin u *objeto* de asistir a enfermos de cáncer e investigar científicamente las causas de la enfermedad. Por decreto supremo se les otorga la personalidad jurídica. Se llama "Corporación Prosalud". Se descubre que además han estado importando, a través de la corporación, televisores, camas, sillones, computadoras y automóviles. Se sabe, además, que los médicos de esta corporación pertenecen al Partido Negro y que realizan conferencias ideológicas y culturales a sus pacientes con el fin de distraerlos de su enfermedad.

El gobierno, encabezado por el Partido Blanco, se entera de esto y procede a cancelar la personalidad jurídica de la corporación, y en atención a la nulidad de las adquisiciones, confisca todos los bienes de la corporación.

La corporación

reclama ante los tribunales por la cancelación.

1.- Usted es abogado de la Corporación. Elabore tres argumentos para decir que la corporación no se había apartado de su fin u objeto.

2.- Usted es abogado del Consejo de Defensa del Estado. Elabore tres argumentos para decir que sí había desviación del fin u objeto de la corporación.



CAPÍTULO QUINTO

LAS FUENTES DEL DERECHO

El Problema del Concepto de Fuentes del Derecho³¹

En primer lugar, cuando hablamos de fuentes del derecho, nos enfrentamos al problema de que estamos en presencia de un término ambiguo.

Jeremy Bentham entendió en concepto "fuentes del derecho" como equivalente a autoridades normativas. Es decir, la fuente del derecho era el soberano (el Rey, el parlamento, las cortes) de donde emanaba el derecho.

Friedrich von Savigny, entendió el término como equivalente a las causas del nacimiento del derecho, históricamente condicionadas.

Tradicionalmente, se ha distinguido entre fuentes materiales del derecho, y fuentes formales del derecho.

- Fuentes materiales del derecho son todos aquellos condicionantes de tipo económico, político, social, cultural, que determinan la creación o la modificación del derecho.
- Fuentes formales del derecho, en tanto, son dos cosas distintas, pero relacionadas:
 - Formas de manifestación de las normas jurídicas (ley, jurisprudencia, contratos, etc.).
 - Procedimientos de creación de las normas jurídicas (procedimiento de formación de la ley, procedimiento judicial, formalidades de la celebración de los contratos, etc.).

Para los profesores Antonio Bascañán Valdés y Antonio Bascañán Rodríguez, debemos entender el concepto de "fuente del derecho", como el modo de creación de normas jurídicas. Estos modos de creación de normas jurídicas son variados. Cambian de acuerdo a si son producto de potestades

³¹ Sobre este tema: Bascañán Valdés, Antonio; Bascañán Rodríguez, Antonio. "Los Modos de Creación de las Normas Jurídicas en el Derecho Chileno". Separata. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996.

normativas públicas, facultades normativas privadas, o bien, si operan como un acto colectivo de creación de derecho por parte de la comunidad.

Las fuentes del derecho entendidas como modos de creación de reglas jurídicas, significa en otros términos, la creación de reglas jurídicas mediante actos regulados por otras reglas jurídicas. Un complejo de reglas que *reconocen* a ciertas personas o grupos de personas, órganos o autoridades, la facultad de crear reglas y regulan el ejercicio de tal facultad: esto también se denomina "criterios procedimentales de validez de las normas jurídicas".

Para el jurista danés Alf Ross³², exponente del denominado "realismo jurídico escandinavo"³³, para comprender adecuadamente el fenómeno de la creación de las reglas en el sistema jurídico, y consecuentemente el concepto de fuente del derecho, debemos entender lo siguiente:

- Los jueces proceden en virtud de una ideología normativa común. Esto quiere decir, que reconocen ciertos elementos de las reglas para poder aplicarlas, de acuerdo a su nivel de objetivación (de concreción formal e institucional)
- Hay tres grandes tipos de fuentes del derecho, de acuerdo al mayor o menor grado en que se presenta una regla ante el juez:
 - Fuentes de objetivación completa: formulaciones de reglas revestidas de autoridad (la ley).
 - Fuentes de objetivación parcial: costumbre y precedente judicial.
 - Fuentes carentes de objetivación: la razón o tradición cultural.

De acuerdo al modelo de comprensión del realismo jurídico escandinavo, fuente del derecho es todo criterio susceptible de ser invocado ante los tribunales para justificar las premisas normativas que han de servir de fundamento a su decisión (fundamento de la sentencia judicial).

El concepto de "fuente" se refiere, en consecuencia, a la generación y cambio deliberado de reglas jurídicamente vinculantes, a través de procedimientos preestablecidos. Cumple, entonces, una función justificatoria: la decisión del juez sólo

³² Ross, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia".

³³ Ver capítulo primero.

es legítima en la medida en que se basa en premisas provenientes de determinadas fuentes.

Los Modos de Creación de Reglas en el Derecho Chileno

Atendiendo a la identidad de quienes intervienen como autoridades normativas en el procedimiento de su creación, podemos distinguir tres categorías:

- Creación de reglas jurídicas por parte del Estado (potestades normativas públicas).
- Creación de reglas jurídicas por parte de los individuos (facultades normativas privadas).
- Creación colectiva de reglas jurídicas por parte de la comunidad (derecho consuetudinario).

Potestades Normativas Públicas.

- Estas potestades se confieren a una persona en razón de un "cargo".
- Las normas creadas en su ejercicio son obligatorias para sus destinatarios, sin que sea necesario su consentimiento.
- Deben ser ejercidas en interés de la comunidad. Son un deber para el titular del cargo.
- Ninguna persona ni grupo de personas tiene otras atribuciones que las expresamente conferidas por reglas del sistema jurídico.

Facultades Normativas Privadas.

- Son reconocidas a todas las personas, por regla general.
- Las normas establecidas en ejercicio de una facultad privada sólo es por lo general obligatoria en la medida en que su destinatario haya consentido en ser obligado.
- El ejercicio de dichas facultades queda entregado al interés de cada individuo, y sin que exista un deber del individuo de ejercerla.
- Lo que los individuos reconozcan como regla es válido, salvo que aquello se encuentre expresamente prohibido.

Creación colectiva de reglas jurídicas por parte de la comunidad.

- Las reglas consuetudinarias son reglas reconocidas como jurídicamente vinculantes a pesar de no ser identificable

con precisión su autor, o el acto específico de su establecimiento.

- No son reglas creadas deliberadamente, sino reglas que surgen de modo espontáneo.

Creación de Reglas Jurídicas por parte del Estado

Existen requisitos constitucionales para la creación de reglas en ejercicio de una potestad normativa pública, los que están plasmados en el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

Señala el referido artículo: *"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale"

De acuerdo a la disposición transcrita, los presupuestos del ejercicio legítimo de estas potestades con tres:

- Investidura regular del órgano
- Competencia
- Forma legal

1.- Investidura Regular del Órgano:

- Procedimiento de elección, nombramiento o designación de una persona para ocupar determinado cargo.
- Aceptación del cargo.
- Asunción o instalación.

2.- Competencia:

- Es el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano.
- Equivale a la *materia de regulación*, es decir, determinada clase o categoría de acciones o actividades cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a dicho órgano.

Ej.: el Congreso Nacional es el órgano estatal facultado para dictar leyes. Esta es su *materia de regulación*, es decir, su *competencia*.



3.- Forma legal

- Corresponde a un procedimiento preestablecido, que permite identificar a la norma jurídica válida como su resultado.
- Existen diferentes y variados procedimientos. Su estructura y mayor o menor complejidad depende de la naturaleza de la discusión que dará origen a la norma, así como la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico.

En el derecho chileno podemos distinguir cinco grandes categorías de potestades normativas públicas:

- Potestad constituyente
- Potestad legislativa
- Potestad administrativa
- Potestades *sui generis* o de ejercicio autónomo
- Potestad jurisdiccional



En el siguiente cuadro, podemos apreciar las diversas potestades normativas públicas del derecho chileno, los órganos que son titulares de dichas potestades, y los “textos autoritativos” que contienen las normas que se dictan en el ejercicio de las mismas. Por texto autoritativo entendemos el instrumento escrito, revestido de autoridad, que contiene los enunciados normativos que van a establecer las diversas reglas obligatorias de conducta para los destinatarios de esas normas.

POTESTADES	ÓRGANOS	TEXTOS AUTORITATIVOS
Constituyente	Cámara de Diputados y Senado; Presidente de la República; ciudadanía (eventualmente)	Constitución Política de la República. Leyes de Reforma Constitucional.
Legislativa	Congreso Nacional Presidente de la República	Leyes; decretos con fuerza de ley; tratados internacionales.
Normativa Administrativa	Presidente de la República Administración Pública	Decretos Supremos, Reglamentos; Decretos, Instrucciones, Circulares
Otras potestades normativas	Entes públicos autónomos Tribunales superiores	Acuerdos, Ordenanzas, Autos Acordados.
Jurisdiccional	Tribunales de Justicia	Sentencias Judiciales (precedentes)

Creación de Reglas Jurídicas por parte de los Individuos

El fundamento de las facultades de los individuos para la creación de normas jurídicas, radica en el concepto de “autonomía de la voluntad” o “autonomía privada”, que es un principio general del derecho privado, y que determina, en reconocimiento de la facultad de auto normarse que tienen los particulares, en el ejercicio de su libertad de autorregulación. Fundamentalmente se expresa en los actos jurídicos, convenciones y contratos en general.

En el derecho privado puede hacerse todo cuanto no esté expresamente prohibido. Los particulares, en consecuencia, tienen un amplio campo de acción, que está limitado solamente cuando hay una norma prohibitiva expresa. En ausencia de prohibición, debe entenderse que hay permiso. Esto marca una diferencia muy importante con el derecho público, en que sólo puede hacerse aquello que esté expresamente permitido. La administración del Estado, los Entes Públicos Autónomos, el Congreso Nacional y los Tribunales del Justicia sólo actúan válidamente si sus respectivas normas de competencia señalan expresamente que pueden hacerlo³⁴.

El establecimiento de normas por parte de personas naturales o jurídicas se denomina “acto jurídico”, que, como veíamos en el Capítulo Tercero, es una manifestación de voluntad efectuada con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Si el acto jurídico que crea obligaciones, se denomina “contrato”. Si el acto jurídico modifica o extingue obligaciones, se denomina “convención”.

Así como la Constitución establece los presupuestos para la validez de la creación de normas jurídicas en el ejercicio de potestades normativas públicas, la creación de reglas jurídicas por parte de los individuos está sometida también a reglas que determinan la validez de dichos actos de creación de derecho. Estas reglas están en el Código Civil: el artículo 1445 de dicho texto autoritativo, señala que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario...”:

- Que sea legalmente capaz,
- Que consienta en tal declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio,
- Que recaiga sobre un objeto lícito,
- Que tenga una causa lícita.

Si estos requisitos no se verifican, el acto o contrato podrá ser declarado nulo, y ello implicará la ineficacia de las reglas creadas por los individuos en el uso de su autonomía privada.

³⁴ Esto es lo que se señala en el artículo 7° de la Constitución, y se denomina “principio de vinculación positiva de la administración al derecho”, es decir, la vinculación del Estado y los órganos públicos al derecho es “positiva”. Sólo en la medida en que expresamente se los autorice a actuar, pueden hacerlo.

Creación de Reglas Jurídicas por parte de la Comunidad

Las costumbres jurídicas consisten en la repetición constante y uniforme, generalmente por un lapso prolongado, de una serie de usos colectivos, en la convicción común que se responde a una necesidad jurídica, o que se está actuando conforme a una norma jurídica. Tiene un elemento material u objetivo, que consiste en la referida repetición constante y uniforme de conductas, y un elemento psicológico o subjetivo, que consiste en dicha convicción de cumplir una norma jurídica, o atender a una necesidad jurídica, es decir, relevante para el derecho. Este elemento psicológico o subjetivo se denomina *opinio iuris*.

Los derechos de tipo consuetudinario son propios de sociedades escasamente desarrolladas, grupos restringidos y no complejos, propios de sistemas jurídicos con bajo nivel de centralización. Las sociedades modernas han superado el derecho consuetudinario por un derecho institucionalizado de fuentes generalmente escritas y formalizadas y centralizado en la producción del derecho (Gobierno, Parlamento y Tribunales producen el derecho más relevante).

No obstante, el derecho consuetudinario es muy importante en el comercio internacional e incluso local, y es la fuente más relevante en el derecho internacional público, cuya naturaleza de escasa centralización es obvia, ante la inexistencia de órganos centralizados que produzcan normas a nivel de la comunidad internacional. Las relaciones de los Estados y de los Organismos Internacionales es paritaria (no hay órganos superiores jerárquicamente hablando), por tanto son muy incipientes las normas supranacionales que puedan regular todas sus relaciones.

El cambio de las normas consuetudinarias es espontáneo, no deliberado. Por ello, no podemos hablar de "facultad" o "potestad" de la comunidad. El sistema jurídico se limita a reconocer la validez de ciertas reglas surgidas espontáneamente, cuando su existencia puede ser posteriormente probada. La hegemonía del "derecho convencional" ha hecho retroceder al derecho consuetudinario. Es previsible que a medida que los procedimientos se centralicen, ocurra el mismo fenómeno en el derecho internacional.

Clasificación de las Fuentes del Derecho

I. Formales y Materiales

- a) **Fuentes Formales:** "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 normativos 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 creadas"³⁵. 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.
- b) **Fuentes Materiales:** son los factores de muy diversa índole –políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos, etc. –que, presentes en una sociedad dada en un 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 previstas.

II. Deliberadas y Espontáneas

- a) **Fuentes deliberadas:** aquellas en que deliberadamente se pretende dar origen a una norma jurídica. La legislación, los actos de la potestad reglamentaria, los tratados internacionales, los actos jurídicos y actos corporativos.
- b) **Fuentes espontáneas:** aquellas en que la producción de una norma jurídica es el producto de una práctica no deliberada. La costumbre jurídica.

³⁵ Squella, Agustín. "Introducción al Derecho". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. Pág. 216.

III. Democráticas y Autocráticas

- a) **Fuentes democráticas o autónomas:** aquellas en que el productor de la norma es de algún modo el mismo sujeto que debe cumplirla, como ocurre con la costumbre jurídica y los negocios o actos jurídicos.
- b) **Fuentes autocráticas o heterónomas:** 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 en la ley y la jurisprudencia de los tribunales³⁶.

IV. Generales y Particulares

- a) **Fuentes generales:** son aquellas que conducen a la producción de normas abstractas y generales como la ley.
- b) **Fuentes particulares:** producen normas concretas y singulares, como la jurisprudencia de los tribunales.

V. Formalizadas y No Formalizadas

- a) **Fuentes formalizadas:** son las que se exteriorizan en un texto autoritativo que las exprese, como la ley, la jurisprudencia y los contratos.
- b) **Fuentes no formalizadas:** no se exteriorizan en un texto que dé expresión cabal a las mismas, como ocurre con la costumbre jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

VI. Inmediatas y Mediatas

- a) **Fuentes inmediatas:** son las que producen inmediatamente o directamente normas jurídicas obligatorias, como ocurre con la ley.
- b) **Fuentes mediatas:** son aquellas cuya fuerza obligatoria viene otorgada por otra fuente formal, como ocurre con la costumbre según ley.

VII. Principales y Subsidiarias

- a) **Fuentes principales:** son aquellas que los jueces tienen siempre el deber de aplicar, como la ley.
- b) **Fuentes subsidiarias:** son aquellas a que los jueces están autorizados a recurrir en

defecto de las fuentes principales (artículo 170 del Código de Procedimiento Civil) o sólo con la finalidad de interpretar éstas, como acontece en el caso del Código Civil en su artículo 24 (espíritu general de la legislación y equidad natural).

Las Fuentes del Derecho Chileno

La constitución.

Es la norma fundamental del ordenamiento jurídico nacional. Ocupa el nivel superior de fuentes formales del derecho, regula los órganos y procedimientos de producción de las normas jurídicas que le siguen en jerarquía. Tiene supremacía sobre las restantes (existen mecanismos de control de constitucionalidad de las demás fuentes normativas). Regula las materias fundamentales para la organización del estado y los derechos fundamentales de las personas.

Toda otra norma jurídica del sistema debe adecuarse a ella. Esto se denomina principio de supremacía constitucional.

La Ley.

De acuerdo al artículo 1° del Código Civil, es *“una declaración de la voluntad soberana, que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la ley como una *“norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*.

La Constitución señala el procedimiento de formación de la ley: Iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación. Clases de leyes: interpretativas de la constitución, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, simples u ordinarias. Efectos de la ley. En cuanto al tiempo, rige para lo futuro, en cuanto al territorio, rige dentro del territorio de la República, y en cuanto a las personas, rige para todos los habitantes de la República, sean chilenos o extranjeros, residentes o transeúntes.

Pese a que formalmente no son leyes, en el derecho constitucional chileno se prevé que se puedan dictar disposiciones con fuerza de ley por el

³⁶ Squella, Agustín. Op. Cit. Pág. 219.

Presidente de la República. Por tanto, la Constitución le otorga el mismo valor de una ley a los Decretos con Fuerza de Ley, que dicta el Presidente de la República para ciertas materias, requiriéndose para ello, una ley en que el Congreso Nacional delega la potestad legislativa, por el plazo máximo de un año.

Cosa análoga ocurre con los Decretos Leyes, situación que es discutible desde la teoría constitucional, porque son propios de los regímenes de facto, y se dictan al margen de cualquier regulación constitucional, por autoridades que se sostienen en el poder por el solo uso de la fuerza.

Las sentencias judiciales o jurisprudencia judicial

El Código Civil señala que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino en las causas en que actualmente se pronuncian (artículo 3° del Código Civil). Si bien en Chile la jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria general, las sentencias de los tribunales constituyen normas jurídicas obligatorias para las partes del juicio en que se han pronunciado. Las sentencias uniformes de los tribunales superiores de justicia, si bien no obligan a los tribunales inferiores a fallar de igual modo, van configurando normas generales, formas comunes de entender, interpretar y aplicar el derecho, que constituyen verdaderos precedentes, generalmente seguidos por los tribunales inferiores cuando se han establecido con regularidad.

Los Actos Jurídicos, los Contratos y los actos corporativos

Los actos jurídicos y los actos corporativos establecen, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, normas de conducta obligatorias para los sujetos que intervienen en ellos, y son una ley para las partes, que no puede ser desconocida, salvo por mutuo disenso, o por causales legales de ineficacia.

La Costumbre Jurídica

En Chile, de acuerdo a lo señalado por el artículo 2° del código Civil, la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella. Rige la costumbre jurídica en materia civil, sólo cuando la ley expresamente determine que se aplique la costumbre. En derecho comercial la aplicación de la costumbre es más amplia, ya que el Código de Comercio acepta la costumbre en ausencia o vacío de ley. Para ello, la existencia de la

costumbre debe probarse, ya a través de tres escrituras públicas que den cuenta de la existencia de la costumbre, o bien, de dos sentencias firmes o ejecutoriadas, que dando cuenta de su existencia, hayan resuelto la controversia de acuerdo a ella.

Los Principios Generales del Derecho, la Doctrina y la Equidad Natural

Operan como fuentes supletorias, vale decir, en ausencia de ley que resuelva el conflicto de intereses de relevancia jurídica. El Código de Procedimiento Civil, cuando trata de la fundamentación de las sentencias (Art. 170), señala que el juez debe expresar las disposiciones legales, o en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales pronuncia el fallo. El Código Procesal Penal, en su artículo 342, señala que la sentencia definitiva debe contener las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

