

CAPÍTULO IV
LAS FUENTES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE
FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

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

Normas jurídicas y fuentes del derecho. Si el primer y segundo capítulo nos condujeron a la conclusión de que el derecho es una realidad normativa, esto es, algo que consiste en normas, o que tiene que ver preferentemente con normas, el presente capítulo, en cuanto trata de las fuentes formales del derecho, y en particular de las fuentes formales del derecho chileno, procura dar una respuesta a la pregunta acerca de quiénes y valiéndose de cuáles métodos o procedimientos están autorizados para producir las normas jurídicas, así como para modificarlas o dejarlas sin efecto.

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

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

Diversas acepciones de la expresión “fuentes del derecho” en la literatura jurídica. Sin perjuicio de lo expresado en el acápite precedente, “fuentes del derecho” es una expresión que reconoce varias acepciones. De este modo, sólo en una de tales acepciones —la de *fuentes formales del derecho*— la aludida expresión está conectada a la pregunta de quiénes y cómo se hallan autori-

zados para producir nuevas normas o modificar o dejar sin efecto las que se encuentren actualmente vigentes.

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

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

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

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

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

En una *cuarta* acepción, “fuente del derecho” significa fundamento de validez de una norma jurídica, de modo que si la Constitución es el fundamento de validez de la ley, la Constitución es entonces una fuente del derecho. Como habrá oportunidad de explicar en el capítulo siguiente, toda norma jurídica encuentra el fundamento de su validez en otra norma jurídica del mismo ordenamiento de que se trate, aunque de jerarquía o rango superior, concretamente en aquella norma superior que regula su creación, esto es, en aquella norma

superior que establece quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para producir la norma inferior correspondiente. Por lo mismo, si la Constitución es norma superior respecto de la ley, porque es la que establece quién, cómo y dentro de qué límites se halla autorizado para producir las leyes, la Constitución es entonces la *fuerza* de la ley.

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

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

Por último, “fuente del derecho”, en el sentido ahora de *fuentes del conocimiento jurídico*, o simplemente de fuentes cognitivas, son todas aquellas manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación o importancia jurídica, tanto actuales como pretéritos, que permiten conocer el estado del derecho en un momento histórico determinado. Así, por ejemplo, una inscripción hallada junto a la tumba de un antiguo faraón egipcio es una fuente del conocimiento jurídico en la medida en que proporciona información acerca de las reglas por las que se regía entonces la sepultación de esos mandatarios. Un ejemplar de un Código antiguo y ya derogado es también una fuente cognitiva. La exposición de motivos que hace el Presidente de la República al enviar al Congreso Nacional un determinado proyecto de ley es igualmente una fuente del conocimiento jurídico. Pero un texto legal vigente en la actualidad, publicado en una recopilación de leyes, puede ser considerado del mismo modo una fuente cognitiva del derecho, puesto que permite informarse acerca de las regulaciones jurídicas introducidas por esa misma ley. Por lo mismo, en este último ejemplo la fuente de conocimiento jurídico se confunde en cierto modo con la fuente formal del derecho, entendida esta última no como método o procedimiento de creación de normas, sino como continente normativo donde es posible hallar normas jurídicas luego de que éstas han sido producidas por los órganos, autoridades o personas que corresponda.



2. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO

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

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

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

Explicación. El derecho, y en concreto las normas que constituyen cualquier ordenamiento jurídico, provienen siempre de determinados actos de producción normativa que ejecutan órganos, autoridades o personas que se encuentran autorizadas para producir tales normas. Esto quiere decir que en presencia de una norma jurídica cualquiera, o de un conjunto de éstas —por ejemplo, una ley— siempre es posible identificar a quién la produjo y situar tanto en el tiempo como en el espacio el acto o serie de actos por medio del cual tuvo lugar su producción.

Sin embargo, puestos a establecer la procedencia de una norma, podemos rastrear su origen más allá del acto formal que la produjo y de la voluntad de quien ejecutó el correspondiente acto de creación, hasta descubrir uno o más factores que influyeron en el hecho de que la norma en cuestión fuera producida y, asimismo, en el contenido de que se la dotó al momento de producirla. Así, por ejemplo, una ley que introduce un seguro contra el desempleo sobre la base de una cotización previa a la que concurren el Estado, el empleador y el propio trabajador, tiene su procedencia en el acto o conjunto de actos de tipo formal por medio de los cuales el Presidente de la República y el Congreso Nacional concurren a la formación de la ley respectiva. Sin embargo, el origen de dicha ley, más allá de la voluntad de quienes concurren a su formación,

podrá encontrarse en un hecho económico y social relevante—una alta cesantía, por ejemplo— y en la convicción socialmente compartida de que el trabajador que ha perdido su fuente de trabajo debe ser protegido mientras encuentra una nueva ocupación, sin perjuicio de que la adopción de un seguro de ese tipo está igualmente determinada por el derecho al trabajo como uno de los derechos sociales que en carácter de fundamentales se declaran en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Del mismo modo, las primeras leyes que legislaron sobre trasplantes de órganos encontraron su origen en los avances de la medicina que a partir de un determinado momento permitieron la práctica exitosa de esa terapia quirúrgica. La llamada Ley de Reconstrucción, aprobada en Chile en el primer semestre de 2010, tuvo su origen en un hecho de la naturaleza: el sismo y maremoto que afectó a la zona centro sur del país el 27 de febrero de 2010.

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

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

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

Del mismo modo, y si bien se habla, de manera indistinta, de *creación* y de *producción* de normas jurídicas, lo que ocurre propiamente cuando un órgano,

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

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

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

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

En cuanto a la división del trabajo intelectual por lo que respecta a esas dos perspectivas, acostumbra admitirse que la primera corresponde a la Filosofía

del Derecho y la segunda a la Sociología Jurídica. De este modo, serían los filósofos del derecho quienes estarían interesados en hallar una respuesta a la pregunta que se formula a propósito de la primera de las perspectivas, en tanto que los sociólogos del derecho serían los interesados en dar respuesta a las interrogantes que se plantean a partir de la segunda de las perspectivas.

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

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

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

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

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

Sin embargo, la conquista y la subyugación desde afuera no han sido los únicos medios de implantar Estados y gobiernos, puesto que en muchos casos esos dos fenómenos han surgido desde dentro, es decir, de la revolución, como

es el caso de los Estados Unidos, que deben su independencia y su forma de gobierno a una lucha revolucionaria contra Inglaterra.

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

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

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

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

Un ejemplo del primer tipo es el de la Ley de las Doce Tabas, en Roma, por medio de la cual se puso término a una larga lucha que por la igualdad política sostuvieron los plebeyos en contra de los patricios gobernantes. Como narra el propio Bodenheimer, en los primeros tiempos de la República los magistrados que aplicaban el derecho, así como los jueces de hecho, eran

elegidos exclusivamente de entre los patricios, quienes no estaban limitados por ninguna ley escrita. Sus sacerdotes, los *pontífices*, pusieron por escrito las normas jurídicas más importantes y ocultaron los correspondientes documentos, a raíz de lo cual el derecho era algo prácticamente desconocido para el común del pueblo, con todo el riesgo de parcialidad que ello entrañaba. En consecuencia, los plebeyos pidieron una codificación del derecho consuetudinario, hasta que el año 462 a. de C. un tribuno, Terentilo Cersa, propuso que se eligiesen cinco hombres que redactasen un código de leyes que obligaran a los magistrados en el ejercicio de sus funciones judiciales. Los patricios se opusieron a dicha proposición y durante 8 años consiguieron retrasar la ejecución del proyecto, hasta que finalmente fueron obligados a ceder. El nuevo código se grabó en doce planchas de bronce que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran leerlas. Así, concluye el autor, “de la lucha política entre dos clases de un pueblo nació la primera gran codificación del Derecho Romano que habría de tener una enorme importancia para el desarrollo de aquél en los siglos posteriores”.

Del mismo modo, y tal como fue señalado en el capítulo anterior a propósito de la historia de los derechos humanos, la Carta Magna inglesa de 1215 fue el resultado de una lucha política entre el Rey y la nobleza feudal, apoyada esta última por eclesiásticos y mercaderes. Como se sabe, las fuerzas contrarias a la corona formaron un ejército y el Rey, que no fue capaz de hacerles frente, se vio obligado a ceder y a firmar el acuerdo exigido por los barones feudales, y que habría de transformarse en la base del futuro derecho constitucional de Inglaterra.

Contemporáneamente, y siguiendo con los ejemplos de normas constitucionales que deben su origen al acuerdo por medio del cual fuerzas políticas opuestas ponen término a un estado de enfrentamiento, cabe mencionar las llamadas garantías constitucionales aprobadas por el Congreso chileno luego de la elección presidencial de 1970, la Constitución española de 1978 –producto del llamado Pacto de la Moncloa–, y las reformas que se introdujeron a la Constitución chilena de 1980 luego del plebiscito de 1988.

En cuanto al derecho como autolimitación de los gobernantes, es menester señalar que aquél se origina a veces en actos de autorrestricción de un gobernante o de una oligarquía gobernante poderosa, aunque no es condición necesaria de tales actos un motivo propiamente altruista o humanitario. “Puede ser una acción dictada meramente por la voluntad de propia conservación,

por la ambición, por el miedo al descontento y a la revolución o porque el gobernante se haya dado cuenta de que al transformar el poder arbitrario en derecho puede darle una base más amplia y duradera". Así, el código más antiguo que se conoce —el de Hamurabi— fue promulgado por un autócrata que reinó en la antigua Babilonia hasta el año 2100 a. de C. Por su parte, y aunque se trató de un cuerpo legal de derecho privado —porque un autócrata, si bien puede ser un creador en el ámbito del derecho privado, “las condiciones mismas de su régimen le impedirán normalmente convertirse en campeón del derecho público”—, cabe mencionar también a este respecto el Código Civil francés de 1804, mandado a redactar por Napoleón.

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

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

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

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

En un sentido más general que el del ejemplo anterior, la teoría marxista del derecho, criticada, entre otros, por Stammler y por Kelsen, postula que el derecho no es más que uno de los elementos de la superestructura que se erige

sobre las relaciones de producción que tiene una sociedad en un momento dado. En una versión más atenuada, el materialismo histórico afirma que los factores de orden económico no ejercen una influencia exclusiva, aunque sí preponderante y decisiva en el curso de la historia y en la evolución del derecho.

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

3. LAS FUENTES FORMALES

Concepto. Identificación. Clasificación.

Concepto. Por fuentes formales del derecho se entienden los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que tienen competencia para producir normas jurídicas, competencia que les es otorgada por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creadas.

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

Tras los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas hay alguien autorizado para producirlas, y ese alguien es a veces un órgano colegiado (el Congreso Nacional en el caso de la ley), una autoridad unipersonal (el Presidente de la República en el caso de los decretos supremos), una fuerza social (la comunidad jurídica en el caso de la costumbre jurídica), o

uno o más sujetos de derecho (como en el caso de los actos jurídicos y de los contratos). Sin embargo, el lenguaje a este respecto podría ser uniformado, y, salvo el caso de la fuerza social que actúa como productora de las normas del derecho consuetudinario, todos quienes producen y aplican derecho podrían ser llamados “órganos jurídicos”. Algunos de estos órganos actúan como autoridades normativas, tales como el Poder Legislativo, por ejemplo, y otros no, como es el caso de los propios sujetos de derecho respecto del derecho que producen las autoridades normativas, quienes tienen reservado un ámbito propio de creación jurídica que llevan a cabo por medio de actos jurídicos y actos corporativos en general, en especial contratos.

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

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

Tal como se lee en un material de trabajo para el Curso de Introducción al Derecho preparado por Jorge Correa, Marcelo Montero y Carlos Peña, todo ordenamiento jurídico es *autogenerativo*, en cuanto establece con claridad los modos de producción de los elementos que lo componen. Ahora bien, ¿cómo regula el ordenamiento jurídico la manera como deben crearse sus normas? “Esta regulación la hace el ordenamiento jurídico atribuyendo a ciertos actos provenientes de ciertos sujetos la capacidad para crear normas jurídicas. De esta forma, todo ordenamiento jurídico efectúa, a lo menos, las siguientes tres cosas: *dota* a ciertos sujetos—personas, autoridades o fuerzas sociales— de

la *capacidad* para producir normas jurídicas; *instituye* ciertos actos específicos de esos sujetos como actos creadores de derecho, estableciendo un cierto *procedimiento* en conformidad al cual han de ser llevado a cabo los mismos; y *establece*, por lo común, un cierto continente donde las normas así creadas van a exteriorizarse”.

Las precedentes constataciones a propósito del concepto de fuentes formales del derecho ponen de manifiesto la dimensión política de éstas, puesto que determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento jurídico equivale a decidir acerca del ejercicio y distribución del poder dentro de la sociedad regida por ese ordenamiento. Como señala Luis Prieto, definir quienes tienen competencia para producir derecho, cuáles son los modos de producción de éste y cuál el orden jerárquico de ellos entraña el establecimiento de una determinada estructura de poder. En suma, “decidir cuáles son las fuentes del derecho equivale a decidir *quién y cómo* manda”. Por lo mismo, la identificación y regulación de las fuentes debería ser siempre materia de la Constitución y no de un Código —el Civil, por ejemplo— que es lo que ocurre, sin ir más lejos, con algunas de las disposiciones del Título Preliminar de nuestro Código Civil, las cuales establecen el valor de la ley, de la costumbre y de la jurisprudencia de tribunales como fuentes del derecho.

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

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

La *doctrina* —también denominada “ciencia del derecho”— suele ser mencionada entre las fuentes formales del derecho, aunque en verdad no lo es, puesto que no constituye un método para *producir* normas jurídicas, sino el resultado de una actividad destinada a *conocer* y a *difundir* las normas de un ordenamiento jurídico dado. Se trata, en suma, de una actividad que realiza cierta clase de personas —los juristas— y que se expresa en los tratados, artículos, manuales,

informes, ponencias, clases y conferencias por medio de los cuales los juristas comunican un conjunto sistemático de proposiciones de tipo cognoscitivo acerca de un derecho dado, o, más concretamente, acerca de las normas y otros estándares de un derecho dotado de vigencia y realidad histórica.

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

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

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

Es un hecho, en consecuencia, que la doctrina influye en los órganos de producción jurídica, a saber, legisladores, jueces y funcionarios de la administración. Los primeros invitan a sus comisiones legislativas a juristas expertos en las materias sobre las cuales legislan; los segundos consultan las obras de los autores que puedan iluminarlos en la interpretación y aplicación del derecho que llevan a cabo con ocasión de los casos de los cuales conocen y que deben resolver; y los terceros se guían u orientan también por la doctrina jurídica disponible sobre las materias que regulan el ejercicio de la potestad reglamen-

taria. Los informes en derecho que las partes de un juicio acompañan a un proceso cualquiera, si bien inspirados antes por los intereses y pretensiones de las partes que contratan a los juristas autores de tales informes que por el derecho objetivamente atingente al caso, pueden influir en la manera como un juez resuelve un determinado asunto. Todo lo cual muestra el importante papel que la doctrina juega como fuente *material*, mas no *formal* del derecho.

En cuanto a los principios generales del derecho, que mencionamos aquí como fuentes del derecho, no se corresponden, estrictamente hablando, con el concepto de fuentes formales, según tendremos oportunidad de mostrar en su momento, y constituyen en verdad piezas o componentes del derecho, semejantes mas no iguales a las normas del derecho.

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

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

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

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

Atendiendo a si las normas que por su intermedio se crean encuentran o no expresión en un texto que las exprese, las fuentes formales se dividen en *formalizadas* y *no formalizadas*. Las primeras se exteriorizan en un texto, como

es el caso de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales y de los contratos que constan por escrito, mientras que las segundas no se exteriorizan en un texto que dé expresión cabal a las mismas, como acontece con la costumbre jurídica, los principios generales del derecho y la equidad. Tratándose de los principios, sin embargo, en ocasiones tienen ellos un carácter explícito, es decir, se sustentan en textos normativos tales como constituciones, códigos y leyes.

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

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

SEGUNDA PARTE
LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CHILENO

1. LA LEGISLACIÓN

Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto. Constitución y control de constitucionalidad. Algo más sobre la Constitución. Derecho Constitucional. Constitucionalización. Constitucionalismo. Estado Constitucional. Neoconstitucionalismo. Ley. Efectos de la ley. ¿Desde cuándo y hasta cuándo rigen las leyes? ¿En cuál territorio valen las leyes? ¿A quiénes obligan las leyes? Tratados internacionales. Decretos con jerarquía de ley. Manifestaciones de la potestad reglamentaria. Autoacordados.

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

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

En este sentido amplísimo, la palabra “ley” suele ser reemplazada por “le-
gislación”, y comprende la Constitución, las leyes interpretativas de la Cons-
titución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de *quorum* calificado,
las leyes ordinarias, los tratados internacionales, los decretos con jerarquía de
ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria y los autoacordados.

Así, en los seis primeros casos concurren en forma asociada el Poder
Ejecutivo y el Poder Legislativo, mientras que en el caso de la potestad re-

glamentaria se trata sólo de autoridades ejecutivas y administrativas, mientras que en el de los autoacordados intervienen únicamente los tribunales superiores de justicia.

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

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

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

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

En consecuencia, que la Constitución sea la ley fundamental del Estado quiere decir, a la vez, las siguientes cuatro cosas: a) la Constitución ocupa el nivel o grada normativa superior no sólo dentro de la legislación, sino dentro

de la totalidad del ordenamiento jurídico, regulando por ello los órganos y los procedimientos a través de los cuales deben ser producidas las normas que le siguen en jerarquía; b) la Constitución tiene supremacía sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico, las cuales no pueden contradecirla, en atención a lo cual todos los ordenamientos jurídicos establecen controles tanto preventivos como represivos a fin de cautelar dicha supremacía; c) la Constitución regula materias fundamentales para la organización del Estado y los derechos de las personas, tales como nacionalidad y ciudadanía, derechos y deberes individuales, gobierno, Poder Legislativo, Poder Judicial, etc., y d) la Constitución, tanto en los valores superiores que declara como en los principios y normas que establece, es susceptible de directa aplicación por los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que dicha aplicación, así como la interpretación que la precede, constituyan una tarea que representa mayores dificultades para dichos órganos, atendida la generalidad y aun vaguedad de los enunciados que declaran tales valores y principios constitucionales.

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

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

A propósito de la cuestión relativa a quien tiene el poder constituyente, esto es, el poder para introducir una Constitución o modificar la ya existente, suele distinguirse entre poder constituyente *originario* y poder constituyente *derivado*.

El primero es el que actúa cuando no existe una Constitución vigente, sea porque se asiste a la fundación del Estado y al establecimiento de la primera Constitución histórica de ese Estado, sea porque tiene lugar la introducción de una nueva primera Constitución histórica que es resultado de la pérdida de vigencia de la anterior a raíz de un golpe de Estado o de una revolución triunfante, en tanto que el poder constituyente derivado es aquel en el que la propia Constitución vigente radica la facultad de producir nuevas normas constitucionales y de modificar o derogar las ya existentes.

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

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

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

Dicho procedimiento consta de la *iniciativa*, que es el acto formal por medio del cual se presenta a consideración del Congreso Nacional un determinado proyecto de reforma de la Constitución. El proyecto en cuestión puede ser presentado tanto por el Presidente como por miembros del Congreso y comenzar su tramitación ya en una como en otra Cámara; la *discusión*, que consiste en el análisis que el Congreso Nacional hace del proyecto de reforma; la *aprobación*, que es el acto por medio del cual cada una de las Cámaras manifiesta su

conformidad con el proyecto previamente discutido; la *sanción*, que es el acto por el cual el proyecto de reforma, una vez aprobado por ambas Cámaras, es a su vez aprobado por el Presidente de la República; la *promulgación*, o acto en virtud del cual el Presidente fija el texto definitivo de la reforma y ordena publicarlo en el Diario Oficial; y la *publicación*, que es el acto que consiste en incluir el texto de la reforma en el Diario Oficial.

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

El principio de supremacía constitucional, por su parte, es aquel en virtud del cual se postula y reconoce la superioridad jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra fuente o norma del ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento dicho principio se encuentra consagrado en el art. 6° de la Constitución, que dispone que los órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”. Pero para que dicho principio sea eficaz se requieren órganos e instrumentos jurídicos que permitan ejercer un control de constitucionalidad. Sobre el particular, hay distintos tipos de control, por ejemplo, el que en sede política el Presidente de la República ejerce sobre sus ministros y las actuaciones de éstos, el que tiene lugar en sede administrativa y que compete a la Contraloría General de la República, el que discurre en sede jurisdiccional cuando las Cortes de Apelaciones conocen los recursos de amparo y de protección que tuvimos ocasión de explicar en el capítulo relativo a los derechos humanos, y el que se ejerce en una sede mixta, que es tanto jurídica como política, cuando interviene el Tribunal Constitucional, órgano que es autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder. La justicia constitucional, y la misma existencia de tribunales constitucionales, son figuras relativamente recientes, y se debate sobre la compatibilidad o falta de ella entre las decisiones que en sede legislativa adopta por mayoría un órgano cuyos integrantes son elegidos por sufragio universal, y que representan por tanto a toda la comunidad, y las determinaciones de un Tribunal Constitucional que pueden declarar inaplicables o dejar sin efecto aquellas decisiones por estimar-

las contrarias a la Constitución. Se trata, en suma, de la compatibilidad entre democracia y justicia constitucional, entre la regla de la mayoría, propia de la primera, y los fallos que se adoptan por un reducido número de jueces, que es a su turno lo propio del ejercicio de la segunda. Sobre esta materia vamos a extendernos en el acápite sobre Estado Constitucional que se incluye en esta parte del libro.

En cuanto al control que se ejerce para cautelar la supremacía constitucional, existe, como dijimos, un control *preventivo* y otro *represivo*.

El primero, como su propio nombre lo indica, opera antes de que una norma inconstitucional entre en vigencia, o sea, trata de impedir que una norma inconstitucional se incorpore al ordenamiento jurídico. De este tipo es el control que ejerce en Chile el Tribunal Constitucional, de conformidad a lo que disponen los números 1 y 3 del art. 93 de la Constitución, y la Contraloría General de la República respecto de las manifestaciones de la potestad reglamentaria. La primera de las citadas disposiciones declara que corresponde al Tribunal Constitucional “ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas Constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas”, control que el tribunal ejerce antes de la promulgación de tales cuerpos normativos. En su momento explicaremos qué son las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales y cuáles son sus diferencias respecto de las leyes ordinarias o comunes. De la misma manera, explicaremos qué son los tratados y cuál es el proceso de formación a que deben someterse, un proceso que incluye su aprobación por parte del Congreso Nacional. Por ahora sólo queremos dejar establecido que tanto los tratados, cuando contienen normas propias de ley orgánica constitucional, como esos dos tipos especiales de leyes, antes de ser promulgadas, precisan ser revisadas por el Tribunal Constitucional a fin de verificar que no vulneran normas constitucionales. Se trata, en consecuencia, de un control preventivo de carácter obligatorio, de manera que el proyecto de que se trate, una vez que queda totalmente tramitado por el Congreso, tiene que ser enviado al Tribunal Constitucional por aquella de las Cámaras en que tuvo su origen. En cuanto a la segunda de las disposiciones citadas, señala ella que corresponde también al Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, y se trata ahora, en consecuencia, de

un control no obligatorio, sino eventual. Esto último quiere decir que el Tribunal Constitucional sólo puede conocer y pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de un tratado cuando sea requerido para ello por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional, o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. En tal caso, el tribunal deberá resolver la cuestión en el plazo de 10 días, pudiendo prorrogar ese plazo por otro igual si existen motivos graves y calificados para ello, sin que el requerimiento suspenda la tramitación del proyecto de ley, reforma constitucional o tratado, aunque la parte impugnada no podrá ser promulgada sino hasta la expiración de ese plazo, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o de un proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República. En ambos casos, las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley.

El control represivo, a su turno, es el que opera después que una norma se ha incorporado al ordenamiento jurídico, o sea, se trata de un control que procura corregir la existencia de normas inconstitucionales. Este segundo tipo es el control que se ejerce a través del *recurso de inaplicabilidad* y de la *acción de inconstitucionalidad*. Tanto aquél como ésta, a partir de la reforma constitucional del año 2005, son de la exclusiva competencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto al recurso de inaplicabilidad, que se encuentra establecido en el número 6 del art. 93 de la Constitución, es una acción o proceso de rango constitucional que tiene por finalidad declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. Se trata, por tanto, de un control que tiene carácter *concreto*, específico, puesto que opera sobre la base de que exista una gestión judicial en la que la aplicación de un determinado precepto legal resulte contraria a las normas constitucionales. Se trata también de un control *represivo*, puesto que el precepto que se intenta declarar inaplicable por ser inconstitucional forma parte del ordenamiento jurídico. Y es también un control *facultativo*, desde el momento que se ejerce a petición de parte o del propio juez que conoce del asunto.

Es interesante destacar que esta acción pueda ser intentada, además de las partes, por el propio juez que conoce de un determinado asunto y tiene

dudas sobre la constitucionalidad de un precepto que sea aplicable a éste. En cuanto a la oportunidad, la acción puede intentarse por las partes antes de que se dicte sentencia de término y por el juez antes de que se produzca el desasimio del tribunal. Y en cuanto a los efectos de esta acción, si el Tribunal Constitucional, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, declara inaplicable el precepto legal de que se trate, ello se limita a la gestión judicial con motivo de la cual fue promovida la acción y a quienes tengan la calidad de partes en dicha gestión. Esto significa que la declaración de inaplicabilidad no priva de validez al precepto legal impugnado, el cual continúa formando parte del ordenamiento jurídico no obstante haber sido declarado inaplicable. Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad hecha por el Tribunal Constitucional respecto de un determinado precepto legal sirve de antecedente o de presupuesto procesal para una eventual declaración de inconstitucionalidad por parte del mismo Tribunal, puesto que el número 7 del art. 93 atribuye competencia a éste para resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal que antes hubiere sido declarado inaplicable en conformidad a lo que dispone el número 6 de la misma disposición, competencia que el órgano puede ejercer de oficio, es decir, de propia iniciativa, o a solicitud de cualquier persona con capacidad procesal.

Existe pues, además del recurso de inaplicabilidad, la acción de inconstitucionalidad. Esta última es de carácter público y puede ser ejercida respecto de cualquier precepto legal que el Tribunal Constitucional hubiere declarado inaplicable, sin perjuicio de que, como fue ya señalado, el propio Tribunal Constitucional pueda declarar de propia iniciativa la inconstitucionalidad de un precepto antes declarado inaplicable. Ahora bien, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce el efecto de entenderse éste derogado, esto es, privado de validez. Un efecto, como se aprecia, mucho más amplio y radical que el que producen las sentencias que declaran la inaplicabilidad de un precepto.

Además de lo ya señalado, el Tribunal Constitucional está llamado a resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, así como sobre la constitucionalidad de los decretos supremos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre que se trate de decretos que se refieran a aquellas materias que por disposición de la propia Constitución deben ser reguladas por medio de leyes.

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

En cuanto a la Contraloría General de la República, se trata de un organismo administrativo autónomo, de rango constitucional, encargado de ejercer el control de constitucionalidad y de legalidad de la actividad que lleva a cabo la Administración del Estado, lo cual realiza a través del procedimiento de toma de razón y de otros instrumentos jurídicos y contables. Se trata, en consecuencia, de un control *externo*, que, desde luego, no resta importancia al de carácter *interno* que lleva a cabo, respecto de sí mismo, cada organismo de la Administración, ya sea por el propio emisor de los actos de ésta, por su superior jerárquico, o por alguna unidad de trabajo también interna del respectivo organismo.

La labor que realiza la Contraloría General de la República es eminentemente fiscalizadora, puesto que está destinada a cautelar el principio de legalidad, consistente en que los órganos de la Administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos y formalidades que las leyes contemplan.

La *toma de razón* es el procedimiento por el cual la Contraloría verifica la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos que emanan de los órganos y servicios de la Administración del Estado, y tiene lugar en forma previa a que tales actos produzcan los efectos jurídicos que les son propios. Este control se ejerce sobre los aspectos jurídicos de las actuaciones administrativas y no se extiende al mérito o conveniencia de las decisiones políticas que tales actuaciones reflejan o patentizan.

Si un acto administrativo se conforma con la Constitución y las leyes, la Contraloría tomará razón del mismo, y si no se adecua, representará esta circunstancia a través de un oficio fundado. En este último caso, si la autoridad que emitió el acto objetado se conformare con la representación del organismo contralor, quedará sin efecto lo que ella hubiere resuelto. En caso contrario, y si la representación es por motivos de *ilegalidad*, el Presidente de

la República puede insistir en la tramitación del acto por medio de lo que se llama “decreto de insistencia”, el cual tiene que ser firmado por él y por todos sus ministros. En cambio, si la representación es por *inconstitucionalidad*, el Presidente no puede insistir, pero si considera que el acto objetado se ajusta a la Constitución, tiene la posibilidad de requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie al respecto. Esto último es lo que ocurre también cuando la representación de la Contraloría tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado.

A la Contraloría general de la República corresponde también tomar razón de los decretos con fuerza de ley, a los cuales vamos a referirnos más adelante en este mismo capítulo, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria respectiva o sean contrarios a la Constitución.

Concerniente a los recursos de protección y de amparo, como acciones que garantizan derechos fundamentales de las personas que se encuentran declarados en el texto constitucional, nos remitimos a lo señalado en la parte final del capítulo sobre derechos humanos.

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

Algo más sobre la Constitución. En el contexto de las fuentes formales del derecho, tal como fue señalado en el acápite anterior, se llama “Constitución” al texto normativo que, formando parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado, tiene el carácter de norma fundamental y de más alta jerarquía dentro del respectivo ordenamiento, que regula materias indispensables para la organización del Estado, para los derechos fundamentales de las personas, y para las competencias de las autoridades normativas que, como legisladores, jueces o funcionarios de la Administración, continúan el proceso de introducción de nuevas normas a ese ordenamiento, así como de modificación y derogación de las ya existentes, y que, por lo mismo, exige procedimientos y *quorum* especial para su establecimiento y reforma.

Las modernas Constituciones, además de *normas jurídicas* propiamente tales, establecen también ciertos *principios* de carácter fundamental, y algunas de ellas, de manera explícita o implícita, y adjudicándoles o no la denominación que sigue, fijan también los *valores superiores* del respectivo ordenamiento jurídico. De esta manera, en los textos constitucionales, es posible encontrar las cuatro piezas del derecho, o, si se prefiere, los cuatro tipos de estándares que forman parte del derecho como fenómeno *preferentemente* normativo, a saber, normas, principios, valores superiores, y derechos fundamentales. Algunos autores, sin embargo, consideran que los derechos fundamentales son principios y que, por lo mismo, no constituirían un estándar distinto de éstos. En cualquier caso, y si consideráramos a todos aquellos estándares como “voces”, llegaríamos a la conclusión de que la Constitución, como indica Luis Prieto, “habla con muchas voces”.

Aunque de una manera fallida, al menos por ahora, en el caso de la Constitución Europea, “Constitución” es también una palabra utilizada para aludir a regulaciones e instancias jurídicas supranacionales que se concuerdan en un ámbito geográfico determinado, y cuyo ámbito de validez, por lo mismo, supera el de un ordenamiento jurídico interno o nacional.

La cuestión de cuáles disposiciones de un ordenamiento jurídico deben ser consideradas fundamentales y, por tanto, incorporadas a su Constitución, es algo “obviamente opinable” —como dice Ricardo Gaastini—, puesto que la palabra “fundamental” no denota una propiedad empírica, de donde resulta que calificar algo como “fundamental” es, en última instancia, un juicio de valor. Con todo, enunciados fundamentales, según los diversos puntos de vista, pueden ser considerados los que: a) establecen la organización del Estado y el ejercicio y límites de las distintas funciones estatales (legislativa, ejecutiva, administrativa, judicial), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes e, incluso, como es patente en el caso del Poder Legislativo, los procedimientos a que tales órganos deberán sujetar sus poderes normativos; b) reconocen y garantizan a los individuos los así llamados derechos fundamentales; y c) expresan principios y valores que informan la propia Constitución, y, asimismo, al resto del ordenamiento jurídico del cual ella hace cabeza.

La antes señalada es la manera más habitual o corriente de definir “Constitución”, al menos, según se señaló, en el contexto de la materia que nos encontramos desarrollando, a saber, la que concierne a las fuentes formales del derecho. Para otros conceptos o significados de “Constitución”, con el consiguiente efecto

que cada uno de ellos puede traer para la cuestión de la interpretación constitucional, puede verse *Constitución y teoría del derecho*, de Paolo Comanducci. De los cuatro conceptos o significados que ese autor identifica en dicho texto, el que hemos dado aquí se corresponde con el tercero de ellos, que él define de la siguiente manera: “Constitución” designa “un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto de otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)”.

Derecho Constitucional. A su turno, “Derecho Constitucional” es un ámbito del derecho interno de un Estado, esto es, un sector de regulación jurídica relativamente autónomo y diferenciado dentro del ordenamiento jurídico estatal, o sea, lo que comúnmente se llama una “rama del derecho” y, en concreto, una rama o parte de ese ámbito de regulación jurídica aun más amplio, llamado “Derecho Público”, el cual, por lo mismo, incluye otras ramas o sectores de regulación, además del Derecho Constitucional; por ejemplo, el Derecho Administrativo.

Cabe señalar que la Constitución, entendida de la manera que fue señalada previamente, forma la parte más relevante, aunque no única, del Derecho Constitucional, puesto que a la hora de delimitar éste como rama del derecho, podrían incluirse también, si no todas, determinadas regulaciones que no se contienen en la Constitución, sino en leyes especiales –por ejemplo, determinadas leyes orgánicas constitucionales– que rigen las materias más directamente vinculadas con las normas o enunciados fundamentales de la Constitución y que ésta les encarga regular. En consecuencia, no hay estricta equivalencia entre “Constitución” y “Derecho Constitucional”.

Siguiendo en esto a Rodrigo Borja, podría decirse que “el Derecho Constitucional, dentro del árbol genealógico de las disciplinas jurídicas, es una rama del Derecho Político y éste a su vez una de las ramas en que se divide el Derecho Público interno”. Por tanto –continúa diciéndonos ese autor– “la relación lógica entre ellos (Derecho Político y Derecho Constitucional) es de género a especie. Todo Derecho Constitucional es Derecho Político, y todo Derecho Político es Derecho Público, pero no todo Derecho Público es Derecho Político ni todo Derecho Político es Derecho Constitucional”.

Nótese, sin embargo, cómo el autor recién mencionado parece confundir el Derecho Constitucional, en tanto *rama del derecho*, con la *disciplina jurídica*

que estudia esa rama o sector de regulación. Una confusión que es preciso evitar, puesto que “Derecho Constitucional” es también la denominación que se da no ya a una parte o *sector* del ordenamiento jurídico interno, sino al *saber* que se constituye, cultiva y difunde acerca de ese sector. Es así que llamamos con el mismo nombre –Derecho Constitucional– tanto al conjunto de normas y otros estándares que se encuentran en una Constitución y en otros cuerpos normativos próximos a ella, como a la disciplina o saber que localiza, estudia, interpreta, concuerda, sistematiza, explica y difunde tales normas y estándares. Este doble uso de la expresión “Derecho Constitucional” es reflejo del similar doble uso que, en el mismo sentido, acostumbra hacerse de la palabra “derecho”, puesto que este término se emplea tanto para aludir a un fenómeno que es posible identificar y conocer (como en la frase “Es conforme al *derecho* de familia chileno que el divorcio pueda ser demandado por uno de los cónyuges por falta imputable al otro”) como al conocimiento de ese fenómeno (por ejemplo, en la frase “Mi hija destacó en el estudio del *derecho* de familia”). En la primera de tales frases, el término *derecho* es usado para aludir a un conjunto de normas, mientras que en el segundo lo es para aludir a un saber acerca de esas normas. Como se recordará, este doble uso del término “derecho” fue explicado en el Capítulo I de este libro.

Al Derecho Constitucional como saber o disciplina que estudia el sector de regulación jurídica del mismo nombre se le llama también “Dogmática Constitucional”.

Constitucionalización. Se trata de un proceso acaecido a partir de la segunda mitad del siglo XX, ligado a las condiciones que se indicarán poco más adelante, el cual, presenta dos caras o reconoce dos aspectos.

La primera de esas caras o aspectos se muestra en la existencia de constituciones rígidas y de jerarquía superior a cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico, que impregnan el conjunto o totalidad del ordenamiento del cual forman parte, de manera que éste, en cada una de sus gradas normativas, debe embeberse de una Constitución que, por lo mismo, toma ese carácter “invásor” que señala Paolo Comanducci, puesto que ella condiciona la actividad no sólo de la doctrina, o sea, de los juristas, sino de la legislación, de la jurisprudencia y de la administración del Estado, es decir, de legisladores, jueces y funcionarios, e incluso los comportamientos de los actores políticos en general y las mismas relaciones entre particulares.

La segunda cara o aspecto de la constitucionalización del derecho se muestra en que la Constitución adquiere una cada vez mayor carga normativa, lo cual quiere decir que más reglas, principios u otros estándares del derecho se llevan a la Constitución, consagrándose o estableciéndose en ella y no en otros tipos de leyes o fuentes del ordenamiento jurídico. Como resultado de este proceso, la Constitución se sustancializa cada vez más, se “rematerializa”, como prefieren decir algunos, y ello a su vez en un doble sentido: la Constitución se rematerializa desde el punto de vista de su volumen normativo (más derecho en la Constitución) y, además, desde el punto de vista de la diversidad de estándares que se incorporan a ella de manera explícita (no sólo declaraciones programáticas, sino normas; no únicamente normas, sino también principios; no únicamente principios, sino también valores superiores; y no sólo valores superiores, sino derechos fundamentales de las personas y garantías para hacerlos efectivos).

Dicha “rematerialización” de la Constitución —como apunta Luis Prieto Sanchís, “supone que la Constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores”. La Constitución no es únicamente “fuente” de las “fuentes del derecho”, es decir, fuente identificatoria y reguladora de las demás fuentes, sino que, ella misma, opera como fuente del derecho “en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones”.

Dos caras de la constitucionalización del derecho —digámoslo una vez más— porque mientras que con motivo de la segunda de ellas lo que tenemos es mayor densidad y diversidad normativa, con motivo de la primera la Constitución, en lo que un autor como Ricardo Guastini llama “condiciones de la constitucionalización”, a) deja de ser un conjunto de solemnes declaraciones vagamente obligatorias para operadores jurídicos como legisladores, jueces y funcionarios de la Administración y adquiere fuerza vinculante en el sentido jurídico y no solamente político de la expresión; b) expande o irradia su fuerza normativa a todas las gradas del ordenamiento jurídico que le están subordinadas, afirmando su supremacía; c) su texto se torna rígido, lo cual quiere decir que para su cambio o reforma exige procedimientos y *quorums* especiales respecto de los que se necesitan para introducir, modificar o derogar leyes ordinarias; d) introduce controles jurisdiccionales tanto preventivos como represivos para garantizar su vigencia e integridad; e) favorece lo que

se llama “especificidad de la interpretación constitucional”, sujeta a criterios propios y distintos de los que se aplican en el caso de las leyes comunes y otras fuentes del derecho; f) subordina la interpretación de esas otras fuentes a la interpretación del texto constitucional.

De acuerdo a lo que hemos entendido aquí por constitucionalización, un derecho puede estar más o menos “constitucionalizado”, o, si se prefiere, la constitucionalización de un derecho cualquiera puede ser más o menos acusada, según el grado en que se presenten los dos aspectos antes señalados. Y ello porque la constitucionalización es mucho más que darse o tener una Constitución, aunque el hecho de *darse* una Constitución pueda ser identificado como el primer momento del proceso. Más propiamente, se trata de un proceso por el que *pasa* una Constitución, y en general el derecho de un Estado, y que se manifiesta o expresa en las dos caras o aspectos que fueron previamente explicados.

Cabe indicar, asimismo, que la constitucionalización del *derecho* trae consigo una similar constitucionalización de la *ciencia del derecho*, esto es, del saber acerca del derecho. Ello ocurre, desde luego, con la ciencia del Derecho Constitucional, o dogmática constitucional, o Derecho Constitucional en cuanto saber acerca de la Constitución y otros materiales constitucionales, aunque ocurre también con los demás saberes jurídicos particulares —por ejemplo, la dogmática penal, la dogmática procesal o la dogmática administrativa—, puesto que los sectores de regulación jurídica o ramas del derecho de los cuales se ocupan tales saberes se encuentran cada vez más permeados por disposiciones constitucionales. En otras palabras, ninguna rama del derecho es hoy inmune a la influencia constitucional, y de esa influencia tienen que dar cuenta los expertos que hacen ciencia o dogmática jurídica respecto de cada una de tales ramas.

Constitucionalismo. No se trata de un *proceso* que acontezca a partir de cierto momento en la realidad del derecho como fenómeno normativo y social (como sí ocurre con la constitucionalización), sino un *punto de vista* acerca del proceso de constitucionalización. Un punto de vista que describe ese proceso, que lo sitúa históricamente, que lo explica en sus causas o antecedentes, que lo relata en las distintas y sucesivas etapas por las que ha pasado, etc. En esta acepción, el constitucionalismo es una *teoría* que, como tal, registra y explica el proceso de constitucionalización del derecho, y que muestra, además, los efectos que dicho proceso ha tenido no sólo para el *funcionamiento* del derecho (produc-

ción, interpretación, aplicación y obediencia), sino para la *comprensión* de éste (definición del derecho y tipo de relación que guarda –necesariamente– o puede guardar –contingentemente– con la moral).

Como *doctrina* ahora, el constitucionalismo es una corriente del pensamiento jurídico que favorece y alienta el proceso de constitucionalización del derecho desde su primer momento, a saber, el de la aparición de las constituciones. Más específicamente, es la corriente de pensamiento que, como asuntos relevantes del proceso que apoya y alienta, propugna la limitación del poder político, esto es, el estricto sometimiento de las autoridades públicas a reglas, así como el gobierno de dichas autoridades por medio de reglas y no de decisiones caso a caso, y, por tanto, se trata de la doctrina del Estado de Derecho, del Estado tanto sujeto a reglas de carácter abstracto y general como del que manda por medio de reglas del mismo doble carácter, del Estado *sub lege* (sometido a la ley) y del Estado *per lege* (que gobierna por medio de leyes). Del Estado, además, cuya acción está limitada por derechos fundamentales de las personas que se encuentran declarados en un capítulo importante de su respectiva Constitución, aunque no sólo limitada, puesto que si eso es lo que pretenden los derechos humanos de primera generación (los así llamados derechos civiles o personales) –*limitar* el poder–, los de segunda generación (los derechos políticos) permiten a los ciudadanos *participar* del poder, mientras que los de tercera generación (los derechos económicos, sociales y culturales) *condicionan* el ejercicio del poder en pos de la obtención de condiciones de vida más igualitarias para los miembros de la sociedad.

Como dice nuevamente Rodrigo Borja, el constitucionalismo significa “sumisión del Estado al Derecho” y “afirmación del valor de la persona ante el Estado y delimitación de su inviolable esfera de libertad”. Precisamente, el cometido o propósito de los derechos humanos de primera generación –los cuales se basan en el valor de la libertad– es delimitar ese espacio al que alude Borja.

Cabe señalar, por otra parte, que el constitucionalismo, en lo que a la afirmación de los derechos fundamentales se refiere, suele ser relacionado con una determinada concepción de éstos –aquella que los considera derechos naturales– y, asimismo, con una determinada justificación de los derechos –aquella que ve el fundamento de los derechos humanos en el derecho natural, es decir, en un orden normativo anterior y superior a los ordenamientos jurídicos dotados de realidad y vigencia históricas, los cuales no *otorgan* tales derechos y se limitan

a *reconocerlos*, declararlos y protegerlos—. Para una concepción como ésta, los derechos fundamentales serían anteriores al Estado, y el papel de éste, como se dijo, sería reconocerlos, mas no otorgarlos.

Algunos autores llaman “constitucionalismo” no sólo a lo que aquí hemos dado ese nombre, sino también a lo que previamente presentamos como “constitucionalización del derecho”, en especial en la primera de las dos caras o aspectos de este proceso. Así, por ejemplo, Alfonso Ruiz-Miguel, en su trabajo sobre *Constitucionalismo y democracia*, describe a aquél de una manera que incluye lo que aquí fue presentado como la primera de las dos caras del proceso de constitucionalización del derecho y, además, lo que expresamos sobre el constitucionalismo como teoría.

En cualquier caso, y sea que se utilice la distinción entre *constitucionalización* y *constitucionalismo*, o que la segunda de estas expresiones absorba o englobe a la primera, tiene razón Ruiz-Miguel cuando señala que la primera manifestación del constitucionalismo, en la forma amplia en que él lo define, o sea, comprendiendo también lo que nosotros hemos llamado constitucionalización, se produjo en el siglo XVII, en Inglaterra, con la famosa Declaración de Derechos de 1689, porque ese habría sido el punto de partida de la limitación del poder real por el parlamento y el de éste por los derechos de los súbditos. Pero como los británicos “nunca han aprobado un texto constitucional unitario que solemnice la organización y división de sus poderes políticos ni los derechos de participación política y de libertad”, fue a partir de ese inicial diseño británico como se desarrollaron luego “dos tipos de constitucionalismo bien diferentes entre sí”: el francés y el estadounidense. El primero de ellos —el francés, que fue seguido por la mayor parte de los países europeos— adoptó el criterio de aprobar una Constitución que solemnizara aquellos dos criterios en un texto único y de carácter sistemático, aunque en un primer momento la Constitución tuviera el carácter de norma programática y no inmediatamente efectiva, mientras que el segundo —el estadounidense— proclamó su Constitución de 1787 como norma superior a cualquier ley ordinaria, tanto federal como estadual.

Estado Constitucional. El proceso o fenómeno de la creciente constitucionalización del derecho ha traído consigo la aparición de lo que se llama “Estado Constitucional” o “Estado Constitucional de Derecho”, el cual puede ser visto como un mejoramiento o bien como una sustitución de lo que antes hemos llamado “Estado de Derecho”.

Así, mientras el Estado de Derecho consiste en sujeción de aquél a éste, en el gobierno bajo la ley y por medio de la ley, el Estado Constitucional es el que se encuentra sujeto ahora a la Constitución como norma superior del ordenamiento. En consecuencia, si "Estado de Derecho" es una expresión que sugiere imperio de la ley, "Estado Constitucional" alude al imperio de la Constitución, es decir, de una grada normativa superior a la ley, especialmente respecto de la producción normativa confiada al órgano legislativo, el que debe ajustarse en ella a toda la masa de preceptos del orden constitucional, incluidos, como parte más relevante del mismo, los derechos fundamentales de las personas. Por lo mismo, si el protagonismo que la ley tuvo como fuente del derecho a partir del siglo XIX condujo al Estado de Derecho, el protagonismo luego de la Constitución, a partir del siglo XX, habría conducido al Estado Constitucional.

Es por lo anterior que algunos autores distinguen entre Estado Legislativo de Derecho y Estado Constitucional de Derecho.

Se debate acerca de si el Estado Constitucional constituye una figura distinta y alternativa a la del Estado de Derecho, a la cual sustituye como resultado de una crisis, o si se trata, en cambio, de un desarrollo o prolongación o de éste, caso en el cual podría decirse que lo transforma antes que lo sustituye.

A propósito de lo cual habría que señalar que un Estado sometido antes a la Constitución que a la ley parece un mejor Estado, un Estado más respetuoso de los límites del poder y de los derechos fundamentales de las personas, pero, a la vez, se trata de un Estado regulado por disposiciones cuyos procedimientos especiales y altos *quorum* de aprobación y modificación debilita en cierto modo el imperio de la regla de oro de la democracia —el principio de mayoría—, y que pasa incluso por encima de dicha regla al confiar el control de constitucionalidad de las decisiones mayoritarias que adopta un Parlamento elegido por sufragio universal a un tribunal constitucional de escasos integrantes y que no son democráticamente elegidos, quienes, al fijar la interpretación de los textos constitucionales, si es que se mira a éstos como un conjunto de enunciados o disposiciones, determinan a fin de cuentas el contenido de las normas, principios, valores y derechos que rigen supremamente en la comunidad jurídica de que se trate. Serían entonces los jueces constitucionales los que a fin de cuentas, a través de sucesivas interpretaciones del texto constitucional, fijarían la Constitución "viva", como la llama Guastini, o la Constitución "viviente", como dice

Zagrebelski, es decir, aquella que resulta del modo en que una determinada Constitución es interpretada y vivida en la realidad política.

Si recordamos la distinción entre enunciados normativos y normas propiamente tales, o, lo que es lo mismo, entre disposiciones y normas, lo cual fue explicado en el Capítulo II de este libro, puede entenderse lo que señala Paolo Comanducci cuando afirma que “los productores de la Constitución-disposición son, al menos en parte, diferentes de los que producen la Constitución-norma”. Estos últimos “son aquellos que, de hecho, y dentro de un determinado sistema político, tienen el poder de interpretar con autoridad la Constitución-documento”, de manera que del “invariable juego de las influencias y de los recíprocos condicionamientos de esos órganos brotará el significado contingente de la Constitución-documento, es decir, la Constitución-norma”.

Observaciones como esas han conducido a lo que se llama “objeción contramayoritaria”, puesto que quien establecería lo que Comanducci llama “Constitución-norma” sería un grupo limitado de jueces constitucionales, a saber, los que integran el Tribunal Constitucional, e incluso una simple mayoría de éstos, o sea, los que consiguen imponer su criterio en los fallos divididos de dicho tribunal, lo cual trae consigo que las opiniones de esos jueces prevalezcan sobre la de las mayorías legislativas que se encuentran legitimadas por el voto popular. Esto, como se ve, entraña un costo para la democracia, y caben entonces preguntas como la que Víctor Ferreres formula a este respecto: “si el sistema político se ha ido reformando a lo largo del tiempo para hacerlo más sensible a la voluntad popular, ¿cómo es posible permitir que tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que, en su opinión, violan lo dispuesto en el texto constitucional? ¿No es esto regresivo, más que progresivo, desde un punto de vista democrático?”.

Como indica Juan Carlos Bayon al plantear este mismo tema, la “objeción contramayoritaria” adopta en verdad dos formas: la primera apunta a que la supremacía constitucional, con sus procedimientos y *quorum* especiales, los cuales se extienden incluso más allá de la Constitución, como sucede con las leyes orgánicas constitucionales, restringe lo que la mayoría pueda y quiera decidir en un momento dado, mientras que la segunda apunta a la legitimidad que puede reconocerse a jueces constitucionales no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.

Sobre el particular, nos parece del caso señalar que el problema no está en los procedimientos y *quorum* especiales para la reforma de la Constitución —casi siempre los hay—, sino en el hecho de que sean tan exigentes como para obstaculizar gravemente el cambio de disposiciones constitucionales, que es lo que ocurre entre nosotros con el *quorum* de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio para modificar determinados capítulos de la Constitución, y, asimismo, con el hecho de que se establezcan *quorum* también excesivamente altos para introducir o modificar textos no constitucionales, aunque importantes, como en el caso de nuestras leyes orgánicas constitucionales, los cuales obran en la práctica como un auténtico poder de veto otorgado a la minoría. Poder de veto que se agrava si se lo examina en conjunto con un sistema electoral binominal para elegir senadores y diputados, en virtud del cual la segunda coalición política mayoritaria se ve sobrerrepresentada en ambas cámaras del Congreso Nacional.

Y concerniente a la justicia constitucional, es del caso distinguir entre la existencia de ella y el sistema que se acuerda para el funcionamiento del órgano respectivo y la designación de sus integrantes. Con esto queremos señalar que una cosa es la objeción a la existencia de una justicia constitucional y otra la crítica que pueda hacerse al determinado sistema de justicia constitucional que un país haya adoptado, puesto que bien podría convenirse en que es aceptable establecer un control de la constitucionalidad de las leyes y, a la vez, no considerar aceptable el sistema de control de constitucionalidad que exista en un ordenamiento jurídico determinado. Entonces, si fuera aceptable establecer un sistema de control judicial de la constitucionalidad de la ley, a pesar del coste democrático que esta institución entraña —escribe Ferreres— “el reto práctico es el de perfilar el concreto sistema de justicia constitucional que mejor se adopte a las condiciones políticas, sociales y culturales de cada país, tratando de maximizar los beneficios que pueda aportar esta institución y de reducir sus posibles efectos colaterales negativos”.

Una buena presentación de este debate es la que en nuestro medio hace Patricio Zapata, al inicio de su libro *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, en la que, junto con fijar sus argumentos a favor de dicha justicia, reproduce y comenta el parecer contrario de Fernando Atria, expuesto por éste en diferentes artículos.

Neoconstitucionalismo. Acerca de este nuevo término, habría que señalar que abundan hoy las palabras a las que se antepone el prefijo “neo”, así como

prolifera aquellas a las que precede el prefijo “pos”. Una tendencia que corre a la par, en el sentido de que son tantos los “neo...” como los “pos...”, lo cual constituye toda una paradoja, puesto que esos prefijos aluden a cosas bien distintas, a saber, a algo “nuevo” o “reciente”, por un lado, y a un “después de” o a algo “pasado”, por el otra. Por lo mismo, resulta extraño comprobar cómo expertos e intelectuales de diversos campos –que son quienes usan de preferencia tales prefijos–, junto con descubrir a cada instante nuevos fenómenos –“neoconstitucionalismo”, por ejemplo–, se apresuran también a descartar otros, como sucede con la modernidad, en la actualidad sustituida por la “posmodernidad”. Cabe llamar también la atención acerca de que tales prefijos significan que si tenemos algo nuevo –por ejemplo, neoliberalismo– es porque lo que tenemos se monta o erige, por así decirlo, sobre algo ya conocido –en este ejemplo, el liberalismo–, y que si hemos fracasado, perdido o concluido algo –por ejemplo, la modernidad–, de lo que tendríamos en su reemplazo no sabemos más que viene después de ese algo que tuvimos antes, y es por tal motivo que, siguiendo con el ejemplo, sólo atinamos a llamarlo “posmodernidad”.

El uso de ambos prefijos tiene también el siguiente problema: “neo” (por ejemplo, “neoconstitucionalismo”, o “neoliberalismo”), nos enfrenta a la cuestión de si a aquél y éste son algo que mejora, que corrige o que simplemente reemplaza al sufijo, en este caso a “constitucionalismo” y a “liberalismo”, mientras que “pos” (por ejemplo, “posmodernidad” o “positivismo”) nos pone frente a la cuestión de si el sufijo ha quedado realmente en el pasado, en este caso “modernidad” y “positivismo”. A veces incurrimos en un reduccionismo cuando empleamos el prefijo “neo”, que es lo que ocurre, según nos parece, con “neoliberalismo”, porque éste es menos que “liberalismo”, en cuanto se trata de un término que pone solo en evidencia la doctrina económica del liberalismo y no su dimensión política ni moral, mientras que cuando empleamos el prefijo “pos” incurrimos en un empobrecimiento descriptivo, puesto que “posmodernidad”, por ejemplo, o “positivismo”, constituyen expresiones que no dicen ni explican dónde estamos, sino únicamente que nos encontraríamos en una situación que sucede a otra –en un caso a la modernidad y en el otro al positivismo–, situación que no somos capaces de caracterizar si no por referencia a aquello que, según creemos, quedó ya en el pasado y acaso también en el olvido.

Así las cosas, parece que todo renace con facilidad gracias al prefijo “neo” y que a la vez todo muere tranquilamente en razón del prefijo “pos”, aunque, bien vistos, el uso algo obsesivo de ambos prefijos podría responder a un

mismo motivo: ansia por la novedad. Por la novedad que representa estar en un estado nuevo o distinto respecto de otro anterior (el constitucionalismo, el liberalismo, la modernidad), aunque la denominación de ese estado anterior subsista en las nuevas maneras de hablar (*neonconstitucionalismo*, *neoliberalismo*, *posmodernidad*).

Dicho todo lo cual, volvamos ahora al término “neoconstitucionalismo”, para señalar que de todos los que hemos venido explicando en este acápite es el más difícil de precisar, puesto que, en verdad, lo que tenemos son “neoconstitucionalismos”. No por nada una de las mejores obras colectivas sobre la materia, editada en 2003 por Miguel Carbonell, se titula, precisamente, *Neonconstitucionalismo (s)*, de manera que no disponemos de una versión estándar del neoconstitucionalismo.

¿Cuáles serían los nuevos tiempos que corren para el constitucionalismo y que justificarían el empleo del término “neoconstitucionalismo”? ¿Qué es lo nuevo que, puesto en línea con el constitucionalismo, autoriza hablar hoy de un nuevo constitucionalismo? ¿Hay en rigor un nuevo constitucionalismo o todo se reduce a una profundización del mismo constitucionalismo? Por otra parte, ¿el neoconstitucionalismo, con ser posterior al constitucionalismo, mejora a éste, lo corrige, lo empobrece, o derechamente lo reemplaza?

Miguel Carbonell nos da una primera orientación al respecto cuando advierte que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones: “por una parte, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional”, y, por otra, a una “teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos”. Con todo, y al hilo de lo que señala el propio Carbonell a partir de las discrepancias entre los autores del libro antes mencionado, estaríamos frente a “una materia que está lejos de considerarse como consolidada, tanto en la práctica como en la teoría”.

Si continuamos con los planteamientos de Carbonell, “neoconstitucionalismo” hace referencia a tres asuntos distintos entre sí, a saber: a) al proceso de instalación y desarrollo del Estado Constitucional; b) a la teoría que da cuenta de esa instalación y desarrollo, y c) a la doctrina que elogia y aviva dicho proceso.

De esta manera, el neoconstitucionalismo no sería más que el propio constitucionalismo en su versión contemporánea, una especie, si se quiere, de constitucionalismo avanzado. En el primero de los tres aspectos antes mencionados, neoconstitucionalismo equivale a Estado Constitucional de Derecho; en el segundo constituye una teoría apta para explicar qué se entiende por Estado Constitucional de Derecho; y en el tercero es una ideología que justifica, defiende y promueve el Estado Constitucional de Derecho como un paradigma superior al simple Estado de Derecho, o, como también se lo llama, Estado Legislativo de Derecho. Así los describe, por ejemplo, Luis Prieto Sanchís, aunque en una versión similar y más sofisticada, Paolo Comanducci, aplicando la distinción de Bobbio entre los tres positivismos –positivismo jurídico como *método*, positivismo jurídico como *teoría* y positivismo jurídico como *ideología*–, distingue a su vez entre neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico y neoconstitucionalismo metodológico. Para el autor italiano, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho aspira a describir los logros de la constitucionalización; el neoconstitucionalismo ideológico es aquel que, a diferencia de la ideología constitucionalista, la cual acentuaba el objetivo de la limitación del poder estatal, pone ahora énfasis en la garantía de los derechos fundamentales, destacando la exigencia de que la actividad tanto legislativa como judicial estén encaminadas directamente a la concretización, la actuación y la garantía de tales derechos.

Una versión más fuerte del neoconstitucionalismo está constituida por la doctrina de autores como Dworkin y Robert Alexy, quienes entienden que el paradigma del Estado Constitucional, en tanto sujeta los órganos del Estado a la Constitución y en tanto ésta incluye no sólo derechos fundamentales al modo de cartas de triunfo que hacer valer frente a dichos órganos, sino también principios y valores superiores de índole inequívocamente moral, forzaría una conexión necesaria entre ésta y el derecho y traería consigo una obligación moral de obedecer la Constitución, las leyes y las demás decisiones normativas conformes con la Constitución. Por lo mismo, el neoconstitucionalismo fuerte de tales autores equivaldría a una suerte de “constitucionalismo ético” que, como señala Santiago Sastre Ariza, entraña “el peligro de identificar Constitución con justicia”.

Por su parte, Luigi Ferrajoli apunta a la configuración, o acaso tan solo preconfiguración, de un tercer modelo de Estado de Derecho, un modelo ampliado que resultaría de la gradual pérdida de soberanía por parte de los Estados y del progresivo debilitamiento de las Constituciones nacionales frente a instancias

y fuentes normativas supraestatales, producto todo eso de la aparición de un constitucionalismo internacional. De manera que si el constitucionalismo reflejó la constitucionalización del derecho, el constitucionalismo internacional espejearía ahora la creciente internacionalización del derecho, en especial en materia de derechos fundamentales.

Ley. La ley es una fuente formal del derecho por medio de la cual el órgano o Poder Legislativo, en una tarea asociada con el órgano o Poder Ejecutivo, produce normas jurídicas abstractas, generales y de validez comúnmente indefinida, siguiendo para ello el procedimiento que la Constitución fija para la formación de la ley y ateniéndose igualmente a ciertos límites que en cuanto al contenido de la ley establece también la propia Constitución.

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

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

Referente al procedimiento a seguir por tales autoridades en la formación de la ley, dicho procedimiento se encuentra definido, en sus distintas fases o etapas, en los arts. 65 y siguientes de la Constitución.

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

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

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

crean nuevos servicios públicos, y, en general, con las que tienen relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado.

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

La *discusión* es el conjunto de actos que tienen lugar al interior de ambas cámaras, tanto en la sala como en las distintas comisiones en que cada rama del Congreso divide su trabajo legislativo, y cuya finalidad es el análisis del proyecto de ley respectivo, de modo que los parlamentarios puedan ofrecer las razones en favor y en contra del mismo, así como las proposiciones que permitan mejorar el texto primitivo del proyecto.

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

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

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

Como alternativa a la sanción del proyecto recibido, el Presidente tiene el *veto*, para lo cual cuenta obviamente con ese mismo plazo de 30 días. Por lo mismo, nuestra Constitución establece que si el Presidente desaprueba el proyecto, deberá devolverlo a la Cámara de origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días. Si las dos Cámaras aprueban las observaciones presidenciales, el proyecto queda afinado y se devuelve al Presidente para que proceda a promulgarlo. Lo mismo ocurre si las dos

Cámaras desechan todas o algunas de las observaciones e insisten por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas.

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

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

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

En cuanto a los límites que los órganos que intervienen en la formación de la ley tienen que respetar al dotar a las leyes de un determinado contenido, dichos límites son *dos*. En *primer lugar*, tales órganos no pueden dotar a las leyes de un contenido que vulnere preceptos constitucionales, y, en *segundo término*, sólo pueden regular por medio de leyes los asuntos que la Constitución califica como materias de ley. Dichas materias se encuentran mencionadas en el art. 63 de la Constitución.

Siguiendo en esto el texto de Jorge Correa, Mauricio Montero y Carlos Peña, la expresión "Sólo son materias de ley", con la cual se encabeza la larga lista del art. 60, establece dos principios: a) el principio de que sólo la ley puede regular dichas materias (*principio de exclusividad*); y b) el principio de que sólo esas materias pueden ser reguladas por ley (*principio de exclusión*). Sin embargo, e

Nº 20 del art. 63 pareciera desmentir el carácter taxativo de la enumeración, al establecer que es materia de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya la bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Antes de concluir con la ley como fuente formal del ordenamiento jurídico nacional, conviene reiterar que, además de las *leyes ordinarias* o comunes, que son aquellas que para su aprobación, modificación o derogación requieren de la mayoría de los diputados y senadores presentes en cada Cámara al momento de efectuarse la votación del caso, existen en el derecho chileno las otras tres clases de leyes que hemos tenido ocasión de identificar antes en este capítulo.

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

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

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

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

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

Sobre el particular, cabe destacar cómo la Constitución Política vigente desde 1980 sustrajo progresivamente una buena cantidad de materias a la posibilidad de que pudieran ser legisladas por medio de leyes ordinarias o comunes, en las que, como sabemos, el *quorum* que debe reunirse en cada Cámara es la simple mayoría de los diputados y senadores presentes. Así, para determinadas materias fueron establecidas las leyes de *quorum* calificado, que suben el *quorum* a la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, mientras que para otras materias, de interés político, económico o social aun mayor, fueron establecidas las leyes orgánicas constitucionales, que aumentan el *quorum* a las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio. La espiral continúa luego con el *quorum* de las tres quintas partes que se exige para la reforma de la Constitución, y culmina con el de los dos tercios que se necesitan para modificar aquellos capítulos de la Constitución más sensibles a los acontecimientos políticos que el país vivió luego de 1973. Todavía más, en materia de reforma a la Constitución se contempla la posibilidad de convocar a un plebiscito para que sea la ciudadanía la que resuelva las discrepancias que sobre el particular puedan surgir entre el Presidente y el Congreso, aunque sólo para el caso de que, con motivo de la tramitación de una reforma constitucional, ambas Cámaras insistieran ante el Presidente en un proyecto aprobado por ellas. Cuando esto último ocurre, según el art. 128 de la Constitución, el Presidente tiene dos caminos, a saber, promulgar el texto que haya sido objeto de insistencia o consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito respecto de las cuestiones en desacuerdo.

La Constitución de 1980 ha tenido diversas modificaciones, las más importantes de las cuales ocurrieron en 1989 y 2005. Recién en 2005, por ejemplo, se eliminó de la Constitución la figura de los senadores designados y

vitalicios, que constituían el 20% de una Cámara que interviene decisivamente en la reforma de la Constitución, en la aprobación de las leyes y en algunos relevantes nombramientos de autoridades públicas, tales como Ministros de la Corte Suprema e integrantes del Tribunal Constitucional. A través de tales reformas, el país pudo pasar desde la democracia limitada que consagró el texto constitucional de 1980 a la democracia en forma que tenemos a partir de 2005. Con todo, la Constitución vigente sigue necesitada de reformas todavía pendientes, en especial en la parte que establece los derechos fundamentales de las personas y, desde luego, en los *quorum* que exige para la reforma de algunos de sus capítulos y en los que estableció también para las leyes orgánicas constitucionales. Estas últimas regulan materias de gran importancia, y un *quorum* de cuatro séptimas partes para su aprobación, derogación o reforma concede en el hecho un poder de veto a la minoría que se oponga a cambios en este tipo de leyes. La situación se torna aun más grave desde el punto de vista de la soberanía popular y el ejercicio del poder democrático si se repara en el hecho de que casi todas las leyes orgánicas constitucionales hoy vigentes —incluida la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza— fueron dictadas por el gobierno militar antes del 11 de marzo de 1990, fecha en la que asumieron sus cargos el primer Presidente de la República y los primeros senadores y diputados elegidos por votación popular luego del golpe de Estado de 1973. Todavía más: la recién mencionada LOCE fue publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 1990, lo cual resulta bastante expresivo de la voluntad del régimen militar, lo mismo que en el caso de las demás leyes orgánicas constitucionales que aprobó, de sustraer la discusión y aprobación de ésta al Congreso Nacional que se instaló un día después.

Efectos de la ley. ¿Desde cuándo y hasta cuándo rigen las leyes? ¿En cuál territorio valen las leyes? ¿A quiénes obligan las leyes? Las tres preguntas antes enunciadas inquieren, respectivamente, por los efectos de la ley en cuanto al *tiempo*, en cuanto al *territorio* y en cuanto a las *personas*.

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, motivos plausibles pueden hacer aconsejable, excepcionalmente, que una ley retrotraiga sus efectos a un momento anterior al de la fecha de su publicación. ¿Cómo puede entonces conciliarse la enfática declaración del primer inciso del art. 9 del Código Civil con la existencia de algunas leyes retroactivas? Sobre el particular, se entiende que esa norma

constituye un mandato para el juez, no para el legislador, de manera que su alcance es que los jueces no pueden hacer aplicación de una ley en forma retroactiva, salvo, claro está, cuando el legislador hubiere dado ese carácter a una determinada ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo mismo, *derogación* y *anulabilidad* son instituciones distintas. La derogación cumple la función de renovación o cambio regular del ordenamiento jurídico y tiene el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas. En cambio, la anulabilidad cumple la función de impedir cambios

irregulares del ordenamiento y produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas que son declaradas nulas. Además, la derogación es un acto que ejecuta la misma autoridad que había previamente dictado la norma que se trata ahora de derogar, mientras que en el caso de la anulabilidad ésta es producto de un acto que ejecuta un órgano de aplicación del derecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

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

A propósito de dicha distinción, Josep Aguiló dice que su importancia puede estar en que la abolición implica más que la derogación, y agrega: “El efecto normal de la derogación consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, tiene un cierto componente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución implica, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

otros que eliminar la norma derogada, carecería de sentido, puesto que recaería sobre un “material jurídicamente irrelevante”.

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

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

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

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

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

Por el contrario, cuando se deroga una norma no redundante y se coloca otra en su lugar, se produce un cambio en el sistema, puesto que se sustrae de

ésta la norma derogada, añadidas sus consecuencias y todas las normas para cuya derivación era necesaria la norma derogada. La cuestión se complica, sin embargo, cuando lo que se deroga es una norma que deriva de otra –por ejemplo, la norma “Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja”, derivada de la norma que establece “Juan debe trabajar todos los días de la semana entre las 10 y las 18 hrs.”–, la norma derogatoria –en este caso, “Juan puede tomar alcohol los sábados entre las 10 y las 18 hrs.”– es compatible con cada una de las dos normas anteriores, si se mira a éstas en forma separada, pero no lo es si se la mira conjuntamente. En consecuencia, la pregunta es la siguiente: ¿cuál de las dos primeras normas es la que debe ser eliminada?

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

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

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

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

El mismo principio de territorialidad aparece consagrado en los arts. 5º y 6º del Código Penal. La primera de tales disposiciones establece que “la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”. En cuanto al otro de los artículos, declara que “los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del

territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.

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

De lo primero son ejemplos los arts. 15 y 6º, respectivamente, del Código Civil y del Código Orgánico de Tribunales. El primero de esos artículos sujeta a las leyes chilenas a los chilenos, no obstante tener éstos residencia o domicilio en país extranjero, en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, así como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, aunque sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. Por su parte, la citada norma del Código Penal identifica una serie de delitos que quedan sometidos a la jurisdicción chilena, no obstante ser cometidos fuera del territorio de la República. Entre tales delitos pueden ser mencionados, a vía de ejemplo, los cometidos por un agente diplomático o consular de la República en el ejercicio de sus funciones; los delitos contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado; la falsificación de moneda nacional; la piratería; y los delitos comprendidos en los tratados con otras potencias.

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

Por otra parte, constituye una tendencia actual que ciertos delitos particularmente graves, como el genocidio, los crímenes de guerra y la tortura de personas, puedan ser juzgadas en el extranjero, no obstante haber sido cometidos en el propio país de las víctimas y de los victimarios. A esta materia nos referimos en el Capítulo III, a propósito de la historia de los derechos humanos, al momento particularmente relevante de dicha historia que constituyó el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

¿A quiénes obligan las leyes? En cuanto a los efectos de la ley en relación con las *personas*, suelen ellos mostrarse en tres principios jurídicos, a saber, el

principio de obligatoriedad de la ley, el principio de igualdad ante la ley y el principio de conocimiento de la ley.

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

Tratados internacionales. Los tratados son pactos o acuerdos que suscriben dos o más Estados y tienen por finalidad crear derechos y obligaciones para los Estados que concurren a ellos, u organizar entidades internacionales que no son Estados y establecer la competencia de esas entidades y el modo como habrán de relacionarse con los estados.

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

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

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

En el caso de Chile, nuestra Constitución establece normas sobre la formación de los tratados en el N° 15 del art. 32, disposición ésta que establece cuáles son las atribuciones especiales del Presidente de la República.

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

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

La primera parte de la fase externa está constituida por la *negociación*, que es el conjunto de las actuaciones por medio de las cuales los Estados procuran llegar a un acuerdo acerca de las cláusulas de un tratado. Cuando la negociación es exitosa conduce a una segunda parte, a saber, la *adopción del texto* del tratado, que tiene lugar cuando el texto de que se trate cuenta ya con el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración. Viene a continuación una tercera parte, llamada *autenticación*, que consiste en el acto formal por medio del cual el texto de un tratado queda establecido como auténtico y definitivo.

En cuanto a la *fase interna*, consiste en la aprobación que al texto de un tratado debe dar el Congreso Nacional. Por lo mismo, una vez autenticado, el tratado en formación tiene que ser sometido por el Presidente a la aprobación del Congreso, en el cual se deben seguir los mismos trámites de una ley, con la única diferencia de que el Congreso sólo puede aprobar o desechar los tratados que le presente el Presidente, mas no modificarlos. Esto último es lo que se desprende del art. 54 de nuestra Constitución, que, al establecer las atribuciones exclusivas del Congreso, señala, en primer lugar, la de “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

Es en atención a esa fase interna a que según nuestro derecho debe someterse la formación de los tratados que éstos se asimilan de algún modo a las leyes internas del país y, aunque, propiamente hablando no son leyes ni tienen tampoco la jerarquía de éstas por el solo hecho de que debe sujetárselos a los trámites propios de la formación de las leyes.

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

A continuación viene el *canje o depósito* de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. La Convención de Viena dice que tales instrumentos harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuar: a) su canje entre los Estados contratantes; b) su depósito en poder del depositario, o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario si así se ha convenido. Este depositario puede ser un Estado neutral, algún organismo internacional o el principal funcionario administrativo de dicho organismo.

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

Decretos con jerarquía de ley. Los decretos con jerarquía de ley constituyen una clara expresión legislativa del Poder Ejecutivo, puesto que, si bien regulan materias propias de una ley, esto es, materias que deberían ser aprobadas también por Poder Legislativo, emanan sólo del primero de esos órganos o poderes.

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

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

Los *decretos con fuerza de ley* son actos legislativos del Presidente de la República que regulan materias propias de una ley, procediendo para ello el

Presidente sobre la base de una autorización previa que le confiere el Congreso Nacional.

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

Los decretos con fuerza de ley encuentran su fundamento en el inciso primero del art. 64 de nuestra Constitución, puesto que allí se dice que el Presidente podrá solicitar autorización al Congreso para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre materias que corresponden al dominio de la ley, y que dicha autorización debe ser dada por el Congreso por medio de una ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Si se intentara un paralelo entre los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes, sus *semejanzas*, a la vez que su *diferencia*, saltan de inmediato a la vista. En cuanto a sus *semejanzas*, ambos emanan del Presidente de la República, es decir, ambos constituyen manifestaciones legislativas del Poder Ejecutivo; ambos, por otra parte, regulan materias propias de una ley; y ambos, en fin, responden a circunstancias extraordinarias, aunque menos

excepcionales en el caso de los decretos con fuerza de ley que en el de los decretos leyes, puesto que el hecho que conduce a la dictación de estos últimos –la ruptura del orden constitucional– es, de por sí, un acontecimiento excepcional. En punto a su diferencia, cabe reiterar que ella se encuentra en que ambos tipos de decretos regulan materias propias de una ley, aunque sólo en el caso de los decretos con fuerza de ley existe autorización previa de parte del órgano legislativo.

Manifestaciones de la potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria es la facultad que la Constitución y las leyes otorgan al Presidente de la República, así como a otras autoridades administrativas, para producir normas jurídicas, destinadas a regular materias que no sean de dominio legal, a facilitar una adecuada aplicación de las leyes y al mejor y más eficaz cumplimiento de las funciones de gobierno y administración que corresponden a tales autoridades.

En el caso del ordenamiento constitucional chileno, a esta facultad se refiere de modo expreso el N° 6 del art. 32 de la ley fundamental, que incluye entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Todo ello en atención a que, en un ámbito más general que el de las atribuciones especiales que la Constitución le otorga al Presidente de la República, según dispone el art. 24 de la Constitución, corresponde el gobierno y la administración del Estado, motivo por el cual se le reconoce como el Jefe del Estado y Jefe de Gobierno.

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

Por ello es que se acostumbra distinguir entre potestad reglamentaria *autónoma* y potestad reglamentaria de *ejecución*. Por medio de la primera, el Presidente dicta normas sobre materias que la Constitución no ha reservado al dominio legal, en tanto que por intermedio de la segunda esa misma autoridad facilita la aplicación de las leyes.

En cuanto a la potestad reglamentaria *autónoma*, ella se fundamenta en que no todas las materias tienen necesariamente que ser reguladas por leyes, mientras que la potestad reglamentaria de *ejecución* se explica porque las disposiciones abstractas y generales de las leyes que produce el órgano legislativo están muchas veces necesitadas de disposiciones complementarias que faciliten la aplicación o ejecución de tales disposiciones. Tanto es así que con cierta frecuencia las propias leyes establecen en su articulado que el Presidente de la República deberá dictar las normas adicionales que sean necesarias para la mejor aplicación o ejecución de sus disposiciones. El Presidente de la República ejerce asimismo la potestad reglamentaria para regular los aspectos particulares de aquellas materias respecto de las cuales la potestad legislativa sólo es competente para regular sus *bases*—como en los casos de los números 4 y 18 del art. 63 de la Constitución— así como de aquellas materias de ley que pueden ser subsumibles en la declaración del número 20 de esa misma disposición constitucional.

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

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

A las manifestaciones de la potestad reglamentaria se las denomina en general *decretos supremos y resoluciones*. Los decretos supremos son órdenes escritas que dicta el Presidente de la República, o un ministro por orden del Presidente, sobre asuntos propios de la competencia de tales autoridades. Por su parte, las resoluciones son actos administrativos que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Según nuestra legislación, constituyen también actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

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

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

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

Respecto al control de los actos administrativos, es decir, de las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado y en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública, cabe señalar que ellos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, según lo dispone el art. 3 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, N° 19.880. Por tanto, la regla general es el Control a posteriori y no preventivo. Esa misma ley establece distintas formas de revisión de tales actos, ya sea por propia iniciativa del órgano que los dicta o a petición de personas interesadas.

Autoacordados. Los autoacordados emanan no de las autoridades políticas ni administrativas, sino de los tribunales superiores de justicia, y contienen normas jurídicas de carácter general que tienen la finalidad de conseguir una eficaz y expedita administración de justicia. Por lo mismo, no pueden ser entendidos como expresión de la función jurisdiccional que compete a los tribunales de justicia, sino como manifestaciones legislativas de los tribunales superiores de justicia, por medio de las cuales estos últimos, y en especial la Corte Suprema, regulan determinadas materias que en rigor tendrían que ser normadas por medio de leyes. No faltan autores, sin embargo, que consideran que los autoacordados se asemejan a los decretos reglamentarios.

En cuanto a la explicación que puede darse para la existencia de los autoacordados, cabe señalar que ellos vienen a complementar algunos vacíos que se advierten respecto del modo en que la Constitución o las leyes han regulado determinadas acciones o recursos de que deben conocer los tribunales de justicia. Es lo que acontece, por ejemplo, con los autoacordados que la Corte Suprema ha dictado acerca de la tramitación que debe darse a dos recursos establecidos por la Constitución, como son el de protección y el de amparo. Existen también autoacordados que regulan materias distintas a acciones y recursos, como es el caso del que norma el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional. Con todo, hay autoacordados que los tribunales superiores dictan de propia iniciativa y otros que dictan por disposición de la Constitución o de la ley, como es el caso de aquel que regula la tramitación del recurso de protección.

En cuanto a la justificación normativa de los autoacordados, ella puede encontrarse en el art. 82 de la Constitución, que confía a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales, con excepción tan solo del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, tribunales electorales regionales y tribunales militares en tiempo de guerra, disposición que se complementa con la del art. 3 del Código Orgánico de Tribunales, que declara que los tribunales además de la facultad de conocer las causas, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, y de intervenir en todos aquellos asuntos no contenciosos en que una ley requiere su intervención, tienen las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se les asigna en los respectivos títulos de ese mismo Código.

Las facultades conservadoras se refieren a la labor que compete a los tribunales en la protección de los derechos fundamentales, mientras que las facultades

disciplinarias guardan relación con la vigilancia y castigo que los tribunales superiores deben llevar a cabo respecto de jueces y funcionarios judiciales. En cuanto a las facultades económicas, que son las que autorizarían a los tribunales superiores para dictar autoacordados, son aquellos que se ejercen para conseguir una mejor y más pronta administración de justicia.

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

Sin perjuicio de los dos autoacordados previamente mencionados de la Corte Suprema, otros autoacordados aparecen publicados en el Apéndice de la Constitución Política y en el del Código Orgánico de Tribunales.

2. LA COSTUMBRE JURÍDICA

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

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

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

Que la costumbre sea una fuente formal del derecho permite advertir cómo un hecho —la repetición uniforme de un cierto comportamiento— puede producir normas jurídicas, llamadas consuetudinarias, que aparecen también entre los materiales integrantes de los ordenamientos jurídicos dotados de realidad histórica. Sin embargo, y tal como apunta Roberto Vernengo, “la relación

entre el hecho consuetudinario, como fuente, y las normas consuetudinarias por él producidas, no es enteramente semejante a la que el jurista advierte, por ejemplo, entre los actos legislativos y la ley. No sólo porque de algún modo repugna al estilo de pensar jurídico aceptar que un mero hecho sea origen de enunciados normativos, sino también porque la tajante distinción entre el hecho consuetudinario y la norma producida es borrosa”, circunstancia que “impide pensar la relación entre el hecho de la costumbre y la norma consuetudinaria como la relación entre el acto legislativo y la ley”.

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

Por lo demás, los inicios de la vida en sociedad del hombre se caracterizan porque la convivencia se organiza a partir de normas consuetudinarias indiferenciadas, entre las cuales no es posible distinguir a las normas propiamente jurídicas de las de carácter religioso y moral. Es en ese contexto indiferenciado de normas en el que las normas consuetudinarias de tipo jurídico se van constituyendo como un sector normativo específico que precede a las normas jurídicas escritas que provienen de actos formales de creación jurídica confiados a determinadas autoridades normativas. Con todo, la costumbre jurídica retrocede más tarde en importancia, precisamente ante el avance de un derecho escrito que va más allá de reproducir meramente las normas consuetudinarias y que expresa la voluntad normativa de quienes lo producen. Como escribe Rivacoba, “la costumbre y la legislación son las formas históricamente más importantes de producir y aparecer el derecho. Sin embargo, aquélla es anterior en el tiempo, pues la segunda requiere una no escasa evolución cultural en las comunidades humanas: que hayan alcanzado un grado apreciable de organización política, con autoridades bien definidas que la dicten, y el uso de la escritura, para fijarla”.

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

El elemento *objetivo* está constituido por la repetición constante y uniforme de una determinada conducta por parte de los sujetos de una comunidad

jurídica dada, esto es, se trata de un hecho que se reconoce en cuanto tales sujetos se comportan bajo ciertas condiciones de una misma manera y que ese comportamiento similar se prolonga durante un tiempo suficientemente largo.

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

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

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

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

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

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

Siguiendo en esto a Kelsen, se puede advertir que las constituciones de los Estados modernos establecen órganos legislativos especiales que son competentes para producir normas generales aplicables tanto por los tribunales como por los organismos administrativos, “de suerte que al escalón de los procedimientos constituyentes sigue el escalón de la legislación y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos”. Sin embargo, “la Constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado”. Un hecho –continúa el autor– que “se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; y en que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surgen la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse”.

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

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

b) la legislación, por lo mismo, es una fuente formal heterónoma, o en la que predomina una dimensión de heteronomía, mientras que la costumbre

jurídica es una fuente autónoma, o en la que predomina una dimensión de autonomía, tal como se tuvo oportunidad de mostrar en el Capítulo II,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Costumbre *fuera de la ley* es aquella que surge al margen de la ley y es utilizada para llenar vacíos o lagunas de ésta. En consecuencia, la costumbre fuera de la ley está constituida por normas consuetudinarias que no se oponen a sus similares del derecho legislado, sino que versan sobre materias no reguladas por este último.

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

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

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

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

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

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

Por su parte, el art. 4º acepta la costumbre *fuera de la ley*, al disponer que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

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

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

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

En el marco de las políticas públicas de reconocimiento, respeto y protección de nuestros pueblos indígenas y sus culturas, la ley 19.253, de 5 de octubre de 1993, contempla normas especiales que deben ser observadas en los procedimientos judiciales. El art. 54 de esa ley dispone que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”. En consecuencia, para que la costumbre constituya derecho se requiere que los indígenas sean de una misma etnia y que se respete el principio de supremacía constitucional. La citada disposición agrega que en materia penal se considerará a la costumbre cuando “pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”. Y en materia de prueba de la costumbre, el aludido art. 54 dispone que “podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) a requerimiento del tribunal”.

Todo lo anterior se encuentra en concordancia con un Convenio de la OIT, ratificado por Chile, que prescribe que al aplicar la legislación nacional deben tomarse en debida consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos, los cuales tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Y el mismo convenio agrega que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, señalando también que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Como se puede apreciar del conjunto de las disposiciones antes citadas, el derecho nacional reconoce las particularidades culturales de los pueblos indígenas, incluso en materia penal, aunque en los términos señalados y con el límite que representa ese mismo derecho y, desde luego, los derechos humanos reconocidos por él y, asimismo, por el ordenamiento jurídico internacional.

La costumbre jurídica tiene gran importancia en el derecho internacional, tanto como una fuente formal autónoma, independiente de los tratados, y como

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

3. JURISPRUDENCIA

Acepciones de la palabra “jurisprudencia”. La jurisprudencia como saber. La jurisprudencia de los tribunales. El carácter normativo de la sentencia judicial. Creación y aplicación de derecho por los jueces: el debate Atria-Bulygin. La jurisprudencia en el derecho chileno.

Acepciones de la palabra “jurisprudencia”. La palabra “jurisprudencia” tiene en la literatura jurídica dos acepciones principales, una ligada a la idea de saber o conocimiento del derecho, y otra vinculada a la actividad de los órganos jurisdiccionales. Por lo mismo, en la primera de sus acepciones, “jurisprudencia” es una palabra ligada a la actividad de los *juristas*, mientras que en su segunda acepción se trata de una palabra vinculada a la actividad de los *jueces*.

La jurisprudencia como saber. En su primera acepción “jurisprudencia” tiene a su vez dos significados, uno más habitual o común, conforme al cual se utiliza esa palabra para aludir a la actividad que desde antiguo realizan los juristas con el fin de exponer o describir un derecho vigente y facilitar su aplicación; y otro menos habitual que alude a un tipo de saber más general acerca del derecho, cuya finalidad no es enunciar proposiciones acerca de un determinado derecho dotado de vigencia y realidad histórica, sino formular proposiciones que puedan tener validez por referencia a todo derecho positivo. En el primero de esos dos significados, “jurisprudencia” es lo mismo que “ciencia del derecho”, mientras que en el segundo reemplaza a expresiones tales como “filosofía del derecho” o “teoría general del derecho”.

En cuanto al primero de los dos significados que tiene la palabra “jurisprudencia” como saber, conviene decir que en distintas partes de este manual se llama la atención acerca de la diferencia entre el *derecho*, como dato o fenómeno que acompaña la vida del hombre en sociedad, y la *ciencia del derecho*,

como un determinado saber que desde antiguo los hombres han constituido acerca de ese dato o fenómeno llamado "derecho". El derecho, en cuanto orden normativo de la conducta, constituido preferentemente por normas, es el objeto de conocimiento de un determinado saber llamado "ciencia del derecho". Por su parte, la ciencia del derecho, en cuanto saber acerca del derecho, constituida por proposiciones normativas, es una actividad de tipo cognoscitivo que se practica para conocer ese objeto denominado "derecho". Por lo mismo, el derecho es producto de quienes tienen competencia para producirlo por intermedio de las distintas fuentes formales que nos encontramos presentando, mientras que la ciencia del derecho es producto de la actividad de quienes, sin tener competencia para producir normas jurídicas, hacen de éstas su objeto o materia de estudio.

Por lo mismo, puede decirse que la ciencia del derecho es normativa únicamente en cuanto *versa* o recae sobre normas jurídicas —las que componen un ordenamiento jurídico dado—, mas no en cuanto a que a ella le corresponda *producir* normas de un ordenamiento jurídico determinado. Lo que la ciencia del derecho produce son *proposiciones normativas*, esto es, enunciados de tipo cognoscitivo acerca de las normas y otros estándares que forman parte de un ordenamiento jurídico dado.

Ahora bien, que ese saber acerca del derecho que llevan a cabo los juristas constituya o no una ciencia, es algo que va a depender, finalmente, del concepto de ciencia que se maneje. Un concepto de ciencia puede ser lo suficientemente amplio como para incluir una actividad del tipo de la que realizan los juristas cuando intentan describir un determinado ordenamiento jurídico, en tanto que un concepto más restringido de ciencia puede excluir actividades como la señalada. Sin embargo, y sea que se trate o no de una actividad dotada de carácter científico, lo cierto es que desde muy antiguo una clase especial de personas —los juristas— practican esa actividad y pueden ofrecer, como resultado de la misma, un saber —científico o no— que goza de reconocimiento y prestigio.

Pues bien, para aludir a esa actividad, según venimos diciendo, se utiliza la palabra "jurisprudencia", como sinónimo de "ciencia del derecho", en el primero de los dos significados que tiene aquella palabra cuando se la liga a la idea de saber o conocimiento.

En tal sentido, la jurisprudencia es una actividad antigua, cuyos orígenes se vinculan en el Derecho Romano al primer texto legal escrito —la Ley de las

XII Tablas— del siglo V a. de C., al que tuvimos oportunidad de referirnos en la parte de las fuentes materiales del derecho.

Pero es recién en el siglo II a. de C., cuando encontramos una jurisprudencia romana madura, caracterizada porque la labor de los juristas, si bien centrada sobre los preceptos del derecho, estaba orientada a casos prácticos y se expresaba, en consecuencia, en respuestas o dictámenes que los juristas romanos emitían acerca de tales casos. En ese momento del desarrollo de la jurisprudencia —preciso es reconocerlo—, ella aparece como una actividad decisoria, puesto que, andando el tiempo, los dictámenes de los juristas adquieren fuerza vinculante y se transforman en una especie de fuente del derecho. Esta situación tuvo, sin embargo, un carácter transitorio y, tal como advierte Manuel Atienza, constituyó la inversa de lo que sería luego característico de la jurisprudencia de la época siguiente y de la ciencia jurídica moderna: “la fuente de autoridad no lo serán ya los juristas, sino las leyes; el derecho se configurará como algo previo a la labor del dogmático”.

La posterior obra codificadora de Justiniano estuvo compuesta por el *Código*, que fue una recopilación de las leyes vigentes; el *Digesto*, que recogió las obras de la jurisprudencia; las *Instituciones*, elaboradas sobre el modelo del jurista Gayo y destinada a facilitar el aprendizaje del derecho; y las *Novelas*, que constituyó una recopilación de las leyes posteriores al *Código*.

Mucho más tarde, el descubrimiento del *Corpus Iuris*, que fue el nombre que se dio al conjunto de la recopilación de Justiniano, favoreció en la alta Edad Media la aparición y desarrollo de una jurisprudencia europea, a la que contribuyeron grandemente los glosadores, a quienes nos vamos a referir más adelante, en el capítulo sobre interpretación e integración del derecho.

A partir de ese instante, la jurisprudencia tuvo un rico proceso de desarrollo, hasta desembocar en la ciencia jurídica moderna, también llamada “dogmática jurídica”, cuya labor consistiría en identificar un ordenamiento jurídico determinado; verificar cuáles de sus normas son válidas; interpretar las normas válidas del ordenamiento, concordándolas entre sí; ofrecer una reconstrucción de tipo conceptual y sistemático del respectivo material normativo previamente identificado e interpretado; y favorecer, por último, una más adecuada aplicación de las normas por parte de los órganos y sujetos —en especial los jueces— que tienen competencia para producir las normas del ordenamiento jurídico.

En su segundo significado como saber o conocimiento, “jurisprudencia”, en especial en los países de habla inglesa, designa una rama del saber bien distinta de la ciencia jurídica o dogmática jurídica. Como señala Alf Ross, en tales países *jurisprudence* es una palabra que designa una rama del conocimiento jurídico que se distingue de otras por sus problemas, objetivos y métodos. En Europa continental, en cambio, para esa rama del conocimiento se emplean expresiones tales como *filosofía del derecho*, *ciencia general del derecho*, o *teoría general del derecho*, expresiones todas con las que se alude a diversos estudios generales acerca del derecho y, en cuanto tales, distintos de los estudios corrientes que se realizan en las Facultades de Derecho —destinados a exponer las normas jurídicas válidas en una cierta sociedad y en una época determinada—, aunque tales estudios generales no tienen otro elemento en común que ese, puesto que se refieren a temas muy distintos y reflejan también perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí. Para un análisis más detallado de los cometidos de la ciencia del derecho o dogmática jurídica, de la teoría general del derecho y de la filosofía del derecho, puede consultarse nuestro libro *Filosofía del Derecho*, en el que se identifican y analizan, una a una, tanto las *funciones* de la dogmática jurídica como las *operaciones* que ella realiza con el material normativo con el cual trabaja.

La jurisprudencia de los tribunales. Vinculada ahora a la función jurisdiccional, la palabra “jurisprudencia” tiene tres diferentes significados.

En *primer lugar*, se llama de ese modo al conjunto de fallos o decisiones de un tribunal de justicia cualquiera que han sido dictados sobre una similar materia o asunto, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretárselo. En este primer significado, puede decirse que todo tribunal, cualquiera sea su posición o jerarquía en la organización de los tribunales de un país, tiene o forma su propia jurisprudencia en la medida en que resuelve un mismo tipo de asuntos de la misma manera y da así una señal o indicación acerca de cómo los resolverá probablemente en el futuro. Es cierto que un tribunal no está vinculado por los fallos que haya dado sobre un mismo asunto, pero lo más probable es que confiera alguna estabilidad a los criterios de interpretación y decisión que hubiere observado previamente sobre determinada materia.

En *segundo lugar*, “jurisprudencia” es una palabra que se emplea para aludir a una serie de fallos concordantes dictados por los tribunales superiores de justicia en casos o asuntos similares, los cuales permiten establecer el o los criterios que

esos tribunales observan uniformemente en presencia de casos similares. Los tribunales inferiores pueden no estar vinculados por los fallos de los tribunales superiores, en nombre de la independencia interna que tiene todo tribunal para resolver los asuntos de su competencia, pero es un hecho que fallos concordantes de los tribunales superiores sobre un determinado asunto van a influir en los criterios y decisiones que adopten los correspondientes tribunales inferiores.

Por lo mismo, puede decirse que en los dos significados que acabamos de ver, la jurisprudencia, si bien no se configura como fuente *formal* del derecho, juega un importante papel como fuente *material* de éste. No se configura como fuente formal, porque la jurisprudencia que se hubiere formado sobre determinada materia jurídica no obliga ni al tribunal que la formó ni a los tribunales inferiores, aunque juega un papel importante como fuente material, puesto que, de seguro, influirá en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior.

Los dos significados previamente explicados sirven también para advertir que, contra lo que acostumbra decirse, lo mismo puede formar jurisprudencia el tribunal supremo de un país que el juez de policía local de la comuna más pequeña. Como comenta Manuel de Rivacoba, “tan independientes son, en principio, uno como otro, del criterio sustentado en los fallos de cualquier órgano jurisdiccional e incluso en los suyos propios, porque, a través de la función de juzgar y dentro de los límites de sus respectivas competencias, todos ejercen igualmente la soberanía o supremo poder del Estado”.

Con todo, es preciso admitir que de esos dos significados de “jurisprudencia”, el segundo es el que se usa mayormente, a la vez que la modalidad en que a la jurisprudencia se suele conceder mayor importancia. Lo que ocurre —escribe Rivacoba— es que “el criterio de los tribunales de mayor jerarquía suele venir avalado por la superior preparación jurídica que se exige a sus integrantes y la gran autoridad moral de que normalmente están revestidos, lo que hace que se imponga a los inferiores por el convencimiento y el respeto que suscita, no por obligatoriedad jurídica. Esto se comprende mejor todavía si se tiene presente que esos mismos tribunales no están vinculados por sus propios criterios, y que es usual que los cambien también más o menos a menudo, hablándose, entonces, de que el tribunal tal o cual ha cambiado o variado su jurisprudencia”.

Distinto es el caso del derecho anglosajón, o del sistema del *common law*, que aunque también se sirve de la legislación, llamada en ese derecho *statute law*, es

preferentemente un derecho jurisprudencial, esto es, basado en las sentencias dadas por los tribunales, las cuales se configuran como precedentes obligatorios a ser aplicados en los casos futuros de igual índole que puedan promoverse. En este sistema, los tribunales tienen el deber de atenerse a las decisiones anteriores que se hubieren administrado para casos similares o análogos por los mismos tribunales o por otros de mayor jerarquía (*stare decisis*). Se trata, como acostumbra decirse, de un *derecho del caso*, lo cual explica que en los países anglosajones se hable de *case law* y que los estudios de derecho y la práctica de los abogados se concentren antes en el estudio de casos que en el estudio de leyes. En este contexto, por lo mismo, puede entenderse perfectamente la conocida definición que Holmes dio del derecho: "Las profecías acerca de lo que harán los tribunales". Se trata, como se ve, de una frase provocativa, aunque no enteramente desligada de la realidad, puesto que de acuerdo a ella lo que un profesor reconoce y explica como derecho en sus clases, o lo que un abogado admite como derecho ante la consulta de un cliente, no serían más que conjeturas acerca de lo que los jueces, conociendo de esas materias, reconocerían y declararían como derecho. Entre otras razones, esto explica que el razonamiento judicial, esto es, aquel que los jueces llevan a cabo en contextos de derecho cuando conocen y fallan los asuntos que se les someten, haya adquirido en las últimas décadas una marcada preeminencia sobre otras modalidades o manifestaciones del razonamiento jurídico, por ejemplo, aquel que llevan a cabo los legisladores cuando discuten y aprueban leyes.

Dicha definición, como es bien patente, sugiere que si alguien pregunta en los países del *common law* qué dice el derecho sobre determinado asunto o materia, el profesional o experto consultado atiende ante todo a la manera como los tribunales han resuelto antes esa materia, de modo que su respuesta a dicha pregunta, más que referirse a las normas legales o provenir de un buen manejo de éstas, proporciona información al cliente acerca de la manera en que los tribunales decidirían el asunto de que se trate.

En el llamado *sistema continental*, formado por la recepción del Derecho Romano, las cosas ocurren de manera muy diferente y la atención de todos los operadores jurídicos se concentra antes en la legislación que en la jurisprudencia de los tribunales.

En los países de Europa continental, en especial en Francia, luego de la codificación que tuvo lugar a inicios del siglo XIX, la unificación de la jurisprudencia constituyó un objetivo político deliberadamente buscado. A ello

colaboró, por ejemplo, la organización de un tribunal de casación más próximo al Poder Legislativo que al judicial y sujeto al control de aquél y no de éste, que tuvo por función fiscalizar al Poder Judicial y vigilar la interpretación y aplicación que los jueces hacían de las leyes. Dicho tribunal, que sólo más tarde se incorporó como una función propiamente judicial confiada a la Corte de mayor jerarquía, tuvo por finalidad uniformar los criterios de interpretación y aplicación de las leyes por parte de los jueces e impedir que éstos se apartaran de la voluntad que el legislador había impreso o depositado en los textos legales de que era autor.

Las precedentes ideas encontrarán un mayor desarrollo en el Capítulo V, en el que se tratará de la Escuela de la Exégesis, caracterizada, entre otros, por el postulado de que sólo el legislador crea derecho y que los jueces están llamados nada más que a aplicar lo que el legislador hubiere establecido previamente como derecho.

Para concluir lo concerniente a este segundo significado de la voz “jurisprudencia”, vale la pena añadir algo más acerca de la casación y del papel que ella juega en la unificación de la jurisprudencia de los tribunales. Como señala Rivacoba, “la casación es una institución jurídica complementaria, por su naturaleza, del Poder Legislativo, pero formalmente configurada como un recurso procesal extraordinario y ejercida en algunos ordenamientos por órganos del Poder Judicial, destinada, en principio, a anular las sentencias fundadas en una interpretación errónea de la ley, y convertida después, además, en el principal medio de unificación de la jurisprudencia”.

El carácter normativo de la sentencia judicial. El tercer significado que tiene la palabra “jurisprudencia” cuando es utilizada en relación con la labor que cumplen los órganos jurisdiccionales, alude a las normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces por medio de las sentencias con las que ponen término a las controversias y demás gestiones que ante ellos se promueven.

Si bien este punto recibirá tratamiento en el capítulo siguiente, a propósito del lugar que ocupa la sentencia judicial en la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, es preciso anticipar algunos conceptos sobre el particular.

De partida, el derecho, visto como un orden normativo de la conducta humana, no está constituido únicamente por las normas *abstractas y generales*

de la legislación, las cuales regulan clases de actos o situaciones y extienden su ámbito de validez a todos los sujetos normativos de una comunidad jurídica dada o, cuando menos, a un número indeterminado de éstos. En efecto, hay también normas jurídicas *concretas* y *singulares* —como las que producen los jueces por medio de sus fallos o los sujetos de derecho por medio de los actos jurídicos y de los contratos—, las que regulan actos o situaciones perfectamente delimitados y cuya validez se circunscribe, en principio, a los sujetos que hayan intervenido en el acto o en la situación de que se trata. Todavía más, todo ordenamiento jurídico puede ser visto como una estructura escalonada de normas, en cuya parte superior están las normas abstractas y generales de la Constitución y de las leyes, mientras que en la parte inferior se ubican las normas concretas y singulares que producen los jueces por medio de sus fallos.

Lo anterior significa que los jueces, llamados a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador, producen también nuevo derecho por medio de las sentencias que dictan, esto es, *aplican* las normas abstractas y generales de la legislación y, cuando proceda, las de la costumbre jurídica, pero, a la vez, *producen* las normas concretas y singulares que vienen a resolver los asuntos sometidos a su competencia.

Por su parte, el legislador, llamado a *producir* derecho por medio de las leyes que vota y aprueba, también *aplica* derecho, concretamente las normas de la Constitución que le invisten de la facultad de dictar leyes, le señalan el procedimiento para ello, y le ponen ciertos límites en cuanto al contenido de que puede dotar a las leyes.

En consecuencia, tanto el legislador como el juez *aplican* y *producen* derecho, y no es aceptable el punto de vista tradicional que vea la producción y aplicación del derecho como dos funciones enteramente diferenciadas una de la otra y confiadas a órganos o poderes del Estado distintos. Es efectivo que en el caso del legislador la función de producir derecho parece preponderante respecto de la de aplicarlo, mientras que tratándose de los jueces acontece la situación inversa, pero ello no priva de validez a la afirmación de que ambos órganos concurren tanto a la producción como a la aplicación del derecho. Todavía más, jueces y legisladores no sólo *producen* y *aplican* derecho, sino que *interpretan* el derecho, lo cual no sólo relaciona, sino que imbrica las operaciones de producir, aplicar e interpretar derecho en el caso de jueces y legisladores. Unos y otros producen derecho —en un caso por medio de las leyes que aprueban y en otro por medio de las sentencias que dictan— y, para

ello, aplican derecho —el legislador las normas constitucionales que lo invisten de la competencia para aprobar leyes, fijan el proceso de formación de éstas y establecen ciertos límites en cuanto al contenido que el legislador pueda darles, y el juez las normas que regulan los casos sometidos a su conocimiento tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo—, una operación, la de aplicar derecho, que supone una interpretación de éste, es decir, que supone que tanto legisladores como jueces acuerdan algún sentido y alcance a las normas que aplican con motivo del ejercicio de sus respectivas funciones. En síntesis, si *producción* de derecho es de consumo aplicación de derecho, toda *aplicación* de derecho conlleva una *interpretación* del derecho que se aplica. Cosas distintas, a la vez, son el *obedecimiento* del derecho, una conducta que corresponde llevar a cabo a los sujetos imperados por éste, o sea, a los sujetos normativos, y la *ejecución* del derecho, que es algo distinto de su aplicación, y que consiste en la actividad de hacer efectiva una norma, como cuando Gendarmería recibe a un condenado a sufrir privación de libertad y lo ingresa y mantiene en una celda por el tiempo que hubiere determinado la sentencia del caso.

Desde un punto de vista dinámico, como escribe Kelsen, “la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y, de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido”.

A mayor abundamiento, Kelsen insiste en que la sentencia judicial no tiene un carácter meramente *declaratorio*. Tiene, por el contrario, un carácter *constitutivo*. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación de un derecho previamente dado, sino declaración de algo que valdrá como derecho sólo a partir de la sentencia correspondiente.

Descontada la hipótesis de las lagunas de la ley y los casos en que la propia ley permite al juez varias alternativas de decisión —por ejemplo, aplicar una pena pecuniaria o una privativa de libertad—, en los que el carácter constitutivo de la sentencia que dicta el juez resulta más evidente, lo cierto es que cada vez que un juez, en aplicación de las normas legales que regulan el caso, adopta en su sentencia una determinada decisión, está introduciendo una norma jurídica

individual que estatuye alguna consecuencia jurídica específica para determinados sujetos, norma individual que, como tal, no existía antes de la sentencia y que es también distinta de las normas generales de la ley que condujeron a su establecimiento. Por ejemplo, si la ley establece que una falta debe ser castigada con una multa de una a diez Unidades Tributarias, la sentencia que condena a Juan, como responsable de una falta, a pagar una multa de cinco Unidades Tributarias es claramente constitutiva, puesto que antes de que el juez lo decidiera de ese modo ninguna norma del ordenamiento imponía a Juan la obligación de pagar a beneficio fiscal una cantidad de dinero equivalente a 5 Unidades Tributarias Mensuales. Es más, si la falta estuviera castigada por la ley con una pena única de 10 Unidades Tributarias y el juez aplicare a Juan esa misma y única sanción posible, la sentencia de éste continuaría teniendo un carácter constitutivo, puesto que Juan tiene la obligación jurídica de pagar esa multa sólo a partir del momento en que el juez lo decidió así, no antes.

En consecuencia, como escribe nuevamente Kelsen, “sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial, el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales, el ignorar las normas jurídicas individuales, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa”.

Pero si tanto legisladores como jueces producen, aplican e interpretan derecho, según mostramos en este acápite, existiendo por tanto entre la función de unos y otros una diferencia antes *cuantitativa* que *cualitativa*, hay ciertamente algunos rasgos típicos de la creación judicial del derecho, a saber, que por regla general tiene lugar a petición de partes o interesados en un caso determinado, que se expresa en normas jurídicas particulares que, como tales, restringen su imperio al caso y partes de que se trata, y que la sentencia que produce las normas del caso tiene que ser fundada por el juez que la hubiere dictado. Respecto de lo último, es cierto que el legislador, ya sea en el caso de las mociones o de los mensajes, suele anteponer a los proyectos de ley de que es autor una exposición de motivos, o sea, algo parecido a la justificación que los jueces hacen de la parte declarativa de sus fallos. Sin embargo, la densidad o espesor son bien distintos en uno y otro caso, sin perjuicio de que lo sea también la finalidad: tratándose de la exposición de motivos, el legislador busca convencer acerca de la conveniencia social de la ley que promueve, esto es, de los buenos efectos que se seguirán de ella para el conjunto de la sociedad, mientras que en el caso de los jueces la justificación apunta a motivar la decisión

que adoptan frente al caso de que se trata, con el propósito de persuadir de que la decisión se ajusta no a las expectativas de la sociedad, sino al derecho preexistente al caso.

Creación y aplicación de derecho por los jueces: el debate Atria-Bulygin. Un interesante debate sobre creación y aplicación del derecho por parte de los jueces es el protagonizado por Eugenio Bulygin y Fernando Atria. Los textos de uno y otro fueron publicados en Valparaíso, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 19, correspondiente a 2001. Un debate, como se verá a continuación, que se encuentra mediado por la teoría de Kelsen acerca del juez como creador de normas jurídicas particulares.

En el texto de su autoría, Bulygin expone la doctrina tradicional al respecto, que “se caracteriza por una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia”, una doctrina que se apoya a su vez en “la separación entre el *Poder Legislativo* como poder político por excelencia, ejercido por el Parlamento compuesto por los representantes del pueblo, encargado de la creación del derecho, y el *Poder Judicial*, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales, cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el Poder Legislativo”.

Señala luego Bulygin que la doctrina tradicional fue criticada por Kelsen, quien sostuvo, como hemos tenido oportunidad de mostrar aquí, que los actos del legislador y del juez son tanto de aplicación como de creación de derecho. Sólo la ejecución de la sentencia sería un acto de pura aplicación, mientras que la aprobación de la históricamente primera Constitución de un Estado, o de una nueva primera Constitución resultado de una revolución o golpe de Estado exitosos –según explicaremos en el siguiente capítulo– sería uno de pura creación de derecho. Y agrega todavía Bulygin: de acuerdo a la doctrina de Kelsen, “la diferencia entre la función de legislador, y la de juez es sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la Constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez)”. Más limitado el juez que el legislador –agregaremos por nuestro lado–, puesto que al momento de crear derecho está vinculado a mucho más derecho que el legislador, puesto que el marco dentro del cual debe ejercer la función jurisdiccional, tanto desde el punto de vista de los procedimientos a seguir como del contenido de las decisiones normativas a adoptar, está constituido no sólo por la Constitución, como en el caso del legislador, sino por toda la masa del derecho legislado, entendiendo

aquí “ley” en el sentido amplísimo del término que tuvimos oportunidad de explicar antes en este mismo capítulo, por el derecho consuetudinario, cuando corresponda, y, también, cuando corresponda según la materia que se controvierta en sede judicial, por el derecho producido por sujetos de derecho a través de actos jurídicos y actos corporativos que pueda ser pertinente aplicar al momento de dar el fallo judicial correspondiente.

A continuación, Bulygin critica la afirmación kelseniana de que las sentencias judiciales son normas individuales, y ello, en primer lugar, porque las sentencias de los jueces son entidades complejas que constan no sólo de una parte *resolutiva* —aquella en que, por ejemplo, el juez condena al acusado a *X* pena y crea según Kelsen la norma individual—, sino de una extensa parte considerativa que es esencial en el fallo, puesto que es en ella donde se contienen las argumentaciones en que el juez funda sus decisiones. El legislador también justifica las normas que dicta, valiéndose para ello, según vimos antes, de una exposición de motivos, aunque la diferencia con la justificación de la sentencia estaría en que dicha exposición de motivos por parte del legislador puede faltar sin que la omisión obste a la validez de la ley correspondiente, y en que, en cualquier caso, la exposición de motivos, caso de haberla, no forma parte de la ley que fundamenta. En cambio, la justificación de la sentencia no puede faltar y forma parte sustancial de ésta.

Critica asimismo Bulygin la doctrina de Kelsen porque le parece dudoso que las llamadas “normas individuales” sean *normas*. El término “norma” —y con mayor razón el término “regla”, considera el jurista argentino— “parece requerir la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma”. Por este motivo —continúa Bulygin— “sería probablemente más razonable denominar a la parte resolutiva de una sentencia “disposición” o “mandato” y no “norma individual”.

Concluye Bulygin que el juez “sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador”, que es lo que acontece en el caso de lagunas del derecho, esto es, cuando el legislador no ha previsto solución alguna para un caso jurídicamente relevante de la vida social en el que cabía esperarla, es el juez quien, en consecuencia, y en virtud del principio de inexcusabilidad, está llamado a crearla. Pero la norma que el juez crea en esta hipótesis no es individual, sino general, puesto que el tribunal que la establece tiene la pretensión de colmar la laguna y de introducir en el respectivo ordenamiento jurídico una norma de validez general

que antes no existía, o sea, una norma que correlaciona el caso genérico del cual el caso específico sometido a conocimiento del juez es ejemplo con la solución genérica de la cual la parte resolutoria de la sentencia es una aplicación. Cabe señalar, para mayor claridad, que la norma general que los jueces crearían en el caso de lagunas aparecería en la parte de considerandos de sus fallos, de manera que la parte decisoria o resolutoria —la norma individual según Kelsen— no sería otra cosa que mera concreción de esa norma general así creada. Con lo cual Bulygin quiere decirnos que no es concebible una sentencia con pura norma individual. Si hay una norma general en el derecho preexistente al caso, esa será la que el juez concretice en la parte decisoria del fallo; y si no hay tal norma general —que es la hipótesis de las lagunas—, es el juez el que la crea, en la parte de considerandos de su fallo, procediendo luego a concretizarla en la parte decisoria de éste. Pero en ambos casos la parte decisoria es aplicación de una norma general y no una norma individual.

Por su parte, Fernando Atria considera inadecuada la distinción tajante entre creación y aplicación del derecho, y prefiere decir que, “en términos políticos, la explicación de la diferenciación institucional entre jueces y legisladores se encuentra en las distintas lógicas de argumentación que cada uno de ellos debe manejar”. De este modo, según Atria, el legislador *justifica* normas, mientras que el juez *aplica* normas. Y si el juez aplica normas es, siempre según Atria, en el sentido de que, si hay una norma que resuelva el caso, no tiene competencia para objetar la justificación de ésta, debiendo limitarse a hacer aplicación de ella a la situación de que se trate, y todo ello como expresión del deber de fidelidad que el juez tiene hacia la ley y, más ampliamente, al derecho preexistente al caso.

Por último, y para el evento de lagunas del derecho, lo que procede es que el juez del caso rechace la demanda que no se sustente en una específica norma que obligue al juez a condenar, lo cual equivale a sostener que el juez carece de discreción para resolver el caso individual respecto del cual haya una laguna normativa. Una conclusión que es indudablemente válida tratándose de materias penales, en las cuales rige el principio de que no hay crimen ni pena sin ley que establezca o tipifique el primero y que determine la segunda.

En síntesis, si para Bulygin la pregunta ¿qué dispone el derecho para un tipo de casos? tuviera una respuesta negativa, la respuesta a la pregunta ¿cuál es la solución para este determinado caso que no se encuentra regulado? se hallaría en la discreción del juez, o sea, en lo que el juez, haciendo en cierto modo acto

de legislador, considere más adecuado. Por su parte, Fernando Atria señala que “las potestades jurídicas sólo pueden ser definidas jurídicamente: la potestad legislativa es la potestad de crear nuevas normas jurídicas”, mientras que la “potestad jurisdiccional es la potestad de declarar que los hechos operativos de una regla jurídica han sido realizados y por consiguiente su consecuencia normativa es debida”.

La jurisprudencia en el derecho chileno. El art. 3º del Código Civil declara que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Esta disposición, como es obvio, priva a la jurisprudencia del carácter de fuente formal en los dos primeros significados que tiene la palabra “jurisprudencia” cuando se la asocia a la labor que cumplen los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, ningún tribunal chileno está vinculado a sus fallos anteriores y tampoco lo está a los fallos dictados previamente por los tribunales superiores de justicia. Sin embargo, cuando un juez decide apartarse de sus propios precedentes, o de aquellos que se encuentren bien asentados en la práctica judicial de los tribunales superiores, tendrá que hacer un esfuerzo argumentativo especial al momento de justificar el fallo que se aparte de esos precedentes.

Otra cosa, naturalmente, es la importancia que la jurisprudencia continúa teniendo como fuente material y, sobre todo, como fuente de un adecuado conocimiento del derecho en nuestro medio. La revisión y el conocimiento de los fallos judiciales más importantes, en especial cuando éstos son reiterados y uniformes sobre determinada materia, permite un conocimiento del derecho más allá del que proporciona el simple examen de los textos legales. De este modo, y aun en países como el nuestro, que inscriben su derecho en el llamado sistema continental, un adecuado y permanente acceso a las distintas recopilaciones de fallos tiene siempre muy buenos efectos en la formación jurídica de los estudiantes y de los estudiosos del derecho, en la práctica profesional de los abogados y en la destreza de los jueces al momento de tramitar y de resolver los asuntos que se les sometan.

Volviendo ahora al tenor del art. 3º inciso 2º del Código Civil, esta disposición ratifica en cierto modo que la jurisprudencia es fuente formal del derecho. En efecto, al decir esa disposición que las sentencias judiciales “no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, está privando a los fallos judiciales de obligatoriedad jurídica general, pero, a la vez, está admitiendo que respecto de las causas en que actualmente se pro-

nunciaren las sentencias judiciales sí tienen fuerza obligatoria, lo cual viene a confirmar el carácter normativo o constitutivo que tiene la sentencia judicial respecto del caso que se pronuncia.

4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

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

Antecedentes históricos, denominaciones más frecuentes y situación actual. Si bien los principios generales del derecho, bajo esa misma denominación, o bajo la de “principios jurídicos”, o simplemente “principios”, constituyen una preocupación teórica relativamente reciente, lo cierto es que los antiguos juristas romanos supieron también de los principios, aunque los denominaron *regulae* o *regulae iuris*. Sólo más tarde esas *regulae* o *regulae iuris* adoptaron la expresión y el nombre de *máximas*. En todo caso, las *regulae iuris* tuvieron un carácter explicativo, no normativo, puesto que se entendía que ellas procedían del derecho y no éste de las *regulae*, y estaban destinadas, por lo mismo, a reflejar el derecho, configurándose antes como recursos técnicos y pedagógicos que daban cuenta del derecho de esa manera breve, formal y atractiva en que se expresan los aforismos y los adagios. Por su parte, la tradición iusnaturalista, en especial en el siglo XVIII, impuso la palabra “principios”, y es así como ahora sus denominaciones más frecuentes son, precisamente, “principios”, “principios jurídicos” y “principios generales del derecho”, los cuales aparecen hoy, de manera recurrente, “entre los argumentos esgrimidos por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas”, como explica Alfonso García Figueroa en una de las mejores obras en lengua castellana sobre la materia, *Principios y positivismo jurídico*, de 1998.

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

Por otra parte, y establecidas las tres denominaciones ya mencionadas, cabe señalar que la legislación civil chilena se refiere a los principios jurídicos con la expresión “espíritu general de la legislación”, cuyo alcance examinaremos más adelante. Por su parte, la legislación procesal civil chilena se refiere a lo que llama “principios de equidad”.

Asimismo, más adelante vamos a referirnos a las funciones que cumplen hoy los principios jurídicos, aunque conviene dejar establecido desde ya que la tradición de estos principios muestra un rasgo que subsiste hasta hoy. Tal rasgo consiste en que los principios generales del derecho han sido tradicionalmente invocados por la doctrina para auxiliar a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la vez que para introducir un control que evitara las decisiones discrecionales de aquellos, operando en los casos de falta de ley que regule el caso a ser decidido; de oscuridades o contradicciones en las leyes aplicables al caso y que el juzgador no pudiese despejar valiéndose de los métodos habituales de interpretación de la ley; e, incluso, en presencia de consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieran derivarse de la aplicación de una ley al caso que el juez debe resolver y que a éste pareciera necesario evitar.

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

Por ello es que las así llamadas “fuentes supletorias” del derecho, entre las cuales se incluye a los principios y a la equidad, suelen ser definidos como aquellas a las que el juez está autorizado a recurrir en presencia de lagunas de la ley, de dificultades de interpretación que no es posible salvar por medio

de los métodos tradicionales de interpretación de la ley, y, asimismo –aun cuando esta tercera hipótesis tiene menos aceptación– de efectos notoria y gravemente injustos o inconvenientes que puedan seguirse de la aplicación de una ley a un caso determinado que cae bajo el campo de regulación de aquélla. En otras palabras, esas tres anomalías o dificultades de la ley son las que autorizan al juez para recurrir a las fuentes supletorias, y, por lo mismo, son también las tres hipótesis o situaciones en que el ordenamiento jurídico abre paso a los principios generales y a la equidad. Con todo, el art. 24 de nuestro Código Civil, según tendremos oportunidad de mostrar más adelante, sólo admite los principios generales y la equidad –con las respectivas denominaciones de “espíritu general de la legislación” y “equidad natural”– en la hipótesis de pasajes oscuros o contradictorios de las leyes que el juez deba despejar y siempre que no hubieren podido ser aclarados en uso de los métodos de interpretación que el mismo Código consagra en sus arts. 19 al 23.

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

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

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

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

Respecto de todo lo cual nos gustaría añadir la siguiente: resulta incuestionable la creciente importancia de los principios en el derecho, sea que se los llame escuetamente así –“principios”–, o bien “principios jurídicos”, “principios generales” o “principios generales del derecho”. Aparecen declarados de manera expresa en los textos constitucionales, en los códigos, en las leyes, en los tratados, y no pocas veces, si bien no declarados, se los encuentra implícitos en textos normativos como esos, no faltando quienes consideran que hay incluso principios jurídicos externos al derecho, esto es, principios jurídicos extrajurídicos, lo cual constituye, cuando menos, una evidente paradoja. Los legisladores invocan principios al momento de producir derecho en sede legislativa, los abogados se remiten a ellos en sus alegaciones o defensas, los juristas los mencionan a la hora de dar cuenta de los sectores o ámbitos normativos en los que trabajan (especialmente en el ámbito constitucional), los teóricos del derecho debaten acerca de su naturaleza, carácter, funciones, y similitudes y diferencias que tienen con las normas jurídicas, y, desde luego, los jueces los invocan a menudo como fundamento de las decisiones que adoptan.

De este modo, los principios están hoy en todas las sedes donde cualquier agente u operador jurídico hace el trabajo que le es propio, sea éste legislar, representar intereses o pretensiones de partes en un juicio, conocer y difundir lo que rige como derecho en un lugar y tiempo dados, reflexionar sobre la naturaleza del derecho, o fallar casos jurídicamente relevantes de la vida social. Prácticos y teóricos del derecho aluden en forma permanente a los principios y los traen a colación en los razonamientos y argumentaciones que llevan a cabo en las diferentes sedes en que realizan sus respectivas labores.

Pero si no pueden ponerse en duda ni la presencia ni la importancia que tienen y que se les atribuye, es dudoso que los principios puedan ser considerados, estrictamente hablando, fuentes del derecho, y, sobre todo, fuentes formales del derecho, aunque formen en realidad parte de éste y se les estudie

en la asignatura de Introducción al Derecho y se les explique en libros de ésta en la parte en que una y otros tratan de las fuentes del derecho.

En efecto, los principios jurídicos no encajan en el concepto de fuente formal del derecho, tal como fue indicado antes, puesto que no son métodos o procedimientos de producción de derecho tras los cuales pueda ser identificada una autoridad normativa, una fuerza social o unos sujetos de derecho autorizados para llevar a cabo actos de producción jurídica. La ley, los tratados, la costumbre, la jurisprudencia, los actos jurídicos y actos corporativos, responden sin problemas a dicho concepto, y es por eso que son identificados y estudiados como fuentes formales del derecho, fuentes de los derechos nacionales o del derecho internacional, fuentes formalizadas o informalizadas, fuentes que dan origen a normas jurídicas abstractas y generales o bien concretas y singulares, pero fuentes todas ellas al fin. La equidad es también una fuente formal del derecho, puesto que, según explicaremos poco más adelante en este mismo capítulo, ella puede ser considerada como la justicia del caso particular, como la solución que se estima justo administrar no en general, es decir, sobre un género de casos, como hace la ley, sino en relación a un específico caso particular que no encuentra en la ley su solución o que, encontrándola, no parece adecuado aplicarle; pero a la vez, la equidad puede ser vista como el proceso deliberativo de carácter prudencial que el juzgador lleva a cabo para determinar dicha solución de justicia del caso particular, y, por lo mismo, en tanto proceso que lleva a cabo una autoridad normativa —el juez— para formarse una idea de lo justo a resolver frente a un caso determinado y adoptar al cabo una decisión normativa, la equidad responde al concepto que hemos dado aquí de fuente formal del derecho.

La situación de los principios, en cambio, es diferente, puesto que, se los defina como se los defina —y hay de hecho distintas doctrinas al respecto— difícilmente puede vérselos como un procedimiento de producción de derecho protagonizado por alguna autoridad, fuerza social o sujetos, constituyendo más bien otra cosa, a saber, un componente o pieza del derecho, lo mismo que lo son las normas jurídicas, y un componente, además que, por sumarse a éstas, impide definir el derecho como una realidad normativa, o *exclusivamente* normativa, obligándonos a considerarlo como una realidad sólo *preferentemente* normativa, según hemos destacado en varias partes de este libro.

En otras palabras, cuando decimos “derecho” en el sentido objetivo del término, es decir, en el primero de los cinco significados técnicos que de esa

expresión identificamos en el Capítulo I, aludimos a un orden de la conducta humana compuesto tanto por normas como por principios, y es por ello que hemos señalado más de una vez en este libro que el derecho es un conjunto de normas y otros estándares jurídicos. Precisamente, los principios son esos otros "estándares" del derecho, sin perjuicio de que se agreguen también los valores superiores del ordenamiento jurídico, según tendremos oportunidad de ver más adelante en otro de los capítulos de este libro. Todavía más, partiendo de una idea de "norma" como todo enunciado que guíe u oriente comportamientos, dicha palabra cubriría a la vez dos tipos de estándares jurídicos, a saber, las "reglas", que equivaldrían a lo que en este libro hemos llamado "normas", y, asimismo, los así llamados "principios". Si se adopta una nomenclatura como esa, se podría decir que en el derecho existen dos tipos de normas: las reglas y los principios, o, como escribe Jorge Contesse, que "principios" y "reglas" serían especies dentro del género "normas jurídicas". Pero ambos, principios y reglas, serían así piezas o componentes del derecho, mas no fuentes de éste. Ambos serían pautas o estándares que forman parte del derecho y a los que habría que considerar tanto para definir el derecho en general como para dar cuenta de cada ordenamiento jurídico particular en el que aparecen.

En cualquier caso, nadie pone hoy en duda de que el derecho, además de normas, está compuesto también por principios, aunque no por ello éstos sean fuente del derecho. Lo que si son, según hemos procurado explicar aquí, es una pieza o componente del derecho, lo mismo que las normas, las cuales tampoco constituyen fuentes del derecho, sino partes de éste, resultados de los procesos de producción jurídica en que consisten las así llamadas fuentes formales del derecho. El constituyente crea o produce una Constitución, el legislador crea o produce leyes, los jueces dictan fallos en los casos de que conocen, y todos ellos, como autoridades normativas que son, crean o producen tanto normas como principios jurídicos, los cuales se patentizan de manera explícita, o es posible advertirlos de modo implícito, en los textos que esas autoridades normativas emiten con motivo de los procesos de producción jurídica que les están confiados por las así llamadas normas de competencia. En suma, decir que los principios jurídicos son una fuente del derecho es tan equívoco o erróneo como sostener que las normas jurídicas son una fuente formal del derecho.

Lo que ha favorecido una filiación de los principios como fuentes y no como piezas o componentes del derecho, y, sobre todo, como fuentes supletorias del derecho, es la circunstancia de que los jueces están normalmente autorizados

para valerse de ellos en caso de lagunas del derecho o en el evento de que de la aplicación de una norma al caso particular del cual conocen vayan a seguirse consecuencias notoriamente injustas, absurdas o inconvenientes que el creador de la norma —el legislador— no previó ni pudo razonablemente prever que se produjeran. Así, las cosas, los principios son *fuentes* de las decisiones judiciales, pero no en el sentido de fuentes formales, sino, lo mismo que las normas jurídicas, en el sentido de antecedentes, piezas o componentes que forman parte del derecho preexistente al caso que todo juez tiene el deber de aplicar en el ejercicio de la función jurisdiccional que le está encomendada. Del mismo modo, las normas del Código Penal que un juez aplica para resolver un caso de homicidio, pueden ser consideradas como *fuentes* del correspondiente fallo, aunque en el sentido o significado recién explicado, mas no en el de fuente *formal del derecho*.

En otras palabras los principios no producen derecho, sino que forman parte de éste, y quienes sí producen derecho —legisladores, jueces, autoridades administrativas— aplican principios jurídicos y los incluyen en los razonamientos y argumentaciones que hacen para justificar sus decisiones normativas, sean estas leyes, sentencias judiciales, decretos o resoluciones.

A pesar de todo lo expresado previamente y siguiendo en esto la tradición, vamos a ocuparnos de los principios en este capítulo sobre fuentes formales del derecho.

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

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

El primer Código que reguló los principios generales en el marco de las doctrinas arriba señaladas fue el Código Civil austríaco de 1811, que en su art. 7º dispuso lo siguiente: “Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en

cuenta lo que se decida por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aun dudoso el caso se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente sopesadas, según los principios jurídicos naturales". Algo semejante dispuso el Código Civil portugués de 1867, al establecer que las cuestiones que no pudieran resolverse "por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por los casos análogos previstos en las leyes, se decidirán por los principios de derecho natural, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

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

Tal como se dice, para las doctrinas positivistas la identificación de los principios se consigue merced a un proceso de progresiva abstracción que parte de las normas y procura llegar a los presupuestos de todo el ordenamiento jurídico, aunque este ordenamiento siempre es uno solo, no varios ni todos los ordenamientos. En consecuencia, gracias a ese proceso de abstracción, lo que se establece finalmente no son los principios generales *del derecho*, sino los que acompañan al *determinado ordenamiento jurídico* a partir de cuyas normas e instituciones fue posible inducir y fijar tales principios.

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

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

en su art. 24 –llamándolos “espíritu general de la legislación”– es también expresiva de una concepción positivista de los principios generales.

Con todo, una concepción positivista de los principios admitirá también que éstos, más que ínsitos u ocultos en el ordenamiento jurídico de que se trata, son a veces expresamente consagrados por éste, lo cual quiere decir que para una doctrina positivista hay tanto principios *implícitos* como *explícitos* en el derecho.

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

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

Una última doctrina sobre los principios generales, llamada *histórico-romanista*, sobre la base de entender que la perfección que alcanzó el Derecho Romano hizo de éste una suerte de razón natural, debido a la lógica y justicia de sus preceptos y soluciones, propugna que los principios generales no pueden ser otros que los que el Derecho Romano nos legó en tal carácter. En palabras de Mans Puigamou, citadas por Antonio Bascuñán, “los auténticos principios del derecho, comprendidos los del derecho histórico y singularmente los del romano, aunque hayan perdido su vigencia, conservan siempre su categoría de principios, y como tales se mantienen inaccesibles ante el implacable devenir de los tiempos y subsisten como ruinas gloriosas de una construcción jurídica insigne”. Algo menos retóricamente, Andrés Bello, citado por Alejandro Guzmán, decía, refiriéndose a las leyes romanas, que “han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón”.

Según esta doctrina, los principios generales provenientes del Derecho Romano se expresarían en máximas o aforismos jurídicos, como el que dice que *donde la ley no distingue tampoco el hombre debe distinguir*, o el que dice que *al que está permitido lo más está también permitido lo menos*. Sin

embargo, no faltan detractores a esta doctrina. Así, en España, Luis Legaz y Lacambra expresaba que la “identificación de los principios generales del derecho con los del Derecho Romano tiene un valor puramente histórico y no podría sostenerse hoy en serio”, en tanto que De Castro, valiéndose de un lenguaje más fuerte, dice que las máximas heredadas del Derecho Romano constituyen “expresiones técnicas o recursos pedagógicos y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del derecho”.

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

Antes de referirse a los principios jurídicos, Carrió se ocupa del término “principios”, así, en general, y nos dice que se trata de una palabra emparentada con:

- a) la idea de parte o ingrediente fundamental de algo;
- b) la idea de guía, orientación o indicación general de algo;
- c) la idea de fuente, causa u origen de algo;
- d) la idea de meta o finalidad;
- e) la idea de premisa o punto de partida para el razonamiento;
- f) la idea de un enunciado práctico, es decir, relativo a la conducta humana, y cuyo contenido es incuestionable; y
- g) la idea de máxima, aforismo, proverbio o cualquier otra manera de llamar a enunciados de sabiduría práctica ampliamente validadas por la experiencia.

Utilizada ahora en contextos jurídicos, la palabra “principios” tiene también múltiples sentidos. Carrió identifica nada menos que 10 sentidos diferentes para “principios jurídicos”, aunque se detiene preferentemente en uno de ellos, al cual llega a partir del juego del fútbol.

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

Dice él que en el fútbol hay dos tipos de reglas, las que prohíben y sancionan conductas precisas, como es el caso de la regla del *hand*, según la cual a todos los jugadores, salvo al arquero dentro del área, les está prohibido tocar intencionalmente la pelota con la mano; y las que prohíben y sancionan una variedad heterogénea de comportamientos que no están definidos en forma precisa, si no por referencia a una pauta amplia en la que caben varios comportamientos. Así ocurre, por ejemplo, con la regla que prohíbe las “jugadas peligrosas”, pero que no detalla cuáles son ellas y deja al criterio del árbitro decidir en cada caso cuándo un jugador ha jugado en forma peligrosa y debe ser sancionado.

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

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

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

Carrió dice que él entiende que esa regla no figuraba en el reglamento oficial del fútbol y que fue incorporada a éste bastante tiempo después que los árbitros comenzaran de hecho a aplicarla, de modo que antes de pasar a

formar parte de ese reglamento, la regla formó parte de lo que podríamos llamar la “jurisprudencia referil”.

Esa regla, en opinión de Carrió, posee cuatro características centrales, a saber, a) versa sobre la aplicación de otras reglas del juego, concretamente de las *reglas específicas* y de las *standards*; b) se dirige primordialmente a los árbitros, no a los jugadores, lo cual quiere decir que impone un deber a aquéllos, no a éstos; c) sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas *específicas* y a las *standards*; y d) presenta cierto grado de neutralidad o de indiferencia de contenido, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas muy heterogéneas.

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

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

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

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

ninguna ley les ha dado vigencia, estas máximas controlan con frecuencia los efectos de los testamentos y prevalecen sobre el lenguaje de éstos”.

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

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

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

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

Una *política* es la clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, por lo general una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad. *Principio*, en el sentido estricto del término, es el patrón que debe ser observado no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. Así —y por dar el mismo ejemplo que propone Dworkin—, “el patrón de que los accidentes automovilísticos han de ser reducidos es una política y el patrón de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos es un principio”. Un ejemplo de principio en sentido estricto es el número 2 del art. 19 de la Constitución cuando declara que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, mientras que un ejemplo de directriz lo constituye el enunciado final del art. 1º de la Constitución: “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

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

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

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

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

Más allá de lo dicho hasta ahora sobre los principios, conviene advertir que la palabra "principios" tiene varios usos en la literatura jurídica. Así, se la utiliza:

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

2) principio para aludir a generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de normas de un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el principio de que no hay responsabilidad penal por hechos ajenos.

3) principio para referirse a la *ratio legis* de una norma o conjunto de normas, es decir, a su meta o propósito. Por ejemplo, el principio *pro reo*.

4) principio para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínsecamente justo. Por ejemplo, el principio de no discriminación por motivos de raza.

5) principio para identificar ciertos requisitos formales que todo ordenamiento jurídico debe satisfacer. Por ejemplo, el principio de irretroactividad de la ley.

6) principio para hacer referencia a guías dirigidas al legislador y que tienen carácter exhortatorio. Por ejemplo, el principio de que el Estado está al servicio de la persona humana.

7) principio para aludir a juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positiva y que se dicen sustentados en la conciencia jurídica popular. Por ejemplo, el principio de la soberanía popular.

8) principio para referirse a máximas que proceden de la tradición. Por ejemplo, el principio de que quien puede lo más puede lo menos.

9) en el caso de la así llamada escuela histórica del derecho, principio para designar una misteriosa fuente generadora del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el principio del espíritu del pueblo.

10) principio para aislar enunciados que, según se pretende, derivan de una enigmática presencia de conceptos jurídicos fundamentales. Por ejemplo, el principio de que no hay sujeto de derecho sin patrimonio.

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

a) políticas y principios en sentido estricto, de acuerdo a la distinción que Dworkin hace sobre el particular. Señalamos antes un ejemplo al respecto, de los arts. 1º y 19 Nº 2 de la Constitución;

b) principios dirigidos a guiar la conducta de los *sujetos normativos* en general y principios dirigidos a guiar el ejercicio de *poderes normativos* públicos vinculados a la producción y aplicación del derecho, en especial de los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de los primeros es el art. 1546 del Código Civil, que dice que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, y de los segundos el art. 6º de la Constitución, que dispone que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ésta”.

c) principios *explícitos*, para aludir a aquellos formulados expresamente en un ordenamiento jurídico, y principios *implícitos*, para aludir a los que

pueden ser fijados a partir de las normas de un ordenamiento. Explícitos serían, por ejemplo, los dos antes mencionados, e implícito sería el principio de que las normas de una ley deben interpretarse como si las hubiere dictado un legislador nacional;

(d) principios *inexpresos pero implícitos* y *principios totalmente inexpresos*, entendiéndose por los primeros aquellos que pueden inducirse a partir de una o más normas del ordenamiento, y por los segundos aquellos que se procura deducir del sistema jurídico en su conjunto, de la naturaleza de la cosa, de la Constitución en sentido material, etc. Para referirse a los segundos se habla a veces de “principios extrasistémicos del derecho”, para referirse a principios ni explícitos ni implícitos, una figura paradójica, sin duda, como señala García Figueroa, porque se trataría de “principios que son jurídicos sin ser jurídicos”. Se podría decir, en consecuencia, que además de los principios explícitos e implícitos, que tendrían carácter intrasistemático, porque explícita o implícitamente pertenecerían al derecho de que se trate, habría unos principios extrasistemáticos, que estarían propiamente fuera del derecho, y cuya validez sería entonces discutible.

En cuanto a los principios explícitos e implícitos, hay que convenir en que los primeros no ofrecen mayores dificultades, puesto que tienen una base de sustentación clara en alguna disposición constitucional o legislativa, mientras que los segundos se relacionan con el procedimiento de analogía que estudiaremos en el Capítulo VI. En cualquier caso, la diferencia entre principios explícitos e implícitos es relativa, puesto que todos los principios, para poder realmente hablar de ellos, identificarlos e invocarlos como tales, precisan hallarse explicitados de algún modo, si no por la Constitución y las leyes, al menos por los fallos judiciales o la doctrina. De este modo, no vemos cómo se podría hablar de principios exclusivamente implícitos, esto es, sin ninguna forma de explicitación o exteriorización, puesto que desde el momento mismo en que un principio se explicita, por implícito que pueda haber permanecido hasta entonces —por ejemplo, porque la doctrina lo hace presente— deja ya de ser, propiamente hablando, un principio implícito u oculto en el ordenamiento jurídico de que se trate. En otras palabras, puede haber principios implícitos, esto es, *no explícitos*, pero no puede haber principios *no explicitados*.

En cuanto a los principios totalmente inexpresos, y en la medida que se obtienen no a partir de disposiciones normativas del ordenamiento, sino de doctrinas morales o políticas que se supone subyacen e informan al ordena-

miento, constituyen lo que también se denomina “principios extrasistemáticos”. La idea que Dworkin tiene de los principios se relaciona precisamente con esta concepción, aunque no faltan autores que los califican de “normas apócrifas”, esto es, normas que son el fruto de una actividad creadora, a las que se presenta, sin embargo, como si fueran obra del legislador.

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

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

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

Los principios, sin embargo, no operan de ese modo, puesto que ellos no son aplicables a la manera de todo o nada. Para aludir a esta diferencia, Ricardo Salas recurre al siguiente ejemplo: las normas se aplican todo o nada, es decir, tal y como se enciende y apaga la luz en una habitación pulsando un interruptor convencional, que tiene una posición hacia arriba y otra hacia abajo, mientras que los principios se aplican de menos a más, al modo de esos dispositivos que es preciso girar con los dedos, a izquierda o a derecha, para que vayan dando o restando gradualmente la luz que queremos instalar en la habitación.

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

Retomando las expresiones de Dworkin, los principios, a diferencia de las reglas, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente. De este modo, en el derecho puede darse por establecido el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos, aunque con esto no se quiere decir que el derecho nunca permita que alguien se beneficie de los actos ilícitos en que incurra. Así lo demuestran, por ejemplo, los casos siguientes: el de la prescripción adquisitiva, en virtud del cual un sujeto que pasa regularmente por la propiedad de otro sin estar autorizado para ello puede llegar a adquirir el derecho a hacerlo, reclamando a partir de ese hecho la correspondiente servidumbre de tránsito; lo mismo, si una persona abandona su empleo para tomar otro mejor remunerado, infringiendo así los términos de su contrato de trabajo, quizás tenga que indemnizar a su primer empleador, pero tiene derecho a conservar su nuevo empleo y su nueva y más alta remuneración; también, si un sujeto, sin acatar los términos del arresto domiciliario al cual fue condenado, sale de casa y concurre a un hipódromo donde gana una buena suma de dinero, puede ser sancionado por quebrantar la pena, pero tendrá derecho a retener el dinero ganado en el juego.

Otra diferencia entre reglas y principios consiste en que éstos tienen una dimensión de la que las primeras carecen: la dimensión de peso o importancia. Esto quiere decir que en caso de oposición entre dos principios, quien está



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

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

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

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

En síntesis, para los que se inclinan por una separación *fuerte* entre principios y reglas, aquéllos y éstas son dos tipos de estándares, y, en tal sentido, dos tipos de normas, porque ambos guían comportamientos, son razones para la acción y sirven para justificar decisiones de casos, si bien se

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

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

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

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

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

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

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

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

Una tercera función de los principios es la de *legitimar y controlar el poder* de las distintas autoridades normativas. Como razona Aulis Aarnio, en las

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

Las funciones más admitidas de los principios son las que hemos señalado previamente, a saber, la función explicativa, la normativa y la de legitimación y control del poder. Sin embargo, y con una mirada más atenta, podríamos decir que las funciones que ellos cumplen son las siguientes, la suma de todas las cuales, como dice García Figueroa, constituye prueba de que los principios en el derecho se han mostrado “extremadamente versátiles”: a) formar parte del ordenamiento jurídico y ser considerados al momento de describir éste (*función descriptiva*); b) dirigir la conducta de sujetos normativos (*función prescriptiva*); c) orientar la actividad que realizan, cada cual en su campo, los distintos operadores jurídicos (*función directiva*); d) fundamentar las decisiones normativas que adoptan autoridades igualmente normativas, tales como jueces y legisladores (*función justificativa*); e) colaborar en la interpretación de las normas jurídicas y del ordenamiento al cual pertenecen (*función interpretativa*); f) integrar lagunas (*función integradora*); g) resolver conflictos de normas (*función de solución de antinomias*); h) establecer límites a la competencia de determinados órganos (*función limitativa*); i) colaborar en la reconstrucción conceptual que la dogmática lleva a cabo del material normativo de un ordenamiento jurídico (*función sistemática*), y j), en mi opinión, evitar consecuencias notoriamente injustas que pudieran seguirse de la aplicación de una norma a un caso, consecuencias que el legislador no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece conveniente evitar (*función correctiva*).

Los principios en el ordenamiento jurídico nacional. El estatuto acordado a los principios en el ordenamiento jurídico es más modesto en el Derecho Civil y más relevante en el caso del Derecho Procesal.

En cuanto al Derecho Civil, el art. 24 del Código respectivo autoriza valerse de los principios sólo para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de la legislación, y, todavía, únicamente cuando en la interpretación de una

ley no se ha tenido éxito con la utilización de las reglas de interpretación que se encuentran establecidas en las cinco disposiciones previas al art. 24.

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

Además de restrictivo en los tres sentidos antes indicados, el art. 24 no tiene una partida muy feliz en cuanto alude a “casos en los que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes”, puesto que siempre será posible aplicar tales reglas, las cuales consagran los distintos métodos de interpretación de la ley. Otra cosa es que, habiéndose ellas aplicado puedan subsistir pasajes oscuros o contradictorios en la ley que se trata de interpretar, caso en el cual el intérprete puede recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

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

En cambio, nuestra legislación procesal autoriza recurrir a los principios para integrar la ley, según resulta, implícitamente, del principio de inexc-

sabilidad que se consagra en esa misma legislación e, incluso, en la propia normativa constitucional. A mayor abundamiento, el art. 175 del Código de Procedimiento Civil, al establecer los requisitos de las sentencias definitivas que dictan los jueces, establece que ellas deben contener la enunciación de las leyes conforme a las cuales se pronuncia el fallo o, en su defecto, los “principios de equidad” con arreglo al cual se ha fallado.

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

¿Son lo mismo los principios jurídicos que los principios morales? De todo cuanto hemos señalado a propósito de los principios se desprende una respuesta negativa a esta pregunta, aunque se trata por cierto de una cuestión debatible, y que es de hecho ampliamente discutida en la teoría jurídica actual. Una cuestión que es asimismo importante, puesto que ella tiene efectos en la comprensión del derecho y en el concepto de éste. Si se considera que los principios jurídicos son principios morales, se establece una conexión necesaria entre derecho y moral, como sucede con autores como Dworkin y Alexy, al paso que si se diferencia unos de otros dicha conexión conceptual entre derecho y moral no es necesaria.

La palabra “principios” tiene una incuestionable resonancia moral, de manera que no es extraño que se les vea como “estándares esencialmente morales”, algo así como “criaturas de la moralidad”, para decirlo con palabras de Dworkin. Pero la verdad es que no sólo hay principios en el campo de la moral, sino también en el de otros fenómenos y actividades humanas. Hay principios económicos, hay principios políticos, y hay también principios jurídicos, y el hecho de que principios como esos puedan provenir de ideas o convicciones de orden moral no los transforma en principios morales. Muchos principios jurídicos, explícitos e implícitos, tienen una raíz moral, como muchas normas jurídicas también la tienen, y no por ello dejan de ser principios y normas del derecho. Además, no todo principio moral constituye un principio igualmente jurídico, al paso que no todo principio jurídico constituye un principio moral.

“Principios” es un término que se encuentra tanto en el lenguaje de la moral como del derecho, y otro tanto sucede con la palabra “norma” y también con palabras como “deber”, “obligación”, “responsabilidad”, “culpa”, y ese vocabulario básico común, como advierte Juan Carlos Bayón, puede sugerir que existe algún tipo de conexión entre las exigencias que nacen del derecho y aquellas que se originan en la moral, o, más aún, que las normas jurídicas y que los principios jurídicos son subespecies de normas y de principios morales, y que, por tanto, tampoco existiría diferencia entre deberes de uno y otro tipo, entre estar *moralmente* obligado a algo y estarlo *jurídicamente*. Ni qué decir cuando a ese elenco de palabras en común se suma el término “derechos”, en el sentido de facultad o pretensión de que los individuos son titulares, que es lo que ocurre cuando se utiliza la expresión “derechos morales”. Sin embargo, y atendidas las explicaciones que fueron dadas en el Capítulo II, no debería confundirse obligación jurídica con obligación moral, ni norma jurídica con norma moral, ni principio jurídico con principio moral.

Así como las normas constituyen un estándar común al derecho, a la moral e incluso a los usos sociales que tienen que ver sólo con la consideración, cortesía y urbanidad que debemos a los demás, así también los principios constituyen un estándar o pauta de comportamiento que es común al derecho y a la moral. Y aunque la palabra “principios” tenga una resonancia antes moral que jurídica, ello no concede ninguna suerte de hegemonía a la moral sobre el uso, significado y alcance de dicha palabra.

Los principios morales no son siempre jurídicos —así, por ejemplo, el de anteponer el amor a los antepasados, o en general a la propia familia, a cualquier otro afecto que pueda tenerse—, y los principios jurídicos pueden no ser siempre morales —como sería el caso de la prescripción de las penas, la cual impide sancionar pasado cierto tiempo al responsable de un delito que bien puede repugnarnos desde un punto de vista moral—, y donde con la palabra “moral” nos referimos a lo que en su momento llamamos “moral ideal” o “moral crítica”.

Por otra parte, percibir y preservar la distinción entre derecho y moral permite que ésta, en su acepción de moral crítica, pueda ser utilizada de manera eficaz como pauta para el enjuiciamiento moral de un derecho dado, de una institución jurídica de un derecho dado, o de una o más normas jurídicas consideradas en forma aislada. Del mismo modo, no confundir obligación jurídica con obligación moral es lo que permite las modalidades

de desobediencia al derecho moralmente fundamentadas, como ocurre con la objeción de conciencia y con la desobediencia civil. Y, de la misma manera, advertir que no existe una relación necesaria entre principios morales y jurídicos permite que los segundos puedan ser examinados a la luz de los primeros.

Por lo mismo, cuando hablamos aquí de principios jurídicos de lo que hablamos es de *principios de derecho positivo*, es decir, de aquellos que, como indica Ricardo Guastini, “son directamente expresados por, o al menos pueden ser persuasivamente derivados de, disposiciones positivamente formuladas en las fuentes del derecho vigente”. Si hay otros principios fuera del derecho, es decir, ni explícitos ni implícitos en éste —que los hay—, se trata de principios de justicia que responden a una determinada moral crítica, o que, según algunos, formarían parte del derecho natural, pero que, en cualquier caso, no pueden ser confundidos con los principios jurídicos explícitos e implícitos ni presentados en la misma canasta de éstos. Ahora bien, cuando uno de esos principios de justicia es de hecho incorporado al ordenamiento jurídico, por obra del constituyente o del legislador, por ejemplo, pasa a ser un principio jurídico explícito al hallarse ahora positivado por dicho ordenamiento.

En su momento veremos también que hay *razonamiento moral* y *razonamiento jurídico*, y que el carácter práctico que tiene el primero y también el segundo cuando quienes lo llevan a cabo son legisladores y jueces, no es motivo suficiente para confundirlos ni para afirmar que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral. Tienen razón autores como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero cuando nos dicen que no basta con ver al derecho como conjunto de normas, o como conjunto de normas y de principios, sino que es conveniente observarlo también en los procesos por medio de los cuales los estándares del derecho son producidos, aplicados e interpretados, procesos que se llevan a cabo en distintas sedes y por diferentes actores, aunque todos éstos razonan con ocasión de tales procesos. Pero ese razonamiento es jurídico, no moral, o no necesariamente moral, lo cual significa que el razonamiento jurídico tiene autonomía respecto del razonamiento moral, como éste la tiene respecto de aquél. Una autonomía que, sin embargo, no pasa por alto que ambos son razonamientos prácticos (en el caso del jurídico al menos cuando lo llevan a cabo legisladores y jueces), esto es, orientados a la adopción de decisiones, y que, desarrollándose uno en contextos de moral y el otro en contextos de derecho, se vinculan en tanto la propia moral y el derecho se relacionan entre sí.

5. LA EQUIDAD

La idea aristotélica de la equidad. Una noción de equidad. Fuentes de las decisiones equitativas. La equidad en el derecho chileno.

La idea aristotélica de equidad. Toda introducción útil al tema de la equidad debe comenzar por una presentación de las ideas que sobre la materia transmitió Aristóteles en el capítulo X del libro V de la *Ética a Nicómaco*.

Aristóteles llama la atención acerca de que el derecho positivo, concretamente en su expresión o manifestación de derecho legislado, regula de manera general sobre determinados hechos, casos o situaciones. Esto es así porque el legislador no puede sino colocarse en los casos de más ordinaria ocurrencia, sin que pueda exigírsele una previsión de todas las posibles variantes que tales casos presentarán luego en la vida social efectiva ni de todas las particularidades y circunstancias, muchas veces irrepetibles, que acompañan de hecho al acaecimiento de esos mismos casos que el legislador sólo pudo regular de modo abstracto y general. En otras palabras, los actos humanos son muchos, pero la ley que regula un género de ellos es única; y porque es única, es también inevitablemente general.

El carácter abstracto y general de las leyes es causa de dos situaciones que son, precisamente, las que se intenta corregir por medio de la equidad: por una parte, la imposibilidad de establecer una ley sobre ciertas cosas; y, por otra, la imposibilidad de que las leyes puedan prever todas las particulares circunstancias de los casos o hechos regulados por ellas y que tendrán que ser conocidos y sentenciados por los jueces.

En principio, el juez debe sentenciar el caso que se le presente en aplicación de la ley que, dada previamente por el legislador, regula el género de casos al que pertenece aquel que el juez tiene que resolver. En palabras de Aristóteles, el juez, frente al caso que se le presenta, tiene que determinar lo *justo legal*, o sea, lo justo según la ley que regula el caso. Pero bien puede ocurrir una u otra de las dos hipótesis antes señaladas, a saber, que el derecho legislado no regule el caso, esto es, que adolezca de un vacío o laguna con relación al hecho sentenciable, o que de la aplicación de la norma legal al caso de que se trate se sigan efectos perjudiciales y no queridos por el legislador, como consecuencia de que el caso presenta particularidades que la norma abstracta y general del legislador no pudo prever.

Respecto de la segunda de tales hipótesis, Aristóteles considera que “lo que produce la dificultad es que lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente un disposición general”. En consecuencia –agrega– “cuando la ley hablare en general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviere presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”. Por su parte, y refiriéndose ahora a la primera de las hipótesis, esto es, a los casos de lagunas de la ley, el autor agrega lo siguiente: “la causa de que no todo pueda determinarse por la ley es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto”.

Piensa Aristóteles, por lo mismo, que la sentencia del juez se acomoda mejor a los hechos que la disposición abstracta y general de la ley, al modo de “la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma”.

Volviendo a la segunda de las hipótesis aquí presentadas, cabe destacar que al disponer la ley de un modo general, la falla no está propiamente en ella ni en el legislador que la dictó, sino en la naturaleza de la misma ley. Esta no puede sino regular de modo general los casos a que se refiere, de manera que si al acaecer uno de esos casos éste se presenta dotado de ciertas particularidades que el legislador no previó ni pudo razonablemente prever, con el efecto de que si se le aplica la ley general se van a seguir consecuencias injustas o inconvenientes que el autor de la ley tampoco previó ni pudo querer que se produjeran, el juez, valiéndose de la equidad, debe corregir la situación –tal como habría hecho el legislador si se encontrare presente– y dar por último una solución al caso que evite tales consecuencias injustas o inconvenientes.

Como escribe por su parte Tomás de Aquino, comentando el pasaje que Aristóteles dedica a la equidad en su *Ética a Nicómaco*, toda ley “se da universalmente, porque, en efecto, las cosas particulares son infinitas, no pueden ser abarcadas por el entendimiento humano, de manera que se pueda dar una ley para cada uno de los particulares. Por lo tanto, es preciso que la ley se dé universalmente. Pero en ciertos casos no es posible que se diga algo que sea universalmente verdadero, como en las contingentes, en las que, aunque algo sea verdad en la mayoría de los casos, en algunos pocos, sin embargo, no lo

es. Y tales son los hechos humanos, sobre los cuales se dan las leyes. En estos hechos es necesario que el legislador hable universalmente por razón de la imposibilidad de abarcar los casos particulares, y, sin embargo, tampoco es posible que en todos ellos se comporte rectamente lo que se dice, en virtud de que falla en algunos pocos casos". Y concluye: "para dirigir las acciones particulares están ya los preceptos concretos de los hombres prudentes, mientras que la ley, como ya hemos dicho, es un precepto necesario y común".

Así, en el ejemplo que brinda el propio Tomás de Aquino, que el que recibió de otro una cosa en depósito deba devolverla cuando aquel que la entregó la requiera, es un acto justo según la ley, puesto que éste, al regular el contrato de depósito, establece como obligación del depositario devolver la cosa depositada al depositante cuando este último la requiera. Además de tratarse de un acto justo según la ley, dicho acto no producirá por lo común ningún efecto dañino, de modo que si el depositario no devuelve la cosa y se promueve un litigio al respecto, el juez hará bien decretando que debe devolverla y, además, que debe indemnizar al depositante por los perjuicios que le hubiere ocasionado con su retardo en la entrega de la cosa. Sin embargo, en algún caso podría ser inconveniente que el juez resolviera de ese modo, como, por ejemplo, si el loco furioso pide que se le devuelva la espada que dio en depósito. En este caso, el juez tendría buenas razones para no decidir conforme lo justo según la ley, porque si bien existe y es justa la norma abstracta y general que da derecho al depositante a recuperar la cosa dada en depósito, en la situación del loco furioso que reclama la devolución de su espada no sería justo resolver conforme a esa norma puesto que, de hacerlo, se seguirían consecuencias inconvenientes. ¿Cuáles? Las que se siguen siempre que un loco furioso circula armado entre sus semejantes, ayer con una espada y hoy posiblemente con una metralleta o una bomba a ser colocada en el automóvil de su enemigo político.

Por ello es que Tomás de Aquino se refiere a la equidad como "los preceptos *concretos* de los hombres *prudentes*". Por eso es también que a la equidad se la llama "justicia del caso particular". En consecuencia, la equidad no es algo *distinto* de lo *justo*, sino algo justo que es *mejor* que lo *justo legal*. Dicho brevemente: lo equitativo es justo, y, a la vez, *mejor* que lo justo legal.

Una noción de equidad. Sin embargo, la equidad juega un papel importante en el derecho no sólo en las dos hipótesis antes señaladas, sino también en la interpretación de las leyes oscuras o contradictorias. Por lo mismo, es posible construir la siguiente noción de equidad:

Dícese que un caso jurídicamente relevante de la vida social se resuelve en equidad cuando, al faltar una ley que lo contemple y regule, o bien al existir una ley que lo regula de un modo que resulta vago, indeterminado, oscuro, confuso o contradictorio, o bien al existir una ley que lo regule y que de su aplicación puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de la ley no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece razonable evitar, el juzgador encargado del conocimiento y fallo del caso administra una solución construida sobre la base de la idea que él forja en conciencia acerca de lo que sea justo resolver a propósito del caso de que se trate, para lo cual el juzgador empleará ante todo su prudencia, esto es, su capacidad de deliberar en torno al caso, a fin de verificar y comprender las particulares circunstancias del mismo, viéndose asimismo influenciado en su decisión por diversos factores a los que se puede llamar fuentes de las decisiones equitativas.

Dicha noción de equidad puede ser descompuesta en *tres* partes. La *primera*, que va desde la palabra “Dícese” hasta el verbo “evitar”, identifica las tres *hipótesis* en que la equidad puede hacerse presente, que son las mismas, por lo demás, que dan cabida a los principios generales del derecho, razón por la cual estos últimos y la equidad comparten la condición de fuentes supletorias del derecho. De este modo, la equidad, según lo expresado en esa parte de la noción que hemos dado de la misma, sirve para interpretar las leyes, para integrarlas en caso de lagunas, y, asimismo, para evitar que de la aplicación de una ley a un caso dado puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de esa ley no previó ni pudo querer que se produjeran, de modo que resulta razonable que sea el juez quien evite finalmente que se produzcan.

La *segunda* parte de nuestra noción de equidad, que se inicia con la expresión “el juzgador” y concluye con la palabra “trate”, pone de manifiesto el *núcleo* del concepto de equidad, puesto que dice que decidir en equidad un asunto equivale a resolverlo sobre la base de la idea que acerca de lo justo consigue formarse el juzgador en relación con el caso de que se trata. Por lo tanto, si decidir en equidad es decidir conforme a una idea de lo justo, cabe advertir que no se trata de una idea *general* acerca de la justicia, sino de la idea de lo justo que frente al caso *particular* de que se trata ha podido formarse el juzgador. En consecuencia, la solución de equidad es una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien forma dentro de sí una idea acerca de lo que sea justo en relación con el caso de que se trata.

Esto quiere decir que el juez no se forma una idea acerca de “lo justo”, así, en general, o, si se prefiere, en abstracto, sino acerca de lo justo “aquí y ahora”, en el específico caso que debe resolver. Si pensáramos no ya en un juez, sino en un profesor que quiere ser justo al momento de distribuir 30 ejemplares del libro de que es autor entre sus 31 alumnos, bien podría decidir que hará esa distribución por sorteo, lo cual sería ciertamente una solución justa. Justa, digamos, en general, puesto que si ese profesor tiene clara conciencia de la manifiesta situación socioeconómica desmedrada de uno determinado de sus alumnos, situación que le impide la compra del libro, bien podría partir por entregar un ejemplar de su libro a ese estudiante y proceder luego a sortear los demás entre los restantes alumnos del curso.

Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, con su propia capacidad valorativa, que le permitirá sopesar las distintas alternativas de solución que el caso pueda ofrecer, y cuenta también con el propio caso a resolver, cuyos hechos y circunstancias delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y la actividad valorativa del juzgador.

Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que, además de lo ya dicho, es preciso advertir que esa solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes o factores que, combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste.

A tales factores o antecedentes puede denominárseles “fuentes de la equidad”, o fuentes de las decisiones equitativas, y a ellas vamos a referirnos al pasar ahora a la tercera parte de nuestra noción de equidad. Esa parte comienza con la expresión “para lo cual” y concluye con la palabra “equitativas”, que es aquella con la que termina la propia noción que nos encontramos analizando.

Dicha parte *final* de la noción puntualiza, en primer término, que la equidad se vincula con la virtud intelectual de la prudencia, esto es, con la capacidad y el hábito de deliberar lo conveniente a cierto fin. Prudente, escribe Aristóteles, “es el que sabe deliberar, o sea, el que calcula bien lo conveniente a cierto fin”, en nuestro caso el de dar una solución adecuada a la situación que el juez debe resolver. Tanto más se conecta con la equidad la virtud de la prudencia si se tienen en cuenta las expresiones de Aristóteles en el sentido de que esta última

virtud “no es sólo de lo universal, sino que debe conocer las circunstancias particulares, porque se ordena a la acción, y la acción se refiere a los casos particulares. La prudencia, por tanto, es práctica; así que es preciso poseerla en lo general y en lo particular, y más bien en esto último”.

Tal como ha sido señalado, para dar la solución de equidad, esto es, para llegar a formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver en el caso de que se trata, el juzgador cuenta no sólo con su prudencia, sino con determinados antecedentes o factores que coadyuvan a formar el criterio del juzgador. A tales antecedentes y factores puede llamárseles, por lo mismo, “fuentes de las decisiones equitativas” y a ellos nos vamos a referir a continuación.

Fuentes de las decisiones equitativas. Si volvemos a la idea que Aristóteles tuvo de la equidad, comprobaríamos que para este autor la fuente de la equidad es lo *justo natural*.

Justo legal, según quedó establecido antes, es lo justo según la ley, de manera que decir de una cosa que ella es justa según la ley equivale a afirmar que lo es en virtud de que el legislador así lo ha establecido en alguna de las normas abstractas y generales de la que es autor.

Pero también hay cosas que son justas por naturaleza, esto es, porque la naturaleza, no el legislador, así lo ha dispuesto, de manera que al lado de lo *justo legal* existe lo *justo natural*.

Trasladando la distinción entre justo natural y justo legal, entre cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por disposición de la ley, al lenguaje actual de los juristas, puede decirse que para Aristóteles está por un lado el *derecho natural*, que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de nuestra aprobación o desaprobación, y, por otro, el *derecho positivo*, compuesto por normas cuyo contenido es en principio indiferente, de modo que corresponde a la autoridad normativa dotarlas de un contenido o de otro. En consecuencia, el derecho natural encuentra su causa en la naturaleza, y porque la naturaleza es la misma en todas partes, las prescripciones del derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son universales e inmutables, “como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia”, según la expresiva declaración de Aristóteles. Por lo mismo, el contenido del derecho natural no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza, traduciéndose dicho contenido, según Tomás de Aquino, en “ciertos principios

indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes”.

En cambio, el derecho positivo encuentra su causa en la voluntad o decisión del hombre, quien lo instituye dotándolo de los más diversos contenidos. Sus normas, por lo mismo, son contingentes y variables y limitan su validez a un ámbito temporal y territorial determinado. En palabras de Aristóteles, “las cosas justas que no son naturales si no por humana disposición no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas”.

Con todo, Aristóteles entiende que el derecho positivo deriva del derecho natural, ya por *conclusión*, ya por *determinación*. La derivación es por *conclusión* cuando el contenido de una norma del derecho positivo resulta ser una aplicación directa de alguna norma o principio del derecho natural. Por ejemplo, cuando el derecho positivo castiga el homicidio, lo que hace es fijar una de las conclusiones que es posible derivar del principio del derecho natural que dice que a nadie debe dañarse injustamente. La derivación ocurre por *determinación* en todo aquello que el derecho positivo puede normar tanto de un modo como de otro, al no proceder su contenido directamente del derecho natural, como acontece cada vez que la ley establece cuál es la escala de penalidad que un juez puede recorrer en presencia de un delito de homicidio.

En ese marco de ideas, Aristóteles considera que la fuente de la equidad es lo justo natural, lo cual significa que el juzgador debe fijar el contenido de su fallo en equidad estableciendo qué es lo que dispone el derecho natural sobre la materia de que se trate. Ahora bien, si se pregunta cómo puede acceder el juzgador a lo *justo natural*, para derivar de allí la solución de equidad, Aristóteles responde que ello se consigue por medio de las virtudes intelectuales, a saber, prudencia, sabiduría e intuición.

La solución dada por Aristóteles en este punto no está exenta de dificultades, puesto que para que el reenvío del juez al derecho natural tenga éxito se requieren varias condiciones, a saber, que el derecho natural exista; que el juez esté convencido de su existencia; que el juez cuente con medios confiables para acceder al conocimiento del derecho natural; que el derecho natural provea efectivamente la solución de equidad que el juez tiene que acoger en su fallo; y, establecido todo eso, que el juez desarrolle certeza acerca de que la solución que cree derivar del derecho natural forme realmente parte de éste.

Por lo mismo, resulta conveniente atender a un planteamiento distinto sobre la cuestión de la fuente de las decisiones equitativas, como puede ser el siguiente:

a) la solución de equidad responde siempre a una convicción de orden estimativo que el juzgador forma en su conciencia respecto de lo que sea justo resolver frente a un caso dado;

b) para formar esa convicción, el juzgador cuenta con su propia conciencia valorativa y cuenta, además, con el caso concreto al que la atención de dicha conciencia debe dirigirse;

c) lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que dicha solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida, por ciertos antecedentes o factores de diversa índole;

d) los principios generales del derecho, que comparten con la equidad el carácter de fuentes supletorias del derecho, son uno de tales elementos o factores, puesto que, debidamente inteligidos por el juzgador, demarcan un ámbito de sentido que éste no podría traspasar con su decisión equitativa. En otros términos, los principios generales del derecho imponen al juzgador unos ciertos límites que éste no puede traspasar al dar una determinada decisión de equidad;

e) otro factor importante está constituido por los precedentes, esto es, por otras decisiones de equidad previas que hayan recaído sobre casos próximos o afines a aquel que tiene que ser resuelto en equidad. La combinación de la equidad con el precedente es perfectamente posible, puesto que las decisiones de equidad pueden llegar a formar una masa de precedentes a la que el juez que debe dar un fallo en equidad puede sentirse fuertemente vinculado;

f) el razonamiento por analogía, que constituye un método de integración de la ley, tal como veremos en el Capítulo VI, puede ser también un valioso auxilio para el juzgador cada vez que éste deba recurrir a la equidad en cualquiera de las tres hipótesis que fueron destacadas a propósito de la noción de equidad que fijamos precedentemente;

g) la solución de equidad estará también determinada por las valoraciones socialmente dominantes que respecto de la materia de que se trate tengan un firme arraigo en la sociedad de que se trate. En rigor, un juez nunca es indiferente a ese tipo de valoraciones, lo confiese o no así, y los fallos en equidad

son propicios a una mayor influencia de la atmósfera valorativa que pueda rodear al juez en un momento dado;

h) las propias y personales convicciones valorativas del juez jugarán también un papel importante, como es obvio, al momento que aquél tenga que formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver frente a un caso determinado; e

i) por último, vale la pena decir que todos esos elementos y factores, actuando en conjunto y de manera interrelacionada, influirán en la solución de equidad, en mayor o menor medida según los casos y de un modo más o menos consciente para el juzgador. Por lo mismo, la solución de equidad aparecerá siempre como fruto de una decisión razonada y voluntaria del propio juzgador, aunque las raíces de la decisión podrán ser rastreadas en la presencia simultánea y no siempre armoniosa de esa suma de antecedentes y factores previamente identificados.

La equidad en el derecho chileno. El estatuto acordado a la equidad en nuestro derecho es el mismo que tuvimos ocasión de analizar a propósito de los principios generales del derecho. Juegan aquí el art. 24 del Código Civil y el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones constitucionales y del Código Orgánico de Tribunales que consagran el llamado “principio de inexcusabilidad”.

Es preciso mencionar, además, por lo que respecta a las lagunas del derecho legislado, el art. 5° del Código Civil, y, desde luego, el art. 23 del mismo cuerpo legal, que declara que lo favorable u odioso de una disposición legal no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.

Llama la atención, en todo caso, que el art. 24 se refiera a la equidad bajo la expresión “equidad natural”, lo cual, lo mismo que en el caso de la expresión “espíritu general de la legislación”, puede ser entendido como una restricción, puesto que si se dice “principios generales del derecho” se dice algo más que “espíritu general de la legislación”, mientras que si se dice “equidad” se dice también algo más que “equidad natural”.

¿Qué puede ser la equidad *natural*?

Al valerse de una expresión como esa, Bello no pensaba en la posibilidad de que el juez antepusiera su idea de justicia a la que se encontrare plasmada en la

ley. Ni siquiera pensaba en la equidad como un correctivo o enderezamiento de lo justo según la ley. Decía él que “el juez es esclavo de la ley” y que “debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza”, expresiones con las cuales no hacía sino ponerse a tono con las ideas por entonces dominantes y exteriorizar sus temores frente a una judicatura profesionalmente débil en un país que tenía sólo algunas décadas de vida independiente.

En parecer de Alejandro Guzmán, la *equidad natural* no es otra que la que se encuentra en los textos, y que es producto de la reflexión y discusión de los juristas, aunque en tiempos pretéritos “todos los juristas pensaban que había un texto en que la equidad estaba inscrita como por antonomasia: el *Corpus Iuris*”. Domat es un buen ejemplo de este punto de vista, puesto que sostuvo que “las reglas que se extraen de las decisiones contenidas en el Derecho Romano tienen el carácter de leyes naturales, por los principios de la equidad natural de donde ellas han sido sacadas”. En esta misma línea de pensamiento, el propio Bello, refiriéndose a las leyes romanas, dijo de ellas que “han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón”.

Por nuestra parte, reiteramos que equidad no es sinónimo de subjetividad ni menos de arbitrariedad, y que para formar una decisión equitativa bien puede recurrirse también, además de los elementos o factores que ya indicamos, a criterios que se encuentren aprobados por la doctrina, lo cual dista mucho de aceptar la idea, escasamente realista, de que las antiguas leyes romanas puedan constituirse en una cantera inagotable y siempre actual de soluciones cada vez que un juez de nuestro tiempo tenga que dar un fallo en equidad.

Cabe señalar, en fin, que lo mismo que vimos pasa con los principios, el art. 24 es restrictivo con la equidad. Es restrictivo porque la admite sólo cuando no han podido aplicarse las reglas de interpretación precedentes, es decir, las de los artículos 19 a 23; porque la convoca únicamente para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de las leyes; y porque, adjetivándola de “natural”, y cualquiera sea el significado que demos a esa palabra, parece acotar la equidad a una determinada versión o concepción de ésta.

Respecto de la equidad, cabe agregar también lo que fue señalado a propósito de los principios: el principio de inexcusabilidad que consagran tanto la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales, así como lo dispuestos por el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, mejoran su estatuto

como fuente del derecho y superan, al menos en parte, las restricciones que le impuso el art. 24 del Código Civil.

6. EL ACTO JURÍDICO

Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. Actos jurídicos y contratos como fuentes formales del derecho.

Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. Ante todo, es preciso distinguir entre *hechos* y *hechos jurídicos*, puesto que los *actos jurídicos*—objeto ahora de nuestro interés—son una clase de hechos jurídicos, mientras que, por su parte, los *contratos* son un tipo de acto jurídico.

Un *hecho*, sin más calificación, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que no produce efectos en el campo del derecho. La luna llena y el saludo que alguien hace al conductor del vehículo de transporte público al que sube por la mañana constituyen ejemplos, respectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que no producen efectos jurídicos.

Hecho jurídico, en cambio, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que produce efectos en el campo del derecho. El transcurso del tiempo, en virtud del cual un joven adquiere la mayoría de edad, y el matrimonio, son ejemplos, respectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que producen efectos jurídicos.

A los hechos jurídicos provenientes del hombre se les puede llamar *hechos jurídicos propiamente tales*. Por su parte, estos hechos pueden ser *involuntarios* y *voluntarios*. Involuntarios son aquellos que provienen del hombre, aunque sin la intención precisa de producir efectos jurídicos, como es el caso, por ejemplo, del art. 2319 del Código Civil, que a propósito de los delitos y cuasidelitos civiles, dispone que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes, aunque serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Hechos jurídicos voluntarios son aquellos que el hombre ejecuta conscientemente y que producen efectos jurídicos, sean o no queridos por su autor. Estos hechos jurídicos voluntarios pueden ser *lícitos* o *ilícitos*. Los hechos voluntarios ilícitos se llaman delitos y los delitos pueden a su vez ser delitos civiles o delitos penales. En la comisión de delitos el responsable de éstos busca obtener ciertos efectos, pero los efectos propiamente jurídicos que se siguen de

su acción los establece la ley. Ahora bien, un hecho ilícito del hombre puede ser deliberado, caso en el cual estamos en presencia de un *delito*, o resultado sólo del descuido o negligencia del autor, caso en el cual estamos en presencia de un *cuasidelito*, pero, en todo caso, las consecuencias jurídicas resultantes no son queridas por quien ejecutó el acto correspondiente, sino establecidas e impuestas por la ley.

En cuanto a los hechos jurídicos voluntarios y lícitos, pueden ser producidos con intención de producir determinados efectos jurídicos, caso en el cual constituyen lo que se llama *actos jurídicos*, o bien sin intención de producir determinados efectos jurídicos, caso de los así llamados *cuasicontratos*.

Por tanto, *acto jurídico* es toda manifestación voluntaria y lícita del hombre, ejecutado con la intención precisa de producir determinados efectos jurídicos, los cuales pueden consistir en la adquisición, pérdida o modificación de derechos y deberes jurídicos.

Ahora bien, una de las clasificaciones más importantes de los actos jurídicos es la que distingue entre *actos jurídicos unilaterales* y *actos jurídicos bilaterales*. Los primeros son aquellos que para formarse como tales precisan de la voluntad de una sola parte, mientras que los segundos son los que para formarse como tales requieren del acuerdo de voluntades de dos o más partes. Como se ve, esta clasificación atiende al número de *partes* que se necesitan para la formación del acto y no al número de *personas*, puesto que cada parte puede estar constituida por una o varias personas. Cabe señalar, asimismo, que al acuerdo de voluntades necesario para producir un acto jurídico bilateral se le llama *consentimiento*.

En cuanto a los actos jurídicos unilaterales, los hay que producen efectos jurídicos sólo en relación con la parte que los otorga, como acontece, por ejemplo, con la oferta de celebrar un contrato que obliga al que la hace a suscribir el contrato cuando la oferta es aceptada o con el ofrecimiento de un premio o recompensa. Pero hay también actos jurídicos unilaterales que producen efectos respecto de personas distintas de aquella que los ejecuta u otorga, como es el caso del testamento.

A los actos jurídicos bilaterales se les llama también *convenciones*, y se les denomina *contratos* cuando la finalidad es *crear* derechos y obligaciones. De este modo, *convención* es todo acto jurídico bilateral destinado a *crear, mo-*

dificar o *extinguir* derechos y obligaciones, mientras que *contrato* es aquella convención que está destinada únicamente a *crear* derechos y obligaciones para las partes que intervienen en ella. En consecuencia, la convención es el género y el contrato la especie.

Por su parte, los contratos también se clasifican en uni y bilaterales, dependiendo si las obligaciones que por su intermedio se crean son sólo para una de las partes o para ambas. Así, *contrato unilateral* es aquel en que una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, como es el caso de la donación y del comodato, mientras que *contrato bilateral* es aquel en que ambas partes se obligan recíprocamente, como acontece con la compraventa y el arrendamiento.

En materia de contratos, el principio rector de los mismos es el que se señala por el art. 1545 del Código Civil, que declara que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado si no por su consentimiento mutuo y por causas legales”.

Lo que semejante disposición persigue no es transformar el *contrato* en una *ley*, puesto que sabemos que la ley es una fuente formal del derecho en la que intervienen dos poderes del Estado: legislativo y ejecutivo. Al expresarse del modo que lo hace, la citada disposición quiere reforzar la autonomía que los sujetos de derecho tienen para contratar y, por este medio, para crear derechos y obligaciones, y reforzar, asimismo, el carácter vinculante que las cláusulas de un contrato tienen respecto de quienes hayan concurrido a su celebración. En otras palabras, la disposición del art. 1545 del Código Civil refuerza la idea de que lo que hacen a fin de cuenta los contratantes al contratar es crear o producir determinadas normas jurídicas, de carácter particular, que concederán derechos e impondrán obligaciones a las partes según el tipo de contrato que hayan celebrado.

En cuanto a los efectos de los contratos, eso es, concerniente a los derechos y obligaciones que resultan para los contratantes, pueden producirse tres situaciones, a saber, que la legislación nada disponga al respecto y que todos los efectos se regulen exclusivamente por la voluntad de las partes; que la legislación regule los efectos del contrato de un modo genérico que permite a las partes contratantes variar en alguna medida las normas legales sobre la materia o introducir especificaciones no contempladas en éstas; y que la legislación regule de modo pormenorizado y estricto todos los efectos del contrato, caso

en el cual la voluntad de las partes se hace presente al momento de celebrarse el contrato, mas no en la determinación de sus efectos.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que, cualquiera sea la situación de los contratantes respecto de la determinación de los efectos del contrato, su voluntad es necesaria para que el contrato pueda nacer a la vida jurídica, lo cual significa que la voluntad de los sujetos contratantes siempre tiene, en mayor o menor medida según los casos, un poder de producir normas jurídicas particulares cuyo ámbito de validez se circunscribirá, en principio, a los propios sujetos contratantes.

En cuanto a las demás clasificaciones de los actos jurídicos, así como a los elementos constitutivos y a los requisitos necesarios para su existencia y validez, son materias propias de un curso de derecho civil. Lo mismo cabe decir de los contratos. Lo que interesa ahora, de preferencia, es percibir cómo los actos jurídicos, y en especial los contratos, constituyen una fuente formal del derecho, esto es, un procedimiento para crear o producir normas jurídicas, a la vez que un continente donde es posible identificar normas de ese tipo.

Actos jurídicos y contratos como fuentes formales del derecho. En efecto, los actos jurídicos y los contratos, tal como han sido definidos previamente, dan cuenta de una zona que el ordenamiento jurídico deja a los sujetos de derecho para que participen en forma directa en el proceso de producción del derecho por medio de las determinaciones voluntarias que tales sujetos quieran hacer en ese sentido.

En otros términos, el *negocio jurídico* —como a veces se prefiere llamar a los actos jurídicos— es un hecho productor de derecho, tanto como lo son la ley en el caso del legislador y la sentencia en el caso del juez, no más que tratándose del acto jurídico y de quienes lo otorgan estamos en presencia no de órganos jurídicos en posición de autoridad, sino de sujetos normativos que quedan vinculados por las mismas normas que ellos han concurrido a producir, unas normas de carácter particular, similares en esto a las de la sentencia judicial, puesto que por lo común afectarán sólo a los sujetos que hayan intervenido en la elaboración del acto jurídico de que se trate.

Actos jurídicos y contratos, por lo mismo, confirman que el derecho cuenta tanto con métodos *heterónomos* como *autónomos* de producción de normas, y

que el derecho no está compuesto sólo por normas *generales*, sino que las hay también *particulares*.

Podría creerse que los sujetos de derecho no producen normas jurídicas por medio de los actos jurídicos y de los contratos, puesto que al otorgar aquéllos y suscribir éstos deben hacer aplicación de las normas del derecho legislado que se refieren a su capacidad para otorgar actos jurídicos y celebrar contratos y que regulan muchas veces, además, la manera de otorgarlos y celebrarlos e, incluso, los efectos jurídicos que habrían de seguirse. Sin embargo, y tal como tuvimos ocasión de explicar a propósito de la sentencia judicial como fuente formal del derecho, que los sujetos de derecho al contratar hagan aplicación de determinadas normas generales de la legislación no impide que a la vez creen o produzcan normas jurídicas particulares.

Tiene razón Kelsen, en consecuencia, cuando afirma que al establecer el ordenamiento jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, lo que hace, a fin de cuentas, es “autorizar a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas generales producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico”.

Tratándose en particular de los contratos, el autor aclara que se trata “de lejos del negocio jurídico más importante en el derecho moderno”, configurándose los contratos a partir de “las declaraciones concordantes de voluntad de dos o más individuos, dirigida a una determinada conducta de los mismos”. Puede ser que el ordenamiento jurídico prescriba determinada forma para esas declaraciones a fin de que produzcan efectivamente las normas que obliguen y faculten a los contratantes —por ejemplo, estableciendo que el contrato ha de celebrarse por escrito—, pero, en todo caso, “las partes tienen que expresar de alguna manera su voluntad, es decir, darle alguna exteriorización”.

Con todo, la palabra “contrato”, lo mismo que pasa con la “ley”, designa tanto al hecho productor de normas jurídicas como a las normas que resultan de ese hecho. Así, dice Kelsen, “se habla de la celebración de un contrato, aludiéndose así a los actos que constituyen el hecho productor de normas” y “se habla de la validez de un contrato, aludiéndose a la norma producida por ese hecho, puesto que sólo una norma, y no un acto, puede tener validez”. Lo que pone de manifiesto este doble uso de la palabra “contrato” —para aludir a un *hecho productor de normas* y para aludir a las *normas* que resultan de ese

hecho— no es más que el efecto que se sigue de ser el contrato, a la vez, un método de producción de normas y un continente donde es posible identificar las normas que han sido producidas convencionalmente por dos o más sujetos de derecho.

Al contratar —continúa Kelsen— “las partes hacen uso de las normas legales que hacen posible las transacciones jurídicas”, de donde resulta que “al concluir una transacción jurídica las partes aplican esas normas generales”. Pero, a la vez, se trata de un acto creador de derecho, “ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en él intervienen”.

De este modo, la voluntad de dos sujetos concordantes en la decisión que uno de ellos dé una cosa mientras el otro pague su valor en dinero, debe ajustarse, tanto formal como materialmente, a las normas generales sobre contratación y a las normas también generales de la legislación que regulan la compraventa, normas que, por tanto, resultan aplicadas con ocasión del contrato que estamos imaginando. Si se trata de un inmueble, por ejemplo, la declaración de voluntad de las partes tendrá que constar en una escritura pública (marco formal), mientras que el precio de la venta deberá ser determinado por los contratantes, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de ellos (marco material). Pero los deberes y facultades jurídicas concretas que derivan para las partes contratantes como resultado del contrato no provienen propiamente de las normas generales que se aplican en este negocio, sino de las normas particulares que por medio de este mismo negocio jurídico han sido creadas.

De este modo, la determinada obligación de *A* de dar su casa a *B* a cambio de una suma de dinero *P*, no proviene de que el Código Civil establezca como obligación principal del vendedor la entrega de la cosa —por cuanto se trata de una formulación abstracta y general—, sino de la voluntad expresada en tal sentido al momento de celebrarse entre *A* y *B* el respectivo contrato. Y lo mismo puede decirse de la obligación de *B* de pagar el precio *P*. Tanto es así que antes de la celebración del contrato, ni *A* ni *B* tenían recíprocamente ningún tipo de obligación al respecto. Ni *A* debía entregar su casa a *B* ni éste debía a *A* la suma de dinero *P*. Si estas obligaciones jurídicas han nacido, lo mismo que los derechos correlativos a ellas, es en virtud de la declaración de voluntad concurrente. Si *A* y *B* no contratan, nada se deben, no existe —en suma— norma jurídica alguna que les imponga, determinadamente, los deberes jurídicos que cada uno reconoce como suyos, ni norma jurídica alguna, asimismo, que les conceda los derechos de que cada uno de ellos resulta investido.

Así las cosas, y si del contrato resultan obligaciones y facultades jurídicas, y si las obligaciones y facultades jurídicas provienen siempre de una norma jurídica, quiere decir, entonces, que el contrato ha constituido, a la vez, un acto de *aplicación* de normas jurídicas y un acto de *creación* de éstas. Ahora bien, las normas generales que resultan aplicadas y las particulares que son creadas con ocasión del contrato no difieren en su carácter normativo, sino en el hecho de que las primeras tienen un carácter *general* y *abstracto*, mientras que las segundas lo tienen *individualizado* y *singularizado*.

A fin de contrastar las precedentes ideas con la moderna evolución tenida por el derecho de los contratos y con las distintas modalidades que se conocen, pueden verse las páginas finales del trabajo del autor de este manual, "La dimensión de autonomía en el derecho", publicado en Revista de Ciencias Sociales N° 20, *El neokantismo en la filosofía del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982.

7. ACTOS CORPORATIVOS

Concepto. Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. Actos jurídicos y actos corporativos.

Concepto. Actos corporativos son aquellos que ejecutan las corporaciones e instituciones, en general personas jurídicas colectivas, y tienen por finalidad crear o producir normas jurídicas generales, aunque circunscritas en su ámbito de validez únicamente a los asociados de la institución de que se trate.

De este modo, por ejemplo, las corporaciones y fundaciones, ambas personas jurídicas colectivas sin fines de lucro, producen normas de vasto alcance, esto es, que no afectan a uno o más determinados individuos, sino a todos los que forman parte del correspondiente círculo de asociados. Por lo mismo, los actos corporativos, y las normas que por su intermedio se producen, regulan la actividad de la institución y las relaciones que concierne a ésta tienen entre sí los asociados.

Cabe destacar, por lo mismo, que los actos corporativos son ejecutados no por sujetos de derecho individualmente considerados, si no por entes colectivos que en general se llaman "organizaciones". El resultado de los actos corporativos son normas jurídicas generales, en el sentido antes explicado, no obstante que su validez se limita a los miembros de la respectiva organi-

zación, quienes les deben acatamiento aunque no hubieren participado en la producción de las normas. Al conjunto de las normas resultantes de los actos corporativos se le denomina *derecho corporativo*, o derecho *estatutario*, puesto que sus normas tienen origen en las organizaciones y se expresan y contienen en los estatutos que cada corporación se da a sí misma para regir su actividad y regular los derechos y deberes de los asociados. Se trata, como dice Antonio Bascuñán Valdés, de “un conjunto de normas estatutarias de carácter general, abstracto y permanente, que rigen la conducta no sólo de quienes las dictaron, sino también la de quienes ingresan con posterioridad a la institución”.

Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. El ordenamiento jurídico, así como autoriza a los sujetos de derecho individualmente considerados para producir normas jurídicas particulares en aplicación de las normas generales de la legislación, por medio de actos jurídicos y contratos, las autoriza también para, asociándose entre sí, constituir corporaciones y fundaciones y fijar los estatutos por los cuales éstas habrán de regirse, y, del mismo modo reconoce competencia a las organizaciones para producir normas generales en el marco de la legislación, aunque se trata de normas que, por su misma finalidad, no pueden tener un ámbito de validez que sobrepase el de la respectiva institución y el de los que en calidad de asociados pertenecen a ella.

La legislación, en suma, regula la producción del derecho corporativo por parte de los diversos tipos de instituciones, de modo que cada vez que éstas producen normas estatutarias aplican aquellas de la legislación que regulan su producción. A la vez, y tal como acontece con los actos jurídicos, los actos corporativos conducen a la creación de nuevas normas, que junto con establecer el objeto de la institución y la organización interna de ésta, fijan los derechos y deberes de los asociados y regulan las actuaciones de éstos en la esfera más amplia de las actividades de la institución.

En suma, los actos corporativos *aplican* y *producen* derecho, o, mejor aún, producen el llamado derecho corporativo o estatutario en aplicación de las normas del derecho legislado que da competencia a distintos tipos de organizaciones para producir las normas jurídicas por las que habrán de regirse internamente.

Actos jurídicos y actos corporativos. De ambos puede decirse que constituyen ámbitos que para la producción jurídica el ordenamiento jurídico reserva para

sujetos e instituciones que no tienen el carácter de órganos del Estado. Sin embargo, hay diferencias entre unos y otros.

De partida, los actos jurídicos producen normas jurídicas sobre la base de la voluntad de quienes los otorgan o concurren a ellos; en cambio, los actos corporativos producen normas para el conjunto de los asociados, sin que éstos tengan que consentir en las normas de que se trata, las cuales son dictadas por los órganos internos de la respectiva organización; por ejemplo, su directorio o la asamblea de socios, actuando aquél y ésta por medio de determinaciones de mayoría.

Por otra parte, los actos jurídicos conducen a la producción de normas particulares que en principio circunscriben su validez a los sujetos que concurren al acto; en cambio, los actos corporativos conducen a la producción de normas generales, aunque limitadas, en todo caso, a la organización que las dicta.