

PRIMERA PARTE
FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

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

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 *fente* 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*.
 - *órgano autoridad*
 - *delo validez*

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 concurran el Estado, el empleador y el propio trabajador, tiene su procedencia en el acto o conjunto de actos de tipo formal por medio de los cuales el Presidente de la República y el Congreso Nacional concurren a la formación de la ley respectiva. Sin embargo, el origen de dicha ley, más allá de la voluntad de quienes concurrieron a su formación,

podrá encontrarse en un hecho 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 atinente 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".