

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-
pectiva de los cambios culturales*".

Se incluye también una sección *In memoriam*, dedicada al filósofo español del derecho, Albert Calsamiglia, muerto en 2000, quien tuvo estrechos lazos con nuestro país.

Cierra el presente volumen la sección *Recensiones*, en la que se comentan algunas obras de interés en el campo de la teoría y filosofía del derecho.

Este y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

E S T U D I O S

fía Jurídica y Social que nucleó a estudiosos y, especialmente, a jóvenes discípulos a quienes alentó permanentemente en sus estudios y publicaciones. En la Biblioteca del Instituto, cuya publicación estaba a cargo de la Editorial Losada, se incluyeron importantes títulos de autores extranjeros (entre ellos los ya recordados de Kelsen) y otros del propio Cossio y de nuevos autores del país. Esa colección representa todavía hoy el conjunto más calificado de obras iusfilosóficas publicado en forma orgánica en América Latina, a lo que debe sumarse su contenido estimulante y renovador.

Un juicio de valor de insospechada imparcialidad acerca de Cossio es el que formula el propio Kelsen: "Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda compartirlas" (33).

Por fin, cabe recordar las palabras de Carrió: "Los argentinos no nos portamos bien con Cossio. No llegamos a tributarle el homenaje que él indudablemente merecía" (34). El mejor homenaje será rescatar su obra del olvido en el que parece hallarse sumida y ponerla a disposición de los estudiosos para que sirva de estímulo para nuevos desarrollos tan fecundos como los que en su momento aportó la Teoría Ego-lógica del Derecho.

33. Párrafo extraído de una carta de Kelsen a Kunz reproducido, con permiso de Kelsen, en Josef Kunz, *La Filosofía del Derecho latinoamericana en el Siglo XX*, cit., nota 414, pág. 226.

34. Genaro, R. Carrió, "Recordando a Cossio", cit. No obstante, las universidades de La Plata y de Buenos Aires lo designaron, ya en sus últimos años, profesor emérito y fue asimismo objeto de algunos otros reconocimientos.

SOBRE LA DISTINCION ENTRE DEROGACION EXPRESA Y DEROGACION TACITA *

ANTONIO BASCUÑAN RODRIGUEZ **

1. *La regulación del Código Civil*

Los Arts. 52 y 53 del Código Civil disponen lo siguiente:

"Art. 52. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Art. 53. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

* Una versión preliminar de este artículo fue sometida a discusión en el Seminario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, patrocinado por el Centro de Estudios de la Justicia de la misma Facultad. La versión actual recoge en varios puntos las valiosas sugerencias y observaciones que fueron formuladas en esa oportunidad. En particular, estoy en deuda por sus comentarios críticos con la Profesora María Angélica Figueroa Quinteros y los Profesores Enrique Barros Bourie, Miguel Soto Piñeiro y Fernando Atria Lemaître.

** Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Chile.

Estas disposiciones provienen de los Arts. 50 y 51 del Proyecto de Código Civil de 1853, redactado por Andrés Bello, sin que en él sean consignadas indicaciones sobre sus fuentes históricas (1).

La regulación del Código Civil induce a pensar que la derogación expresa y la derogación tácita son dos especies de un mismo género, y las únicas dos especies de derogación. La doctrina civilista ha hecho suyo este pensamiento, en la medida en que considera que el fundamento de la distinción se encuentra en el hecho de si el legislador ha manifestado o no explícitamente su voluntad en orden a producir un efecto derogatorio (2).

Esta concepción de la derogación no es satisfactoria.

Desde el punto de vista del análisis jurídico de estas dos instituciones, es insuficiente considerar que la diferencia entre la derogación expresa y la derogación tácita se encuentra en la forma en que ella se manifiesta, explícitamente en el caso de la derogación expresa, e implícitamente, en el caso de la derogación tácita. Como luego se verá, hay casos de derogación explícita —en el sentido del Art. 52— que son casos de derogación tácita, y casos de derogación implícita que son casos de derogación expresa.

1. *Obras completas de Don Andrés Bello*, Vol. XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888, págs. 18-19. Juan Antonio de Armas deja entender con una concordancia que la fuente de la distinción entre derogación expresa y derogación tácita se encontraría en el Libro Tercero, Título II, Ley 11 de la Novísima Recopilación (*Comentario de Siete Títulos del Código Civil*, Santiago, 1886, págs. 71-72). La referencia no es pertinente. La ley citada, dictada por Felipe V el 12 de Junio de 1714, dispone la observancia literal de las leyes que no se hallen derogadas expresamente por otras posteriores.

2. Armas, *op. cit.*, pág. 71; Jacinto Chacón, *Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1881, pág. 41; Enrique Cood, José Clemente Fabres, *Explicaciones de Código Civil, destinadas a los Estudiantes del Ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, 1882, pág. 154; Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Santiago de Chile, 1898 (reimpresión de 1931), pág. 168; Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil, Primer Año*, Santiago, 1915, pág. 29; Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, 1ª ed., Santiago, 1939, pág. 208; 6ª ed., Santiago, 1998, pág. 204. Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil - Parte General*, 4ª ed., Santiago, 1995, pág. 66.

Además, desde la perspectiva de su función y posición estructural en el sistema jurídico, el fundamento de la distinción entre derogación expresa y derogación tácita debe ser considerado como algo más profundo y complejo que la diferencia que existe entre explicitar o no el contenido de una voluntad. Hasta dónde ese fundamento pueda justificar un tratamiento diferenciado de una de las consecuencias más importantes de la derogación, esa es una interrogante que este artículo deja abierta. En todo caso, es claro que ese fundamento hace que una y otra derogación no puedan ser reconducidas a un común denominador desde un punto de vista conceptual ni desde un punto de vista institucional.

Finalmente, en contra de la aparente disyuntiva planteada por el inciso primero del Art. 52, hay formas de derogación que en rigor no son expresas ni tampoco tácitas, sino *sui generis*. La distinción expresa-tácita no es exhaustiva.

El propósito de estas páginas es contribuir al esclarecimiento de los rasgos distintivos de las formas de derogación, estableciendo una clasificación más diferenciada y mejor fundamentada. El marco conceptual del examen que se efectuará se encuentra en la teoría general del derecho de inspiración analítica (3).

3. El artículo seminal para la teoría de la derogación expresa es de Hans Kelsen, *Derogation*, en: Ralph A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, págs. 339-354; su desarrollo posterior se encuentra en los Capítulos 27 y 29 de su obra póstuma, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979. El análisis de la derogación sobre la base del concepto de acto de rechazo y de la distinción entre vigencia y aplicabilidad como formas de validez ha experimentado un intenso desarrollo, especialmente en la teoría del derecho de habla española, a partir de la obra de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, 1971, págs. 72-77 y 88-91 (puede consultarse la edición en español, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1975/1987, págs. 118-124 y 137-140). Ambos autores prosiguieron ese análisis en *La concepción expresiva de las normas y Fundamentos pragmáticos para una lógica de las normas*, en: los mismos, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, págs. 121-153; Eugenio Bulygin, *Tiempo y Validez*, en: Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, *cit.*, págs. 195-214; R. Guastini, *A Theory of Derogation*, en: Antonio A. Martino, *Automated Analysis of Legal Texts*, North-Holland/Amsterdam/New York/Oxford/Tokyo, 1986, págs. 495-514; Jerzy Wróblewsky, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht/Boston/London, 1992, págs. 83-85; Josep Aguiló, *La derogación de normas en la obra de*

La nueva clasificación que se propone no altera, sin embargo, el uso arraigado de los términos en cuestión. Como se verá en la última sección, en estas páginas se sostiene que hay buenas razones para llamar "derogación expresa" a ciertas formas de derogación, y "derogación tácita" otras, coincidiendo con el uso más tradicional de estos términos. Las razones que sirven de fundamento a ese uso, sin embargo son distintas. Estas razones son mejores que las tradicionales, y en tal virtud permiten resolver de un modo más adecuado los problemas que plantean las formas anómalas de derogación surgidas en la práctica legislativa, jurisprudencial y doctrinaria chilenas.

2. La derogación expresa

La derogación expresa es un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, o bien el efecto de ese acto (*).

Por "potestad normativa" se entiende la atribución de crear, alterar o eliminar normas, que es conferida a una persona o grupo de personas, por una regla o un complejo de reglas. Lo usual en un Estado de Derecho es que esas reglas confieran dicha potestad en atención al des-

Hans Kelsen, *Doxa* 10 (1991), págs. 261-278; el mismo, *Derogación, rechazo y sistema jurídico*, *Doxa* 11 (1991), págs. 263-281; el mismo, *Sobre la Derogación*, México, 1995; Marina Gascón Abellán, *Cuestiones sobre la derogación*, *Doxa* 15-16 (1994), págs. 845-859; Ake Frändberg, *Retroactivity, Simulativity, Infractivity*, en: Jes Bjarup, Mogens Blegvad (eds.), *Time, Law and Society*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft* 64 (1995), págs. 55-71; Ulises Schmill, *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas*, *Doxa* 19 (1996), págs. 259-286; Juan José Moreso, *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, México, 1997; Juan José Moreso, Pablo Navarro, *The Reception of Norms, and Open Legal Systems*, en: Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, 1998, págs. 273-291. Desde una perspectiva teórica distinta, pero coincidentes en los resultados, Luis María Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, y Dirk Heckmann, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

4. En adelante, cuando se hace referencia al "efecto" de un acto, sin ulterior precisión, debe entenderse como una referencia a su sentido normativo, conforme a las reglas que lo constituyen en un acto de ese carácter. No implica, pues, la referencia a algún hecho social distinto de la realización de ese acto conforme a una regla.

empeño de un cargo, en relación con un determinado ámbito de competencia, y sometiendo su ejercicio a un determinado procedimiento.

La derogación es el acto normativo cuyo efecto es el término de la vigencia de una norma jurídica. La caracterización precisa de este efecto es una de las cuestiones más debatidas de la teoría del derecho. Las dificultades provienen en considerable medida del uso de distintos conceptos de sistema jurídico. Si se entiende al sistema jurídico como un sistema momentáneo, es decir, como un conjunto de normas vigentes en un momento dado, entonces debe considerarse que la derogación tiene por efecto la configuración de un nuevo sistema de normas, del cual se encuentra excluida la norma derogada. Si, en cambio, se entiende el sistema jurídico como sucesión de sistemas momentáneos, extendida en el tiempo, entonces lo natural es entender que la derogación produce como efecto la inaplicabilidad irrevocable de la norma que fue objeto de la derogación a los casos que ocurran con posterioridad a la derogación. La idea extendida de que la derogación elimina la norma derogada del sistema jurídico responde a una combinación de ambos conceptos de sistema jurídico (?).

A la norma que ha perdido vigencia la denominaré "norma derogada". El término de su vigencia tiene lugar mediante el establecimiento de una disposición, que denominaré "disposición derogatoria". La derogación expresa es, en consecuencia, pérdida de vigencia de una norma mediante un acto que se concreta en el establecimiento de una disposición.

En los sistemas jurídicos estatutarios o de derecho legislado, el cambio normativo se relaciona con procedimientos de fijación —establecimiento, modificación, supresión— de textos. En estos sistemas, el principal criterio de reconocimiento de las normas que pertenecen a ellos está relacionado con la identificación de ciertos textos. Denomina-

5. De cualquier modo, la validez de una norma, ya sea en términos de vigencia (pertenencia) o de aplicabilidad, es un hecho institucional y no un dato natural, metafísico, ni una categoría lógica. De aquí que deben ser evitadas las hipóstasis a las que conduce el lenguaje acerca de la "existencia" de las normas jurídicas, como algo pre-dado a las reglas del sistema que cuentan como criterios de reconocimiento o de aplicabilidad.

ré a tales textos "textos autoritativos". Conforme a este criterio de reconocimiento, si un enunciado normativo corresponde al sentido de un enunciado fijado en un texto autoritativo, entonces puede afirmarse —al menos provisoriamente— que ese enunciado es (o forma parte de) una norma jurídica. Al enunciado fijado en el texto lo denomino "disposición". Se puede decir, en consecuencia, que la norma es el sentido de la disposición.

En tanto efecto, la derogación consiste en poner término a la vigencia de una norma mediante la referencia —usualmente, la supresión— a una disposición. Así como el inicio de la vigencia de una norma tiene lugar mediante la fijación de una disposición, esto es, de un enunciado en un texto autoritativo, así también su término de la norma tiene lugar mediante la mención de la disposición, usualmente declarando o produciendo su supresión del texto autoritativo (6).

En los sistemas jurídicos modernos ha llegado a ser tan natural este procedimiento de creación, alteración y eliminación de normas mediante establecimiento, modificación o supresión de disposiciones, que la práctica legislativa usual consiste en adoptar decisiones relativas a textos. Lo usual ya no es que la voluntad soberana se manifieste dirigiéndose directamente a los destinatarios de las normas, mandándoles, prohibiéndoles o permitiéndoles una determinada conducta. Actualmente, el contenido primario del acto legislativo es la aparente orden de suprimir o modificar un determinado texto. Naturalmente, todos los que participan en el sistema entienden que eso no es más un modo técnicamente adecuado, dadas sus formas institucionales de producir el derecho, de expresar indirectamente el mandato, prohibición o permiso dirigido a los destinatarios de las normas. Pero el giro es claro: lo que era un criterio social de reconocimiento del derecho legislado ahora es el referente primario de la decisión del legislador.

6. La práctica chilena en la edición oficial actualizada de los textos autoritativos consiste en eliminar las disposiciones derogadas en las ediciones posteriores a su derogación, con una mención a la disposición derogatoria. Naturalmente, esta práctica no es necesaria para que se pueda concebir la derogación como supresión o eliminación de la norma derogada. Basta con que se asuma que la descripción correcta del sistema normativo vigente con posterioridad a la derogación implica la omisión de la norma correlativa a la disposición derogada.

Las prácticas institucionales de estos sistemas son sin embargo tan sutiles, que revierten el sentido normativo del giro recién descrito. Como se ha dicho, nadie asume que la norma establecida por el legislador sea la orden de modificar un texto. De hecho, no está especificado el destinatario de esa orden, y tampoco hay sanciones para su infracción. Y la producción de consecuencias en el sistema no requiere algún acto específico de ejecución. Las órdenes de alteración de textos (modificación, sustitución, supresión) tienen como característica peculiar que su efecto práctico se agota instantáneamente. Esto se expresa en el principio firmemente asentado de la irrevocabilidad de la derogación, es decir, que la derogación sobreviniente de una disposición derogatoria no restablece la vigencia de la norma derogada. Por esta razón, cuando se quiere modificar una disposición antes modificada, no se modifica la disposición que estableció la modificación de esa disposición, sino la disposición modificada (7).

Esta práctica institucional exige el desarrollo de una teoría de la legislación que sea capaz de distinguir entre disposiciones normativas, es decir, enunciados fijados por el legislador que contienen normas, y disposiciones operativas, es decir, enunciados fijados por el legislador en textos autoritativos que no contienen normas del mismo nivel que las anteriores, sino que expresan el sentido de actos de establecimiento, modificación o supresión de normas. En una situación originaria de creación de normas legisladas, el sentido de este acto se expresa parale-

7. Estas peculiaridades han originado un intenso debate acerca de la adecuada caracterización del acto de establecimiento de una disposición derogatoria y de esa disposición. Si se considera al acto derogatorio como un acto de rechazo normativo, opuesto al acto de afirmación de la norma (promulgación), entonces la disposición derogatoria no puede contener una norma jurídica, sino que es simple expresión de ese acto de rechazo. Si se considera al acto derogatorio como un acto complementario del acto de establecimiento de la norma (promulgación), consistente en regular el aspecto de la vigencia de la norma que aquél dejó indeterminado (su término de vigencia o condiciones de aplicabilidad), entonces la disposición derogatoria contiene una regla especial de aplicabilidad. Al respecto, Alchourrón y Bulygin, *La concepción expresiva...cit.*, *supra*, nota 3 y Schmill, *op. cit.*, *supra*, nota 3. Como sea, una cosa es evidente: la disposición derogatoria no contiene una norma jurídica del mismo nivel que la norma derogada, y por lo tanto no se produce entre ellas una antinomia.

lamente al texto autoritativo o está implícito en la su fijación mediante un procedimiento preestablecido. La disposición "Téngase como ley, obedézcase y aplíquese" no forma parte de la ley, sino del decreto promulgatorio o del acto mismo de la aprobación final de la ley. En cambio, en las situaciones derivadas de creación, modificación o derogación de normas el sentido de estos actos tiene que explicitarse en disposiciones que también quedan fijadas en el texto autoritativo establecido. Esto es así, porque la técnica estatutaria de creación de derecho exige que el legislador se refiera a los textos autoritativos bajo su consideración como objeto de regulación (*).

Esta práctica institucional es precisamente lo que impide aceptar la definición de la derogación expresa del Art. 52 inciso segundo del Código Civil como una definición correcta. Pues es claro que también puede haber derogación expresa cuando una ley ordena sustituir una disposición por otra, o modificarla en un determinado sentido. Por cierto, en estos casos la cuestión de si la norma preexistente ha sido o no eliminada es un problema más complejo, ya que dependerá de la interpretación de la primera y la segunda disposición. Pero en todos los casos en que se dé una respuesta afirmativa, hay eliminación de una norma sin que la ley que la elimina diga expresamente que la deroga. Hay pues derogación expresa sin que se satisfaga el requisito del Código Civil. No es necesaria la explicitación del efecto derogatorio para que la derogación sea expresa.

En todo caso, es importante tener presente que la pérdida de vigencia de una norma mediante supresión, sustitución o modificación o mención de una disposición es siempre el efecto de un acto que ha consistido en crear una disposición operativa (la disposición derogatoria) que se refiere a una disposición normativa. La relación que existe entre la disposición derogatoria y la norma derogada se encuentra me-

8. El origen etimológico de la expresión "derogación" da cuenta precisamente de esta peculiaridad de la disposición derogatoria. El nivel de referencia de la *derogatio* (y la *abrogatio*) es la *rogatio*, o sea, el acto de promulgación de la ley, y no la ley promulgada. Si nosotros mantuviéramos esa vinculación conceptual, y habláramos de "despromulgación", saltaría a la vista que el nivel de referencia de las disposiciones derogatorias no es el mismo que el de las disposiciones normativas.

diada por una referencia que hace la primera a la disposición en la que se encuentra contenida la norma derogada. La derogación expresa recae primariamente sobre una disposición.

De lo dicho se concluye que la distinción entre derogación total y derogación parcial, establecida en el inciso final del Art. 52 del Código Civil, carece de relevancia tratándose de la derogación expresa. Pues una disposición derogatoria deroga todo lo que deroga y nada más que lo que deroga (?). Calificar su efecto como parcial o total depende de una comparación de la(s) norma(s) derogada(s) con algún otro contexto, ajeno a la disposición derogatoria. Para el Código Civil, ese contexto está dado por el conjunto de disposiciones denominado "ley", y considerado institucionalmente como una unidad, que se distingue de otros textos mediante un sistema de numeración. Pero desde el punto de vista de la derogación, esa comparación es arbitraria (10).

De todo lo dicho se concluye, finalmente, que las reglas establecidas en el Art. 52 acerca de la derogación expresa son redundantes. Estas son "normas sobre la derogación", distintas de las disposiciones

9. Lo derogado, por supuesto, no es sólo la disposición suprimida, sustituida o modificada: es la norma y todas sus consecuencias. Determinar el efecto de un acto de derogación en el sistema jurídico es, por lo tanto, (a) una cuestión interpretativa, en la medida que exige atribuir un sentido específico a la disposición que cambió, y por ende, al cambio de disposiciones, y (b) una cuestión lógica, en la medida en que las normas tienen consecuencias deónticas. Finalmente, la determinación de lo derogado puede ser también (c) una cuestión de valoración, en la medida que la derogación de las consecuencias deónticas de una norma pueda originar una indeterminación en el sistema o fractura en sistemas alternativos lógicamente indecidible. Sobre este interesante problema, *vid.* Alchourrón y Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico y Fundamentos pragmáticos para una lógica de las normas*, ambos *cit.*, *supra*, nota 3.

10. La explicación de esta terminología se encuentra en sus orígenes en el derecho romano, que distinguía entre la *abrogatio* (derogación de toda una ley) y la *derogatio* (derogación de parte de una ley). Como se ha dicho (*supra*, nota 8), esta terminología romana se justificaba por el hecho de que la *rogatio* (declaración de obligatoriedad) se realizaba en relación con toda la ley. Si en vez del término "derogación" nosotros usáramos el término "despromulgación", sería natural preguntarnos si ese acto se refiere a la totalidad o a una parte de lo promulgado. Puesto que usamos un término conceptualmente desligado de la promulgación de toda la ley, la distinción total/parcial resulta arbitraria.

derogatorias, que carecen de efecto práctico propio o exclusivo. Pues la posibilidad jurídica (validez) de la derogación como acto y como efecto no descansa en esta definición legal, sino en la existencia de reglas de cambio dentro del sistema. Es decir, de reglas que atribuyen a los titulares de ciertos órganos la potestad de eliminar normas mediante la supresión, sustitución o modificación de disposiciones. Las normas sobre derogación relativas a la derogación expresa de normas legales se encuentran, pues, en las reglas de cambio contenidas en la Constitución Política.

Por cierto, esto no excluye que las reglas en cuestión tengan una función cognitiva o que pueda ser relevante para la cultura jurídica chilena. Esto es particularmente cierto respecto de la cultura jurídica del Siglo XIX, para la cual el Título Preliminar del Código Civil tuvo un carácter fundacional o constitutivo⁽¹¹⁾.

3. La derogación tácita

La derogación tácita es el acto (o su efecto) de aplicación de un criterio de solución de conflictos de normas o antinomias de primer grado⁽¹²⁾, conforme al cual, si dos normas aplicables a un mismo caso resultan incompatibles entre sí, y si han entrado en vigencia en distintos momentos, entonces la norma posterior debe ser preferida a la norma anterior. Este es el criterio cronológico o de la temporalidad, que se

11. Tampoco es descartable que las reglas del Código Civil sobre derogación expresa sigan cumpliendo, al menos en el nivel de la cultura jurídica, esa función constitutiva. Por lo menos en su tenor literal, y salvo por la reforma de la Constitución, las disposiciones constitucionales que contienen reglas de cambio se refieren a la creación de normas jurídicas, y no a su derogación. La consideración de la derogación como parte esencial de la competencia de una potestad normativa obedece a consideraciones de principio. La evidencia de estas consideraciones, en nuestra cultura jurídica, responde también a la existencia de las reglas del Código Civil.

12. La antinomia de primer grado es un conflicto entre distintas normas en principio aplicables a un mismo caso. La antinomia de segundo grado es un conflicto entre distintos criterios de solución de antinomias de primer grado, en principio aplicables a una misma antinomia.

expresa en los aforismos "*lex posterior derogat legi anteriori*" o "*posterioris prioribus derogant*".

El inciso tercero del Art. 52 del Código Civil expresa lo anterior al establecer que se produce la derogación tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior". La imposibilidad de conciliación de las disposiciones legales —esto es, de normas, en el sentido de la distinción entre norma y disposición— es precisamente la situación de antinomia de primer grado.

El Art. 52 se limita sin embargo a precisar el presupuesto de la derogación tácita, sin regular su consecuencia. La frase "(la derogación de las leyes) es tácita cuando..." da por sobreentendido que en caso de incompatibilidad entre normas legales, una anterior y otra posterior, se produce un efecto de derogación de aquélla por ésta. Pero, ¿en qué consiste ese efecto derogatorio?

La expresión "derogación" es ambigua. Significa, en primer término, el efecto propio de la derogación expresa. Pero también se la usa para referirse a la inaplicabilidad o preterición de una norma como correlato de la prevalencia o carácter preferente de otra. Cuando se afirma, por ejemplo, que la ley especial deroga a la ley general —la formulación doctrinaria de la regla del Art. 13 del Código Civil—, no se quiere describir con ello un efecto como el de la derogación expresa, sino que una norma debe prevalecer sobre la otra como norma aplicable. La pertenencia al sistema de la norma preterida (inaplicable) no es afectada⁽¹³⁾.

13. En el contexto de la oración "la ley superior deroga a la ley inferior", la expresión "deroga" puede incluir no sólo la inaplicabilidad o preterición, sino incluso la invalidación (anulación). Tales son los posibles efectos sobre la ley inferior por aplicación del principio de supremacía jerárquica. La invalidación sí puede implicar una forma de exclusión de la norma del sistema. Aún así, existen importantes diferencias institucionales entre la invalidación y la derogación expresa. La invalidación es la consecuencia de la aplicación un criterio de validez y su función en la mantención de la congruencia del sistema; la derogación expresa es una consecuencia autorizada por una regla de cambio, y su función es permitir el dinamismo del sistema. De aquí las importantes diferencias de sus (eventuales) efectos. La derogación expresa opera *ex nunc*, es decir, para el futuro; en cambio, dependiendo de las reglas del sistema (usualmente relacionadas con el momento en que tiene lugar la infracción al principio de la jerarquía), la invalidación puede operar *ex tunc*, es decir, declarando una nulidad preexistente. Al respecto, *vid.* Aguiló, *Sobre la Derogación*, *cit. supra*, nota 3 y Schmill, *op. cit.*, *loc. cit.*

La derogación tácita comparte los presupuestos institucionales de estos casos de "derogación". En ellos, el efecto de inaplicabilidad o preterición se produce sin que exista una disposición derogatoria. En estos casos, el legislador no ha establecido una disposición cuyo sentido sea la eliminación, sustitución o modificación de otra disposición. Ni la *lex specialis* ni la *lex posterior* son disposiciones derogatorias. Son normas de que se demuestran incompatibles con otra norma que también pertenece al sistema, la *lex generalis* y la *lex anterior*, respectivamente.

La "derogación" que producen la *lex specialis* y la *lex posterior* no consiste en la afectación de una disposición preexistente. Los principios de especialidad y de temporalidad no regulan una relación entre disposiciones, sino entre normas. Esta "derogación" se produce cuando el órgano que debe resolver un caso, y debe fundar su decisión sujetándose al derecho vigente, constata que éste contiene dos soluciones distintas para ese caso, incompatibles entre sí. La prevalencia de la *lex specialis* y la derogación tácita de la *lex anterior* no son, en consecuencia, los efectos de un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, sino los efectos de un complejo de reglas que gobiernan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estas reglas no son reglas que permitan a un órgano realizar un cierto acto normativo, referido a textos autoritativos. Son reglas que obligan al órgano adjudicador a seleccionar de una manera determinada la norma aplicable al caso.

Por la razón anterior, la prevalencia de la *lex specialis* y la derogación tácita de la *lex anterior* son constatadas y declaradas —o configuradas y constituidas, según la metodología adjudicativa a que se adhiera— por el tribunal en la fundamentación de su sentencia. Por eso mismo, ambas instituciones suponen un acto interpretativo de la disposición general o anterior y de la disposición especial o posterior, que identifique sus respectivos sentidos —la norma general anterior y la norma especial o posterior—, y constate su incompatibilidad entre sí.

De todo lo dicho se desprende que la distinción entre derogación total y derogación parcial, establecida en el inciso final del Art. 52 del Código Civil, tiene un sentido muy peculiar, tratándose de la derogación tácita. Desde luego que la irrelevancia denunciada en la sección anterior también se da en este caso: también la incompatibilidad con la

lex posterior produce la derogación tácita de la *lex anterior* en todo el ámbito de esa incompatibilidad y sólo en ese ámbito. Pero precisamente porque la derogación tácita depende de un ámbito de incompatibilidad es que puede decir, en un sentido muy específico, que la derogación tácita es siempre parcial: sólo se produce respecto de la parte de la norma que es incompatible con una norma posterior. Por esta razón, el Proyecto de Código Civil de 1853 disponía en su Art. 51 que "la derogación tácita es parcial por su naturaleza". Este es el sentido mínimo del Art. 53 del Código Civil, cuando dispone que la derogación tácita "deja vigente en las leyes anteriores (...) todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

De lo dicho se desprende también que los Arts. 52 inciso tercero y 53 del Código Civil, están lejos de ser redundantes en el sistema jurídico. Tal como el Art. 13 del mismo Código, estas disposiciones consagran un importante criterio de solución de conflictos de normas de carácter general para todo el derecho chileno.

Para terminar, no está de más mencionar que esta concepción de la derogación tácita corresponde la perspectiva doctrinaria del propio Andrés Bello. En su principal obra científico-jurídica, Bello concibió explícitamente la derogación tácita como una de varias reglas de aplicabilidad, en una posición enteramente similar a la del principio de especialidad. En sus propios términos:

"Si hai oposición entre dos o más leyes o pactos, he aquí las reglas generales que pueden guiarnos: (...) 4ª Lo mas reciente prevalece: 5ª Lo particular prevalece sobre lo general" (14).

4. ¿Carácter definitivo o provisorio de los efectos de la derogación tácita?

El reconocimiento de la función y posición estructural de la derogación tácita en el sistema jurídico conduce a considerar, en una primera aproximación, que sus efectos son provisorios. Es decir, que la

14. *Principios de Derecho de Gentes*, 1ª ed., 1832, págs. 94-95. Este tratamiento del criterio de temporalidad y del criterio de especialidad como reglas de interpretación procede de Emerich de Vattel, *Derecho de Gentes, ó Principios de la Ley Natural*, Libro II, Cap. XVII, § CCCXV y CCCXVI, París, 1824, Tomo II, págs. 301-302.

sobrevenida derogación expresa de la *lex posterior* restablece la plena vigencia de la *lex anterior*.

Si la derogación tácita tiene lugar en el nivel de las consecuencias de la solución de un conflicto de normas, entonces debe asumirse en principio que la *lex anterior* nunca ha sido eliminada o del sistema jurídico, en el sentido con que se la entiende eliminada por la derogación expresa. Ni la preterición ni la derogación tácita producen el efecto de eliminar la *lex generalis* o la *lex anterior* de un modo equivalente a la supresión de la disposición respectiva. En ambos casos, el efecto es la exclusión de la aplicabilidad de la norma al caso. La derogación tácita impide que la *lex anterior* sea aplicable al caso en que entra en conflicto con la *lex posterior*, pero sigue siendo una norma jurídica válida, y es aplicable a todos los casos a los que no sea incompatible con la *lex posterior*.

Dicho lo anterior en términos de aplicabilidad, tanto la preterición de la *lex generalis* como la derogación de la *lex anterior* son efectos condicionados a la prevalencia de la *lex specialis* y la *lex posterior*, respectivamente. Esta condicionalidad es lo que las distingue de la cancelación incondicional de la aplicabilidad a futuro que produce la derogación expresa.

Por esta razón, si la *lex posterior* es derogada, los casos que ella regía con preferencia sobre la *lex anterior* deberían pasar a quedar cubiertos por ésta. En sentido estricto, no es que la *lex anterior* recupere su vigencia, sino que recupera un ámbito de casos a los que es aplicable. La derogación de la *lex posterior* debería producir el restablecimiento de la plena aplicabilidad de la *lex anterior*. Dicho en otros términos, desapareciendo la condición de la inaplicabilidad, debería restablecerse la aplicabilidad.

Sin embargo, esta consecuencia nunca ha sido reconocida por la doctrina civilista. Los autores efectúan la distinción entre la derogación expresa y la tácita, pero luego afirman indistintamente el principio de la irrevocabilidad de la derogación¹⁵.

15. Cood y Fabres, *op. cit.*, pág. 155; Claro Solar, *op. cit.*, pág. 169; Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 30; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *op. cit.*, págs. 212-213 (1939); pág. 208 (1998); Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 67.

La postura de la doctrina civilista tiene a primera vista un cierto apoyo institucional en el Código Civil. La regulación conjunta de la derogación expresa y la derogación tácita, la terminología empleada por el Art. 53 del Código Civil, que *a contrario sensu* pareciera indicar que la derogación tácita "no deja vigente en la ley" aquello que se encuentra en conflicto con la ley posterior, y en particular su contraste con la terminología empleada en el Art. 13 del Código Civil, que describe el efecto de la preferencia de la *lex specialis* como "prevalencia", son todos antecedentes que parecieran apuntar a que la derogación tácita produce un "auténtico" efecto derogatorio. El aspecto paradigmático de este efecto sería su irrevocabilidad o carácter definitivo.

Naturalmente, esto no implica su identificación con la institución de la derogación expresa. Todas las diferencias entre una y otra institución señaladas en la sección precedente siguen en pie. La derogación tácita no produce efecto en el plano de la existencia de las disposiciones, y por lo tanto tiene lugar en un contexto interpretativo: es el efecto de un criterio de solución de conflictos entre normas. La tesis de la irrevocabilidad consiste en sostener que la consecuencia de este criterio de solución de conflictos entre normas es distinta de la simple preterición o inaplicabilidad, propia del criterio de la especialidad o de los casos en que el sistema imputa la inaplicabilidad como consecuencia del criterio de la supremacía jerárquica.

Conforme a esta tesis, los Arts. 52 y 53 establecerían una inaplicabilidad definitiva, es decir, harían que prolongación en el tiempo de la inaplicabilidad de la *lex anterior* se independizase de la de prolongación en el tiempo la vigencia de la *lex posterior*. Una vez producido el conflicto, se produciría irrevocablemente para el futuro la inaplicabilidad de la *lex anterior*.

Desde el punto de vista de la distinción entre disposición y norma, y de la distinción entre vigencia y aplicabilidad, esta es, por cierto, una consecuencia anómala. Pero la cuestión de hasta dónde un sistema jurídico asocia congruentemente consecuencias y presupuestos es una cuestión contingente. La multiplicidad de consecuencias asociadas al principio de la jerarquía en un mismo sistema jurídico, como es el caso del derecho chileno, es una prueba de ello. Además, como más adelante se verá, existe al menos un caso de disposición derogatoria que se remi-

te al nivel de las normas —es decir, no de las disposiciones—, a la cual es sin embargo razonable asignar las consecuencias de la derogación expresa. Este es un caso obvio de entrecruzamiento de niveles. Tal sería también el caso de la derogación tácita, tal como es regulada por el Código Civil según esta tesis: un supuesto de relaciones entre normas al cual el ordenamiento jurídico asocia una consecuencia propia del nivel de las disposiciones.

Pero las cosas no son tan fáciles.

En primer lugar, debe observarse que la atribución de un carácter irrevocable al efecto de la derogación tácita puede conducir a situaciones sistémicamente disfuncionales en casos de derogación sobreviniente de la *lex posterior*.

Tratándose de una derogación tácita sobreviniente es funcionalmente racional sostener la irrevocabilidad de la derogación tácita precedente; eso reduce la complejidad del razonamiento que requiere la solución de la antinomia, en la medida en que se trata de un conflicto entre dos y no tres complejos de normas. En todo caso, no es una reducción imprescindible. El mismo criterio de temporalidad permite resolver consistentemente un conflicto entre tres complejos de normas. Por el contrario, en un caso de derogación expresa sobreviniente de la *lex posterior*, sostener que la derogación tácita precedente tuvo efecto definitivo implica postular la existencia de una laguna legal. Esa postulación puede ser funcional o disfuncional al contexto regulativo. Eso depende al menos de dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, depende de la medida en que el ámbito regulativo en que se produce la laguna esté sometido a una regla general de clausura, que valore positivamente las lagunas, como es por ejemplo el caso del derecho penal o del tributario, en relación con las normas que determinan los hechos punibles y los hechos gravados, o bien que esté sometida a una regla general de integración, que aborrezca las lagunas, como lo es en general la situación en el derecho privado. Para este último caso, la funcionalidad o disfuncionalidad de la situación depende en segundo lugar, de si las circunstancias históricas en que tiene lugar la laguna hacen preferible su integración mediante legislación anterior o mediante argumentos extensivos basados en la legislación más inmediata. Si lo primero es el caso, entonces la asignación de un efecto definitivo a la derogación tácita es manifiestamente disfuncional.

Además, no debe perderse de vista que la exigencia de constatación de una antinomia como presupuesto de la derogación tácita hace que la laguna que ella puede originar por lo general no será integrable operativamente a través de argumentos extensivos de la nueva legislación. Si la derogación tácita simplemente requiriera la identidad de los ámbitos de aplicabilidad, la admisión del efecto derogatorio definitivo no se enfrentaría a estos problemas operativos. Tal es el caso, como se verá más adelante, de una forma de derogación considerada tradicionalmente como derogación expresa. Pero la derogación tácita requiere además, por expresa exigencia del Código Civil, la constatación de una incompatibilidad entre la *lex anterior* y la *lex posterior*, es decir, que el destinatario no pueda cumplir conjuntamente los deberes impuestos por las normas o que las consecuencias asociadas a la infracción de una y otra norma no puedan hacerse judicialmente efectivas en forma copulativa. Luego, el efecto derogatorio no se referirá siempre ni necesariamente a la entera subsumibilidad del caso en la *lex anterior*. Muy por el contrario, lo usual será que se refiera a algún aspecto específico de la calificación normativa del hecho o de la consecuencia asociada a esa calificación. Esta mutilación interpretativa de la *lex anterior* es sistémicamente razonable en función de su complementación con la *lex posterior*. Afirmar que en ausencia de la *lex posterior* el intérprete debe mantener no obstante su versión interpretativa mutilada de la *lex anterior* implica una imposibilidad práctica de integración mediante argumentos analógicos basados en la nueva *lex posterior*.

En segundo lugar, debe considerarse las posibles situaciones de conflicto o concurrencia del criterio de la temporalidad con el criterio de la especialidad (16). Estas situaciones originan arduas dificultades para la tesis del carácter definitivo de los efectos de la derogación tácita.

En el caso de antinomia de segundo grado entre el criterio de especialidad y el criterio de temporalidad, es decir, si la *lex posterior* es también *lex generalis*, la doctrina civilista tradicional sostiene que debe pre-

16. Lo mismo puede afirmarse de las situaciones de conflicto entre el criterio de temporalidad y el criterio de la jerarquía, para todos los casos en que el sistema prevea alguna forma de inaplicabilidad —y no invalidación— como consecuencia de la primacía jerárquica.

valecer la *lex specialis* aunque sea *lex anterior* (17). Desde luego, esto implica afirmar un meta-criterio de solución de conflictos, lo que confirma el carácter de criterio de solución de conflictos de la derogación tácita por oposición a la derogación expresa. Pero además resulta difícil justificar que el criterio con efectos institucionales más fuertes —la derogación tácita— sea preterido por el criterio con efectos institucionales más débiles. Si algo debería implicar la atribución de un efecto definitivo a la derogación tácita es su prevalencia en caso de conflicto con otros criterios de solución de antinomias. A la luz de la lógica de la derogación, que la ley susceptible de ser considerada como derogada tenga un alcance más restringido que la ley que la deroga no controvierte sino que confirma ese efecto derogatorio.

Igualmente arduas son las dificultades que presenta el concurso de criterios de solución de conflictos, es decir, si la *lex posterior* es a la vez *lex specialis*. Este es un caso obvio de permanencia de la vigencia de la norma preterida, aunque no sea aplicable al caso. Nadie duda que la derogación expresa sobreviniente de la *lex specialis* devuelve el caso al ámbito de aplicabilidad de la *lex generalis*. Pero si esa *lex specialis* era además *lex posterior*, y si se entiende que la antinomia debía resolverse conforme al criterio de la temporalidad, su derogación expresa sobreviniente nunca podría devolver el caso al ámbito de aplicabilidad de la *lex generalis*. Para evitar este absurdo, debería defenderse la prevalencia del criterio de especialidad sobre el de la temporalidad. Pero, una vez más, ¿cómo puede justificarse que las consecuencias más fuertes sean desplazadas por las más débiles?

La falta de plausibilidad de atribuir un efecto definitivo a la derogación tácita salta a la vista en estos casos de concurso, si se piensa en la decisión que tendría que adoptar el legislador, adicional a la derogación, si quisiera devolver al ámbito de aplicabilidad de la *lex anterior-generalis* el caso que fue excluido por la *lex posterior-specialis* que él ahora deroga. ¿Tendría que establecer una norma interpretativa de la dis-

17. Así, Armas, *op. cit.*, pág. 73, siguiendo a Merlin y a Demolombe; Chacón, *op. cit.*, págs. 41-42, siguiendo a Merlin y a Zachariae; Claro Solar, *op. cit.*, pág. 169; Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 30; Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, págs. 211-212 (1939); págs. 207-208 (1998).

posición correspondiente a la *lex anterior-generalis*, o derogarla y restablecerla en el mismo acto? Ninguna de estas decisiones corresponden a la práctica legislativa, que incluye la derogación de normas especiales que fueron establecidas con posterioridad a las normas generales (18).

En tercer lugar, la atribución de un efecto definitivo a la derogación tácita plantea una cuestión de legitimación política considerable, dependiendo de la metodología a que se adhiere en la teoría de la interpretación de la ley. En la medida en que se reconozca que la decisión interpretativa puede ser justificada mediante razones no reconducibles a las representaciones del legislador histórico, a través de la derogación tácita se está atribuyendo a los órganos encargados de adjudicación un poder configurador del sistema jurídico equivalente en sus efectos al poder que las reglas de cambio atribuyen al legislador. Esta atribución carece de plausibilidad política en un sistema jurídico como el chileno, en que incluso en los niveles más fundamentales de involucramiento de la potestad jurisdiccional en la configuración del mismo, como lo es el control *ex post* de la constitucionalidad de la ley, se opta por una inaplicabilidad sin efectos definitivos como modo de intervención.

La doctrina civilista del Siglo XIX obviaba esta dificultad considerando a la derogación tácita una regla de presunción de la voluntad del legislador (19). Pero una vez admitido que el nivel de referencia de la derogación tácita es el de las normas, o sea, de interpretación, la maniobra elusiva cae por su propio peso. Ella sólo puede ser mantenida por una metodología de adjudicación que considere que todas las razones

18. Un ejemplo reciente de esta práctica legislativa la derogación de las normas penales especiales de la Ley 16.643 (abusos de publicidad) por la Ley 19.733 (Diario Oficial de 4 de Junio de 2001), con cargo a la aplicabilidad de las normas del Código Penal, en su mayor parte establecidas en 1875. Siguiendo la tesis del efecto irrevocable de la derogación tácita, a falta de disposición expresa en la Ley 19.733, habría que entender, por ejemplo, que las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social serían impunes a partir del 4 de Junio de este año. El legislador, sin embargo, partió de la premisa contraria: derogadas las normas especiales y posteriores, recobraban su aplicabilidad las normas generales y anteriores; por eso no hubo disposición expresa al respecto.

19. Así, Chacón, *op. cit.*, pág. 42.

justificatorias de una decisión interpretativa son presunciones de la voluntad legislativa. Pero nadie pareciera defender en la actualidad semejante metodología ⁽²⁰⁾.

Finalmente, la cuestión de legitimación política es también una cuestión de validez, en la medida en que las reglas de cambio que confieren la potestad derogatoria son reglas de rango constitucional. La regla sobre la derogación tácita es una regla que a lo más tiene rango legal. Desde esta perspectiva resulta más que problemático sostener que el legislador puede válidamente delegar en los tribunales el poder de producir un efecto institucional que la Constitución le atribuye a él ⁽²¹⁾.

Hay, pues, razones de peso para atribuir a la derogación tácita el efecto provisorio que conviene institucionalmente a su carácter de criterio de solución de conflictos o regla de selección de la ley aplicable. Si su efecto no se distingue del efecto del criterio de especialidad, no se generan problemas en caso de concurso entre ambos, y el caso de conflicto puede admitir sin problemas una regla de preferencia del criterio de especialidad. Las dificultades operativas surgidas de la necesidad de constatar una antinomia no se magnifican por la intensidad de sus efectos, y no se suscita una cuestión de legitimación más allá del umbral que es propio de la legitimación de la función adjudicatoria.

Con todo, la atribución de un carácter provisorio a los efectos de la derogación tácita no está exenta a su vez de problemas. Desde luego, debe enfrentarse al contexto regulativo del Código Civil arriba descrito

20. Lo dicho no implica adherir a una metodología adjudicativa decisionista. Desde luego, la admisión de la discreción judicial rompe frontalmente con la pretensión de reconducir la decisión judicial a la voluntad legislativa. Para una teoría de la interpretación como decisión discrecional, la antinomia es en último lugar constituida y no constatada por el órgano adjudicador. Pero hay más posibilidades de justificar epistémicamente la interpretación como constatación que su reconducción a la voluntad del legislador. Respecto de todas esas posibilidades se plantea la cuestión de legitimación.

21. Este argumento es esgrimido con particular intensidad por Heckmann (*op. cit. supra*, nota 3, págs. 156-172) para defender la concepción del principio *lex posterior* como una regla de aplicación (*Anwendungsregel*).

(Arts. 13 y 53), y soportar la carga de defender una lectura contraintuitiva de esas disposiciones. Además, se debe reconocer que en ciertos casos puede ser funcionalmente racional atribuir un efecto definitivo a la derogación tácita, como por ejemplo cuando la *lex posterior* ha tenido un período tan prolongado de vigencia, que la *lex anterior* ya no es reconocida por la comunidad como norma vigente. La afirmación de ese efecto definitivo requeriría la admisión de una forma muy peculiar de *desuetudo*. Pues en este caso se trataría de una *desuetudo* justificada por las reglas de aplicabilidad de las normas legales. Finalmente, la atribución de un efecto definitivo a toda clase de derogación elimina el problema de determinar qué efecto —si el definitivo o el provisorio— ha de atribuirse a las formas anómalas de derogación que se dan en la práctica legislativa y judicial chilenas, y que más adelante se analiza.

Como conclusión, la cuestión de si los efectos de la derogación tácita son definitivos, como los de la derogación expresa, o provisorios, como los de la prevalencia de la ley especial sobre la general, queda abierta, a la espera de los resultados de un examen exhaustivo de las razones a favor de una u otra respuesta.

Particularmente fructífera debería ser una investigación histórica relativa a las fuentes de los Arts. 52 y 53. Ella debería dirigirse a determinar en qué medida la metodología de adjudicación del derecho común, basada en el principio de la supletoriedad y afín a la metodología de las reglas de aplicabilidad, pervive en la institución de la derogación tácita, a pesar de la reestructuración del concepto de sistema jurídico operada por el derecho moderno y la codificación ⁽²²⁾. Siendo un hecho histórico que el horizonte doctrinario del propio Andrés Bello mantenía una concepción similar a la de la metodología del derecho común, se requiere constatar si la reconducción de los Arts. 52 y 53 a

22. El principio de jerarquía, asociado a la invalidez como consecuencia de su infracción, es la antítesis moderna de la metodología de solución de conflictos del derecho común. Respecto de esta relación, y de su común presuposición de la concurrencia de las competencias normativas del sistema, *vid.* Antonio Bascuñán Rodríguez, *El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas*, en: *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial (1998), págs. 33-44.

alguna fuente de la codificación europea implica un cambio en la concepción de la regla ⁽²³⁾.

Por el contrario, la indagación acerca de la praxis judicial chilena bajo el Código Civil no me parece una fuente particularmente relevante para encontrar esas razones. Por cierto que es importante identificar contextos concretos de derogación tácita que puedan conducir a la configuración hipotética de constelaciones de casos, las cuales deberían servir de base para la elaboración de criterios prácticos de aceptabilidad de una u otra propuesta interpretativa. Pero no puede adscribirse mucha relevancia justificatoria al mero hecho de que de las decisiones judiciales se pronuncien en uno u otro sentido. Pues si a estas alturas algo es claro en esta materia, es que no basta con constatar una praxis cualquiera para dar por resuelta esta dificultad. Lo que se requiere es la constitución de una praxis reflexiva.

Por la misma razón, es manifiesto que los términos en disputa en esta cuestión no son una aproximación conceptual o lógica y otra aproximación práctica o histórica. Se trata de una contienda entre dos posibles concepciones institucionales. Una concepción atribuye a la derogación tácita los efectos que son usuales a una regla de selección de la ley aplicable. La otra le atribuye un efecto inusual por su carácter definitivo. Aquella se basa en la congruencia de sus efectos con la distinción entre el nivel de existencia pragmática de las normas como disposiciones y el nivel de su existencia argumentativa como razones para la decisión jurisdiccional, y entronca históricamente esa distinción con la metodología de adjudicación de la cultura jurídica heredada del derecho común. La justificación de la otra concepción nunca ha sido plan-

23. Interesante en este sentido es la posición de Samuel Pufendorf, quien si bien trata temáticamente el criterio de la temporalidad como una regla de interpretación, lo distingue del criterio de la especialidad, y lo justifica políticamente apelando al reconocimiento de la potestad de cambio (*Le Droit de la Nature et de Gens, ou Systeme General des Princes les plus importants*, Libro V, Cap. VII, versión francesa de Jean Barbeyrac, Basle, 1732, reproducción fotostática impresa por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen, 1989). Emerich de Vattel (*supra*, nota 14), que siguió de cerca a Pufendorf, mantuvo en parte esa justificación, pero estrechó sistemáticamente su tratamiento al del criterio de la especialidad. En la recepción de Vattel por Bello, ya no hay rastros de las distinciones de Pufendorf.

teada. Si se la evalúa por su descripción y explicación doctrinaria, hasta el día de hoy su asunción ha sido irreflexiva.

5. Diferencias entre ambas clases de derogación

Para resumir lo expuesto en las tres secciones precedentes, es conveniente elaborar un listado de diferencias:

a. La derogación expresa es el efecto de un acto realizado por el órgano que ejerce una potestad normativa; en el caso de la derogación expresa de la ley, por el legislador. La derogación tácita es el efecto de un criterio de solución de conflictos de normas, utilizado por el juez para justificar la selección de la norma aplicable a un caso.

b. La derogación expresa tiene lugar mediante el establecimiento de una disposición derogatoria. La derogación tácita, no; ésta presupone dos normas, ninguna de las cuales corresponde a una disposición derogatoria; la *lex posterior* comparte el mismo nivel con la *lex anterior*.

c. La derogación tácita presupone una antinomia, es decir, dos normas en principio aplicables a un caso pero incompatibles entre sí. La derogación expresa, no; la disposición derogatoria no es incompatible con la norma derogada, porque no son normas de un mismo nivel: la disposición derogada contiene una norma, la disposición derogatoria es una disposición operativa o contiene una regla especial de aplicabilidad.

d. La derogación expresa tiene lugar en el nivel de las disposiciones fijadas en textos autoritativos: la disposición derogatoria se refiere a una disposición, y produce efectos sobre su existencia institucional como parte de un texto autoritativo. La derogación tácita tiene lugar en el nivel de las normas enunciadas como razones justificatorias de una decisión judicial: la *lex posterior* no se refiere a *lex anterior*, ni produce efectos sobre la respectiva disposición anterior.

e. La derogación expresa cancela la vigencia de la norma derogada para el futuro, ya sea por supresión, sustitución o modificación de la respectiva disposición; la derogación tácita prefiere la *lex anterior* en todo el ámbito en que se demuestre incompatible con la *lex posterior*.

f. La posterior derogación expresa de la norma derogatoria no restablece la vigencia de la norma que ésta había derogado expresamente. Aunque la cuestión no pueda darse sin más por resuelta, hay buenas razones para estimar que la sobreviviente derogación expresa de la *lex posterior* restablece la vigencia de la *lex anterior* en todo el ámbito en que aquélla se entendía haberla derogado tácitamente.

g. Las reglas sobre derogación expresa contenidas en el Código Civil (Art. 52) son redundantes en el sistema jurídico chileno, porque las normas constitucionales autorizan al legislador a derogar normas legales. Las reglas sobre derogación tácita contenidas en el Código Civil chileno (Arts. 52 y 53) no son redundantes, porque consagran en el derecho positivo un criterio de solución de antinomias.

6. Los casos problemáticos

La distinción entre derogación expresa y derogación tácita formulada en las secciones anteriores es clara. La práctica legislativa y jurisprudencial ha acuñado sin embargo formas de derogación que desafían la capacidad clasificatoria de esa distinción. Estas formas son por lo tanto problemáticas desde el punto de vista de su calificación como derogación expresa o tácita.

a. La derogación explícita innominada

La derogación expresa es por definición una derogación nominativa, en el sentido que la norma derogatoria identifica la disposición derogada⁽²⁴⁾. Es irrelevante que esa identificación vaya o no acompañada de una declaración explícita del modo "derógase". También las

24. Lo usual es que esa identificación tenga lugar mediante el uso del nombre de la ley y el número de artículo, inciso, numeral o literal respectivos. Pero también podría hacerse de otro modo. Por ejemplo, podría establecerse una disposición que ordenara la derogación de todos los artículos múltiples del número cinco de todas las leyes en las cuales la suma de los guarismos que integran su número correlativo sea mayor que diez pero menor que veinte. Esta sería una norma derogatoria extravagante, digna de la Reina de Corazones, pero indudablemente se trataría de una derogación expresa: explícita y nominativa.

órdenes "sustitúyese", "modifícase" o "intercálase" pueden producir el efecto de la derogación expresa.

La práctica legislativa ha acuñado dos formas de derogación explícita innominadas: la derogación por razón de incompatibilidad y la derogación por razón de materia. Al tenor del Art. 52, ambas serían formas de derogación expresa, ya que en ellas "la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua". Sin embargo, la derogación explícita por razón de incompatibilidad es un caso de derogación tácita, y la derogación explícita por razón de materia resulta difícil de clasificar.

aa. La derogación explícita innominada por razón de incompatibilidad

Este caso de derogación explícita es el que corresponde a las reglas que usualmente se encuentran al final de una ley que efectúa una reforma de envergadura y que tienen la siguiente forma: "Deróganse todas las normas incompatibles con lo dispuesto en la presente ley". En principio, este es un caso enteramente similar a la derogación tácita, pues presupone la incompatibilidad y restringe el efecto derogatorio a ese solo ámbito normativo.

Aunque a primera vista suene paradójal que un caso de derogación explícita sea derogación tácita, la doctrina civilista nunca ha tenido dudas acerca de ello. Por cierto, atrapada por su concepción de la derogación expresa como manifestación explícita de la voluntad legislativa, la doctrina civilista clasifica inicialmente este caso como un caso de derogación expresa. Pero inmediatamente agrega que se trata de una derogación expresa que no "equivale" a la auténtica derogación expresa, sino que "en realidad" más bien equivale a la derogación tácita⁽²⁵⁾.

Desde el punto de vista institucional arriba desarrollado, es claro que este no es un caso de derogación expresa. La derogación expresa consiste en el establecimiento de una disposición derogatoria. Pero éstas no son disposiciones derogatorias, sino que establecen una regla sobre la derogación. Estas disposiciones son funcional y estructu-

25. Claro Solar, *op. cit.*, pág. 168; Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 29. El más claro en rechazar el carácter de derogación expresa de esta forma de derogación es Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 66.

ralmente idénticas a la regla sobre derogación tácita del Art. 52 del Código Civil. Su única diferencia es que tienen un alcance más restringido. En vez de referirse a cualquier caso de incompatibilidad entre cualesquiera normas, se refieren a la incompatibilidad de cualquier norma previa con un determinado grupo de normas. Pero no asocian a esa particularidad alguna consecuencia distinta de la establecida por la norma general del Código Civil. En consecuencia, en principio debe considerarse que estas disposiciones son redundantes en el sistema jurídico chileno⁽²⁶⁾.

Lo dicho es concluyente, si se asigna a la institución de la derogación tácita un efecto definitivo, como lo hace la doctrina tradicional. En cambio, si se asigna a la regla general de la derogación tácita un efecto provisorio, como aquí se ha defendido, surge la cuestión de si el hecho de tratarse de una regla especial de derogación tácita puede justificar o no la atribución a ella de un efecto definitivo, como el de la derogación expresa. La respuesta correcta parece ser la negativa.

Aún admitiendo, como luego se verá, que razones políticas de peso permiten justificar la atribución del mismo efecto irrevocable de la derogación expresa a decisiones legislativas que no comparten todos sus rasgos institucionales, ese no es aquí el caso. La configuración definitiva del sistema que implica la derogación expresa requiere como presupuesto constatar en la legislación la expresión de una voluntad de cambio que en su intensidad sobrepase el umbral de configuración provisorio que es propia de la simple entrada en vigencia de nuevas normas, conforme a la institución de la derogación tácita. La mera reiteración del criterio *lex posterior derogat legi priori* no permite constatar esa intensidad de la voluntad de cambio.

bb. La derogación explícita innominada por razón de materia

Este caso de derogación explícita es el que corresponde a las normas finales de la codificación, es decir, a los cuerpos legales que intro-

26. Así, Claro Solar, *loc. cit.*, adhiriendo a la crítica de la doctrina francesa, y tras él, por todos, Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 208 (1939); pág. 204 (1998).

ducen las reformas más profundas y exhaustivas. Tiene la forma "Deróganse todas las normas que regulan la misma materia que la presente ley, aún en aquello que no fueren contrarias a ésta". Este es, por ejemplo, el caso del artículo final del Código Civil.

Como salta a la vista, este no es un caso de derogación tácita. La razón es obvia: no presupone incompatibilidad, ni restringe el efecto derogatorio a ese solo ámbito. Se entiende, en consecuencia, que la doctrina la haya considerado un caso de derogación expresa. Luis Claro Solar, por ejemplo, consideraba que el artículo final del Código Civil era el caso paradigmático de derogación expresa⁽²⁷⁾.

Pero en estricto rigor tampoco es un caso obvio de derogación expresa, en el sentido con que antes se la ha definido. Pues le falta el rasgo básico de la institución de la derogación expresa, que es la referencia a la disposición o conjuntos de disposiciones derogadas. Esta forma de derogación se refiere a las normas preexistentes en razón de su contenido, y no en razón de su existencia en los textos autoritativos.

El nivel de referencia de esta forma de derogación es, pues, el nivel de referencia de la derogación tácita. Incluso se puede decir de ella que comparte parcialmente con la derogación tácita el presupuesto del efecto derogatorio. Como se ha visto, el presupuesto del efecto de la derogación tácita es la constatación de una antinomia. Esto requiere constatar: (a) la coincidencia de los ámbitos temporal, espacial, material y personal de validez de las normas, y (b) su incompatibilidad⁽²⁸⁾. El presupuesto de la derogación explícita innominada por razón de materia es exclusivamente la coincidencia de los ámbitos de validez de las normas. Pero eso basta para que sus efectos dependan también de un acto de interpretación de las disposiciones en comparación⁽²⁹⁾.

27. Claro Solar, *op. cit.*, pág. 168. También en este punto hizo escuela su opinión: Barros Errázuriz, *op. cit.*, pág. 29; Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 208 (1939), pág. 204 (1998).

28. Al respecto, Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 1987, págs. 184-190.

29. Esta dependencia de la interpretación de las disposiciones es lo que origina las dificultades operativas de esta forma de derogación. Arriba (Sección 4) se vio

Por las razones anteriores, debe concluirse que esta es una forma de derogación *sui generis*.

Naturalmente, esta cuestión clasificatoria no es importante por razones puramente terminológicas, sino principalmente por razones prácticas. Una vez que se decide que esta forma de derogación no corresponde a la derogación tácita y en estricto rigor tampoco a la derogación expresa, surge la cuestión acerca de las consecuencias jurídicas que debe asignársele. La dificultad se refiere, naturalmente, a decidir si estas disposiciones derogatorias producen un efecto irrevocable, como el de la derogación expresa, o más bien un efecto provisorio, como el de la derogación tácita entendida como una forma de preterición o prevalencia de las normas posteriores sobre las anteriores.

Desde un punto de vista analítico, la respuesta correcta pareciera ser que toda derogación innominada sólo puede producir como efecto la preterición. La pérdida de vigencia de una norma jurídica requiere su identificación según sus condiciones formales de existencia, o sea, su condición de sentido de una disposición. Sólo incidiendo en el nivel del texto autoritativo respectivo es que puede eliminarse del sistema una norma legal.

Sin embargo, la práctica institucional no duda en considerar que el efecto producido por esta clase de derogación es la eliminación del sistema de las normas preexistentes que versan sobre la misma materia. Así lo demuestra su consideración por la doctrina como el caso paradigmático de derogación expresa.

La razón de la perspectiva asumida por la práctica institucional se encuentra en el punto de vista de la función política de la institución

que la derogación tácita puede producir importantes dificultades operativas en la integración de las lagunas que dejaría la derogación sobreviniente de la *lex posterior* si se estima que su efecto derogatorio es irrevocable. Pero la operatividad de la derogación tácita descansa en posibilidad de precisar los efectos derogatorios basándose en la *lex posterior*: sólo las normas previas incompatibles con ellas se encuentran derogadas. En este punto, por el contrario, resulta extremadamente difícil la operatividad de la derogación explícita innominada por razón de materia, a menos que deliberadamente se asuman los riesgos de un efecto derogatorio indiscriminado. De aquí que sólo en momentos fundacionales de un orden jurídico, como lo fue la codificación, pueda recurrirse a disposiciones derogatorias de este tipo.

de la derogación. Si su función es permitir el cambio normativo, entonces resulta inconsistente asumir la permanencia de las normas en el sistema jurídico cuando tiene lugar una reforma radical y exhaustiva del derecho hasta entonces vigente. La consideración de la derogación explícita innominada por razón de materia como derogación expresa obedece al contexto político en que es practicada esta forma de derogación. El fenómeno histórico de la codificación, por ejemplo, sería incomprendible sin la eliminación de las formas institucionales en que se encontraba expresado el derecho común y del antiguo régimen. En tales contextos, la intensidad de la voluntad de cambio compensa el déficit formal de su expresión.

Por esta razón es que las disposiciones que establecen esta forma de derogación son consideradas como disposiciones derogatorias cuyo efecto es irrevocable. Cuando hay derogación explícita por razón de materia, la superveniente derogación expresa de la *lex posterior* no restablece la aplicabilidad de la *lex anterior*. En este sentido, es justificable considerarlas como una forma de derogación expresa.

b. La así denominada "derogación orgánica"

La doctrina denomina de este modo los casos en que interpretativamente se asigna a una reforma legislativa un carácter tal que se entiende justificado considerar derogadas las normas preexistentes sobre la misma materia, aunque no sean incompatibles con el nuevo cuerpo de normas⁽³⁰⁾. Es un caso de derogación implícita innominada por razón de materia⁽³¹⁾.

30. La literatura chilena acerca de la derogación orgánica pareciera encontrar su origen en el artículo de Leopoldo Ortega, *De la derogación de las leyes, y especialmente de la derogación orgánica*, en: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo XXXV (1938), Primera Parte, págs. 5 y ss., quien se declara tributario del que fuera su maestro, Leopoldo Urrutia. Los conceptos principales de este artículo, junto a las sentencias de la Corte Suprema que dieron ocasión al mismo, fueron acogidos por Antonio Vodanovic en su redacción de las explicaciones de clase de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, págs. 209-210 (1939), págs. 205-206 (1998)); tras ellos, Ducci Claro, *op. cit.*, pág. 67.

31. No debe confundirse la derogación orgánica con el efecto de impedir la aplicación preteractiva de las normas que se entienden o han sido derogadas. La

Es claro que el Código Civil no admite esta forma de derogación. Desde el punto de vista de su Art. 52, ésta no podría sino ser una forma de derogación tácita, ya que en este caso el legislador no dice expresamente que deroga a la ley anterior. Sin embargo, el Art. 53 del Código Civil enfáticamente establece que la derogación tácita no es sólo derogación implícita, sino además una derogación por incompatibilidad, o sea, una regla de solución de antinomias.

La derogación orgánica no satisface este requisito. Es un criterio de selección de reglas aplicables al caso que permitiría justificar la no aplicación de las normas anteriores sin constatar una antinomia entre ellas y las nuevas normas. Pero el sistema jurídico chileno impone al juez el deber de sujetarse al derecho aplicable conforme al derecho vigente, y conforme al Código Civil sólo deja de ser aplicable, a falta de declaración expresa de la voluntad del legislador, el derecho anterior incompatible con el derecho posterior.

La razón del surgimiento y desarrollo de la doctrina de la derogación orgánica es obvia: se trata de una medida de economía argumentativa en la adjudicación. Ella permite al tribunal liberarse de la pesada carga que implica el deber de dar cuenta del orden normativo preexistente y el nuevo orden normativo, y establecer con precisión sus relaciones de compatibilidad e incompatibilidad. Pero la cuestión es si esa autoliberación es o no jurídicamente válida.

Al respecto, una parte de la doctrina sostiene que se trata de una forma de derogación cuya existencia es "indudable y cierta" (32). Esta es una aseveración extraña. A la luz de la regulación del Código Civil, la respuesta a la pregunta anterior es evidentemente la negativa. La regu-

prohibición de la preteractividad es un rasgo de la abolición, no de la derogación orgánica. Ambas formas de derogación pueden coincidir, pero no es necesario que lo hagan: la abolición puede tener lugar mediante derogación expresa nominativa, y la derogación por razón de materia (explícita o implícita) puede tener lugar con admisión de la preteractividad de la legislación derogada.

32. La expresión es de Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 209 (1939), pág. 296 (1998). Con anterioridad, Leopoldo Ortega había afirmado que la existencia de esta forma de derogación era "innegable", por lo que no requería justificación, sino más bien que se explicitase su naturaleza y consecuencias (*op. cit.*, pág. 8).

lación que en él se hace de la institución de la derogación no admite la posibilidad de su existencia. Los casos en que la jurisprudencia habría admitido la institución son escasos y poco concluyentes (33), y en todo caso el reconocimiento jurisprudencial no basta para justificar la validez de la institución. La doctrina italiana citada en apoyo de la aseveración tampoco es pertinente (34). Pues dicha doctrina se basaba en el Art. 5º del Código Civil italiano de 1865, que a diferencia del Código Civil chileno expresamente admitía la posibilidad de la derogación orgánica (35).

33. Ortega (*op. cit.*, págs. 10-11) y Alessandri, Somarriva y Vodanovic (*op. cit., loc. cit.*), citan dos casos jurisprudenciales. El más reciente es *Vargas Granger contra Municipalidad de Santiago*, Corte de Apelaciones de Santiago (reclamo contra acuerdo municipal), 7 de Junio de 1935, Corte Suprema (casación en el fondo), 13 de Enero de 1937, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXXIV (1937), 2ª Parte, Sección 1ª, págs. 195-200. Pero estas sentencias no acogen abiertamente la doctrina de la derogación orgánica, sino que afirman que una ley general posterior deroga tácitamente a una ley general anterior, y constatan una incompatibilidad entre dos cuerpos de leyes sobre Municipalidades. En lo que respecta al otro caso jurisprudencial, Ortega cita la Sentencia N° 638 del Tomo de 1899 de la *Gaceta de Tribunales*, y Alessandri, Somarriva, Vodanovic citan la Sentencia N° 638 del Tomo de 1889 de la *Gaceta de los Tribunales*, sin que ninguna de las dos citas correspondan a un caso en el cual se discutan problemas de derogación. Finalmente, el pasaje de este caso que se puede conocer por la transcripción que hace Ortega, si bien expresa la doctrina de la derogación orgánica, lo hace asignándole un margen de aplicación muy reducido: "...la cuestión debe ser resuelta con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, sin tomar en cuenta las orgánicas preexistentes, porque es de la naturaleza de estas leyes que un régimen político establecido sustituye a otro régimen sin necesidad de que se derogue el anterior" (*op. cit., loc. cit.*, las cursivas son mías).

34. Francisco Ricci, *Derecho Civil Teórico y Práctico*, Tomo I, Madrid, s.f., págs. 32-38; Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, 7ª ed., Messina, 1934, págs. 150-168; Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, 1938, págs. 103-107.

35. La regla se encuentra en el Art. 15 del Código Civil de 1942; al respecto, por todos, Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e Norme Complementari)*, 9ª ed., Milán, 1957, págs. 84-88.

Desde el punto de vista de la legitimación política de esta práctica, la respuesta es incierta.

Es plausible suponer que en algunos casos la postulación de una derogación orgánica sea funcional a la implementación exitosa de una reforma legal. Esto es particularmente evidente en relación con la integración de las lagunas que pueda presentar la nueva regulación legal. De no postularse una derogación orgánica, en caso de lagunas de la nueva legislación habría que aplicar las normas de la antigua legislación, aún si entrasen en conflicto con los fines perseguidos por el nuevo legislador. En estos casos, es ciertamente más funcional al cambio legislativo integrar esas lagunas mediante la aplicación analógica de la nueva legislación o la consideración de los principios que la inspiran³⁶.

Pero la suposición anterior no es axiomáticamente verdadera. Aunque se trate de una reforma de envergadura, la voluntad política de cambio que la aprueba no tiene por qué ser necesariamente radical, sino que puede también ser moderada. En estos casos, la postulación de una derogación orgánica es una forma de eludir la tarea que el legislador ha dejado a cargo de la judicatura, y que es la de asegurar la consistencia del orden normativo, compatibilizando sus distintos elementos y resolviendo por la vía de la preterición las incompatibilidades insalvables interpretativamente.

Además, si se acepta la distinción institucional entre la irrevocabilidad del efecto de la derogación expresa y la provisoriedad del efecto de la derogación tácita, la admisibilidad de la derogación orgánica requeriría decidir cuál de esos efectos corresponde atribuirle. Como la doctrina civilista no hace esa distinción, le atribuye sin más el efecto irrevocable de la derogación expresa. Al mismo resultado debería llegarse en todo caso, si se tiene presente que la postulación de la derogación orgánica persigue como objetivo reproducir los efectos de la derogación explícita innominada por razón de materia. Pero es claro que esa atribución es sumamente problemática. Pues su justificación se basa en la constatación de una especial intensidad de una voluntad política de cambio normativo que compensa el déficit de su expresión formal

36. Este es el argumento central en el planteamiento de Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *op. cit.*, pág. 209 (1939), págs. 205-206 (1998).

(innominada en vez de nominativa). Y en el caso de la derogación orgánica ni siquiera hay una disposición derogatoria que exprese esa intensidad.

Por las razones anteriores, lo más seguro es considerar que la derogación orgánica es una institución no reconocida por el Código Civil³⁷. Su postulación como criterio válido de selección de la norma aplicable para todo el ámbito de aplicabilidad de las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil requiere una justificación adicional de la validez de ese criterio. Particularmente importante como argumento justificatorio, en cada caso concreto de reforma legal, es el examen de la historia fidedigna de su establecimiento, ya que la derogación orgánica sólo se puede justificar como concreción judicial de una voluntad política de cambio.

Por la razón anterior, si la ley de reforma contempla reglas sobre sus efectos derogatorios, y dentro de esas reglas no se encuentra una disposición derogatoria por razón de materia, debe entenderse excluida la admisibilidad de la derogación orgánica. Es prerrogativa del legislador decidir cuál sea la carga de trabajo argumentativo del juez en la justificación de sus decisiones.

7. Clasificación de las distintas formas de derogación

A la luz de las consideraciones anteriores, se puede hacer una clasificación más diferenciada y mejor fundamentada de las formas de derogación que la establecida en el Código Civil.

El criterio fundamental de la clasificación es el carácter nominativo o innominado de la derogación, es decir, si se trata de una derogación de disposiciones o de una derogación de normas. La derogación innominada requiere además distinguir según si la derogación de normas tiene lugar por razón de materia o por razón de incompatibilidad.

37. En este sentido resulta de interés la opinión de Hernán Larraín Ríos, quien sostiene, probablemente a la luz de la jurisprudencia que ha acogido la derogación orgánica (*supra*, nota 33), que esta sería una institución del Derecho Administrativo, pero que se encuentra excluida del Derecho Civil chileno (*Lecciones de Derecho Civil*, Santiago, 1994, pág. 69).

Finalmente, en todas las formas de derogación puede hacerse la distinción del Código Civil, es decir, atender a si existe una manifestación explícita de la voluntad de cambio del legislador o si sólo se trata de una voluntad implícita (38).

Junto con lo anterior, es conveniente indicar cuál sea el efecto atribuible a cada forma de derogación, es decir, si se trata de la eliminación de la norma/disposición derogada o de la mera preterición de la *lex anterior*.

El siguiente cuadro da cuenta de esta clasificación:

Formas de derogación y sus efectos

				Efecto de la Derogación	
Derogación	Nominativa (= de disposiciones)	Explícita ("derógase")		Eliminación de la norma/disposición derogada	
		Implícita	("sustitúyese," "modifícase", "intercábase", etc.)		
	Por razón de materia	Explícita	Norma derogatoria especial		
		(Implícita)	(Derogación orgánica)		?
	Innominada (= de normas)	Por razón de incompatibilidad	Explícita	Norma general de los Arts. 52 y 53 del Código Civil	Preterición de la <i>lex anterior</i>
				Norma legal especial (redundante)	
		(Implícita)	(Innecesaria en virtud de la norma general)	-----	

38. Esta distinción incluso se puede hacer en relación con la norma sobre la derogación tácita, que se encuentra explícitamente manifestada en el Código Civil

Una vez que se tiene claro cuáles son los criterios relevantes para diferenciar las formas de derogación, la cuestión clasificatoria planteada por el Código Civil chileno, es decir, resolver qué formas de derogación son derogación expresa y cuáles derogación tácita, pasa a ser una cuestión puramente terminológica.

En todo caso, dado que la terminología jurídica tiene la función práctica de servir como abreviatura de la conexión normativa entre el supuesto de hecho y su consecuencia, lo más razonable sería usar las expresiones "derogación expresa" y "derogación tácita" para referirse a los efectos que producen, esto es, respectivamente la eliminación de la norma/disposición derogada y la preterición de la *lex anterior*.

Conforme a este criterio, cabría considerar como formas de derogación expresa (a) la derogación nominativa explícita, (b) la derogación nominativa implícita y (c) la derogación explícita innominada por razón de materia.

Por su parte, cabría considerar como formas de derogación tácita (a) la efectuada en virtud de la regla general de derogación por incompatibilidad del Código Civil y (b) la efectuada en virtud de una regla especial de derogación innominada por razón de incompatibilidad.

En cuanto a la así denominada "derogación orgánica", ella no es una forma de cancelación de la vigencia ni de preterición de normas admitida por la distinción entre derogación expresa y derogación tácita.

Este es el uso de los términos efectuado por Luis Claro Solar.

(Arts. 52 inciso tercero y 53). Es concebible que el criterio de temporalidad fuera un criterio jurisprudencial y doctrinario. A la luz de la regulación del Código Civil, por cierto, tal supuesto es irrelevante. Se lo incluye no obstante en la clasificación por razones de simetría.