



Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

CURSO DE INTRODUCCION AL DERECHO

Jesús Escandón Alomar

Colección de Manuales Historia, Filosofía y Ciencia General del Derecho

2008

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES

1. ***Generalidades***

Un curso de Introducción al Derecho, como su nombre lo sugiere, pretende familiarizar al estudiante con ciertos conceptos fundamentales y con cierta terminología básica que se emplea, en general, en los estudios de Derecho y también en la profesión jurídica. Asimismo, aspira a dar una visión amplia acerca de lo que versan estos estudios, la estructura de la carrera y su función, incluyendo, un análisis sobre la formación del profesional del Derecho y el rol que cumple en la sociedad. Para abordar estos temas, comenzaremos analizando los problemas que enfrentamos al intentar definir el Derecho.

2. ***Dificultades Que se presentan para definir el término Derecho. Diversos significados del mismo.***

Cuando se intenta definir la palabra Derecho, nos enfrentamos de partida con diversas dificultades. En esta oportunidad, destacaremos dos de ellas: los problemas de ambigüedad y vaguedad o imprecisión, los que, según señalan los expertos en lógica, surgen casi siempre que se intenta definir cualquier término.

La palabra Derecho es ambigua. Ello implica que no tiene un solo significado, sino que varios. Pueden señalarse muchos casos de palabras ambiguas, por ejemplo, con la palabra "cabo" se puede estar haciendo referencia a un grado militar, o bien a un punto geográfico. Estos términos ambiguos, llamados también equívocos o multívocos, se distinguen y contraponen a los denominados términos unívocos, es decir a aquellos que tienen un solo significado. En otras palabras, los términos ambiguos tienen varios campos de referencia, en cambio, los unívocos poseen sólo uno.

Pero más grave que los problemas de ambigüedad de los términos, cuando se procura definirlos, es la vaguedad o imprecisión de los mismos. Se dice que un término es vago, cuando se sabe cual es su campo u objeto de referencia, es decir, cuando se conoce cual es su significado, pero éste no se encuentra delimitado con exactitud. Veamos un ejemplo: con la palabra "viejo" se está haciendo referencia a algo o a alguien que tiene "muchos años", pero este significado es aún impreciso. Así, para un niño de siete años, un hombre de cuarenta será un viejo; en cambio, una persona de ochenta, probablemente, estime que no lo es. Los ejemplos pueden multiplicarse sin dificultad alguna, pues casi todas las palabras de un lenguaje poseen esta característica. Las causas debido a las cuales una palabra es vaga son muchas y muy variadas. También el término Derecho adolece de este defecto. En cierta medida, aunque no exclusivamente, los problemas de vaguedad o imprecisión de este término provienen de las diferentes concepciones que se tienen sobre él. Trataremos este tópico más adelante.

Como puede observarse, no resulta sencillo definir el Derecho. Sólo a modo más bien anecdótico, recordemos aquella afirmación de Kant, contenida en su obra "Crítica de la Razón Pura" (1781), que sostiene: "todavía buscan los juristas dar un concepto acerca de lo que es el Derecho". Fácil resulta comprender, entonces, el motivo por el cual se han dado tantas definiciones sobre el mismo. Para intentar resolver los problemas de ambigüedad del término que nos ocupa, dilucidemos los significados más importantes que posee.

3. Algunos significados del término Derecho

La voz Derecho, proviene del término latino "directus", participio pasivo del verbo "dirigere", que suele traducirse por dirigir y también por encausar. Por tanto, haría referencia a "lo dirigido", "lo encausado". Aquí conviene recordar que para designar aquello que hoy llamamos Derecho, los romanos usaron el término "ius", el cual obviamente, tiene una raíz distinta que "directus" y también un sentido diferente, pues ius se encuentra próximo a la idea de justicia.

Destacaremos los significados más relevantes de la palabra Derecho, desde una perspectiva jurídica:

- 3.1. - La palabra Derecho entendida como Derecho objetivo.
- 3.2. - La palabra Derecho entendida como Derecho subjetivo.
- 3.3. - La palabra Derecho entendida como sinónimo de justicia y otros valores jurídicos.
- 3.4. - La palabra Derecho entendida como Ciencia del Derecho o disciplinas que estudian el fenómeno jurídico
- 3.5. - Otros significados del término.

3.1. La palabra Derecho entendida como Derecho objetivo

El Derecho entendido como Derecho objetivo o Derecho en sentido objetivo lo podemos conceptualizar, a grandes rasgos, como el conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia de los hombres en sociedad. La noción de norma jurídica, por consiguiente, resulta clave para dilucidar lo que se entiende por Derecho objetivo. Sin profundizar, por el momento citaremos algunos ejemplos de normas jurídicas: la Constitución Política, las leyes, los decretos y reglamentos, las sentencias judiciales, los actos y contratos celebrados por los particulares, etc. Ahora bien, ellas no constituyen un todo disperso y sin orden, sino que por el contrario, conforman un conjunto jerarquizado y sistematizado, que se denomina ordenamiento jurídico, el cual reviste un carácter sumamente complejo, ya que se compone de numerosas normas, lo que hace difícil su conocimiento.

3.2. La palabra Derecho entendida como Derecho subjetivo.

Esta acepción alude a la facultad que tiene una persona para exigir de otra el cumplimiento de un deber jurídico u obligación. Por ejemplo, el derecho que una persona tiene para transitar libremente por las calles, o para emitir libremente sus opiniones, o la facultad que corresponde al acreedor para exigir que el deudor le pague lo debido, cumpliendo así su obligación, etc.

3.3. Derecho como sinónimo de justicia y otros valores jurídicos.

Muy a menudo se identifica el término Derecho con lo justo como, asimismo, con otros valores que debiera realizar, como la libertad, el bien común, etc.

La relación entre el Derecho y los valores es un tema que a lo largo de la historia del pensamiento filosófico y jurídico ha suscitado muchas discusiones. Sobre el particular, se han formulado diversas tesis y posiciones doctrinarias, pues hay quienes opinan que los valores o

bienes éticos (como se los solía denominar tradicionalmente), existen en la realidad y además son susceptibles de ser conocidos racionalmente. Otros autores y posiciones, en cambio, asumen un criterio escéptico con respecto a ellos, sobre todo en cuanto a la posibilidad de conocerlos de manera racional. Suelen afirmar que se trata, más bien, de sentimientos o creencias que, a pesar de ser muy respetables, no pueden abordarse de manera científica. Dan diversos argumentos en orden a sustentar sus planteamientos. Si consideramos, nos dicen, el valor justicia (que para muchos es el que principalmente debe realizar el Derecho) de inmediato nos encontramos con problemas. Así, recordando la definición tradicional de Ulpiano (jurista romano del S. III de nuestra Era) quien nos dice, según se expresa en el Libro primero del Digesto de Justiniano, que, "la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo". Enfatizan que se trata únicamente de una definición formal y vacía, pues no señala lo que es de cada uno. Por supuesto, que esta crítica, a su vez, ha sido contestada.

3.4. El Derecho en cuanto hace referencia a la ciencia del Derecho y en general a las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico.

El Derecho puede ser estudiado desde diversas perspectivas, lo que lleva como resultado el surgimiento de diversas disciplinas, o si se quiere, de distintos saberes sobre el mismo. Así, por ejemplo, el Derecho puede ser estudiado desde una perspectiva histórica, encontrándonos, de este modo, ante la "historia del Derecho". También puede ser considerado desde un ángulo sociológico, tenemos así a la "sociología del Derecho". Asimismo, es posible efectuar una reflexión filosófica del fenómeno jurídico, encontrándonos, de esta manera, ante la "filosofía del Derecho", etc.

Además de todas las mencionadas, existen otras perspectivas de considerar al Derecho y, por tanto, otros saberes acerca de él. Pero, como abogados, nos interesa una perspectiva en especial. Aquella que lo trata desde un punto de vista exclusivamente jurídico y normativo. Cuando la asumimos, estamos ante la "ciencia del Derecho en sentido estricto", denominada también "dogmática jurídica". Ella estudia a las normas jurídicas vigentes en un país y en un tiempo determinados, en otras palabras, a las normas vigentes de un determinado ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en nuestro caso estudia a las normas jurídicas vigentes en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

A continuación, apoyándonos en Abelardo Torr , daremos una breve definición de lo que suele entenderse por ciencia del Derecho en sentido estricto o dogmática jurídica, diciendo que "es la ciencia que estudia el Derecho o, mejor aún, la interpretación, integración y sistematización de un Ordenamiento Jurídico determinado para su justa aplicación".¹ Desde luego, se han dado también muchas otras definiciones tan buenas o mejores que ésta, pero no es del caso entrar en ellas por ahora. Comentemos esta definición.

1  La primera función que se le atribuye a la ciencia del Derecho en sentido estricto, es la de interpretar a las normas de un ordenamiento jurídico. De manera sintética diremos que interpretar el Derecho, o si se quiere, interpretar una norma jurídica consiste en determinar su verdadero sentido y alcance. Ahora podemos preguntarnos,  qu n puede interpretar el Derecho? Tradicionalmente se dice que esta tarea la puede realizar el legislador y el juez (artículo 3  del código civil), pero también la puede llevar a cabo la autoridad administrativa y los particulares. Claro está que la fuerza obligatoria de la interpretación es distinta según de quien emane. Así, la interpretación del legislador tiene obligatoriedad general, es decir, es obligatoria para todos; la interpretación del juez, en cambio, es obligatoria sólo para las partes que intervienen en la causa en que se dicta el fallo correspondiente; la interpretación administrativa posee, también, fuerza obligatoria, pero se encuentra subordinada a la ley y, con ello, a la interpretación legal y a las decisiones de los tribunales de justicia; la interpretación de los particulares no tiene formalmente fuerza obligatoria, pero sí posee influencia dependiendo del prestigio e importancia de los autores que la formulen.

2  Una segunda función que corresponde a la ciencia del Derecho, de acuerdo a la definición que comentamos, es la de integrar el ordenamiento jurídico. Ello significa llenar los vacíos o lagunas que el Derecho, o si se quiere el ordenamiento jurídico, puede presentar. Existe toda una discusión teórica sobre si el Derecho tiene o no lagunas, pero la opinión mayoritaria y, sobre todo, la tesis que se sigue predominantemente en nuestro país, se inclina por reconocer su existencia. Ello porque el legislador y en general los órganos y personas que dictan normas jurídicas no pueden prever todos los casos, todas las situaciones que se van a producir en la vida real. Como se ha dicho en alguna oportunidad, "la vida es más ingeniosa que el mejor de los juristas". Más aún, los rápidos avances tecnológicos y científicos hacen

¹Torr , Abelardo. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

difícil, en la actualidad, prever todos los efectos sociales con relevancia jurídica que se pueden originar de ellos. Por ejemplo, la aviación surgió muy rápidamente a comienzos del siglo XX, como no había normas que la regularan este nuevo fenómeno, el Derecho se encontró ante un vacío que se hizo necesario llenar. De hecho, el Ordenamiento Jurídico Chileno parte del supuesto que puedan existir vacíos o lagunas en él. Para fundamentar esta afirmación, podemos mencionar a los artículos 5 del Código Civil, 10 del Código Orgánico de Tribunales y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

3° La sistematización del Derecho es otra función que se le asigna a la ciencia jurídica. Ella consiste en introducir un orden, o si se quiere, una sistematización en las normas pertenecientes al respectivo ordenamiento, lo que facilita su comprensión e interpretación, su aplicación y, en general, su buen funcionamiento. Ahora bien, esta sistematización puede efectuarse atendiendo a diversos criterios o factores. Nosotros consideraremos los cuatro siguientes:

- a) La jerarquía.
- b) La materia
- c) Las personas.
- d) El tiempo.

a. El criterio de jerarquía. En todo ordenamiento jurídico existe siempre una jerarquía normativa, esto es, hay unas normas de rango superior y otras de rango inferior. Estas últimas deben sujetarse a las primeras, jamás infringirlas. La norma de rango superior en todo ordenamiento jurídico es la respectiva Constitución Política del Estado, a la que deben sujetarse el resto de las normas, pues en ella encuentran lo que se denomina su "fundamento de validez". Asimismo, todo ordenamiento jurídico contempla mecanismos para hacer respetar, y con ello salvaguardar, este principio de la jerarquía.

b. La materia. Otro factor o criterio para sistematizar el Derecho viene dado por la materia que regulan las normas jurídicas. A ellas, o lo que es lo mismo al Derecho, les corresponde regular los más diversos aspectos, o sectores, de la vida humana en sociedad. Estos sectores de la vida social constituyen la materia regulada por el Derecho. Así por ejemplo, hay materias que son propias del funcionamiento del Estado y sus instituciones, como es el caso, entre otros, el de la determinación de cuáles son las autoridades superiores del mismo, cómo

se elige al Presidente de la República, cuáles son sus atribuciones etc. También pueden señalarse, siempre sólo a vía de ejemplo, materias relativas a las actividades realizadas entre particulares, como es el caso de la compra de una casa que una persona le hace a otra. De este modo, de acuerdo a la materia que regula el Derecho puede dividirse en dos ramas fundamentales. Ellas son el Derecho público y el Derecho privado. Cada una de éstas a su vez, se vuelve a subdividir en disciplinas como el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho penal etc., para el ámbito del Derecho público. A su vez, en el campo del Derecho privado encontramos al Derecho civil, al Derecho comercial, al Derecho de minería etc. Así entonces, se ordenan y sistematizan las diversas ramas y disciplinas del Derecho de acuerdo a la materia. Conforme a ella, también, podemos observar que hay ciertas normas o leyes que tienen un carácter más general, que se distinguen de otras que son más específicas o especiales. Las primeras regulan una amplia gama de casos de la vida social, como por ejemplo todas las relaciones económicas entre particulares, la forma como en general se transfiere la propiedad de las cosas etc. Las segundas, en cambio, regulan un sector más acotado y específico de esa vida social, como por ejemplo, la minería, el ámbito laboral etc. Cuando más adelante profundicemos con mayor detalle estos temas, destacaremos que la ley o norma especial prevalece siempre, para el caso que exista contradicción, sobre la ley o norma general. Este principio, que se conoce bajo el nombre de principio de la especialidad, se encuentra consagrado entre nosotros en los artículos 4 y 13 del Código Civil.

c. Las personas sujetas a regulación por las normas jurídicas constituyen también otro factor sobre la base del cual éstas se ordenan o sistematizan. En la actualidad, dado que se acepta ampliamente la vigencia del principio de igualdad ante la ley, este factor tiene menos importancia que antaño, pero siempre se continúa considerando pues es imposible que desaparezca del todo, ya que en muchos casos se hace necesario regular de manera distinta la situación de ciertos grupos de personas, como por ejemplo es el caso de los menores, los minusválidos y otros. Claro está, que las diferencias que se establezcan no deben ser arbitrarias.

d. El criterio de la temporalidad se emplea también para sistematizar u ordenar a las normas jurídicas. Desde antiguo ha resultado obvio ordenar a las leyes y demás normas

jurídicas atendiendo a la fecha en que se promulgan, publican o entran en vigencia. Así ocurre en nuestro país donde las leyes se numeran conforme a este criterio temporal. Resulta conveniente destacar desde ya que, de acuerdo a este principio, las normas o leyes posteriores en el tiempo priman sobre las anteriores en caso de contradicción, cuando ellas son de la misma jerarquía.

4°.- Además, la definición que analizamos nos indica que todas las tareas anteriores, esto es, las de integrar, interpretar y sistematizar las normas de un ordenamiento jurídico, se realizan con la finalidad de aplicar esas normas. Es decir, de llevarlas o referirlas a los casos concretos de la vida en sociedad, con la finalidad de resolver los problemas que en ella se presentan.

5°.- Por último, la definición añade que la aplicación de las normas jurídicas debe ser justa. Es decir, cada vez que el Derecho se aplica debe cumplirse con el valor justicia. Esta idea que, en general, es compartida y aceptada, sólo debe matizarse con la prevención de que hay algunos autores, por ejemplo Jorge del Vecchio, que sostienen que el tema de la justicia no es asunto del que debe ocuparse la ciencia del Derecho en sentido estricto, sino que la filosofía del Derecho.

3.5 Otros significados del término Derecho.-

Además de los significados, en el ámbito jurídico, que hemos destacado de la palabra Derecho, ella posee todavía, en este mismo campo otras acepciones. Algunas de las cuales podemos mencionar a vía de ejemplo, como es el caso en que se la emplea como sinónimo de impuesto, se suele decir que el derecho de internación de tal mercadería asciende a cien mil pesos; o bien cuando se la utiliza para expresar que se obró sujetándose a la ley y, en general, a las normas jurídicas vigentes, es frecuente decir que se obró conforme a Derecho etc. Por último, conviene no olvidar que esta palabra posee también otros significados que no son jurídicos, de los que aquí no nos ocuparemos, por ejemplo, cuando se dice que un árbol crece derecho, o que ese camino va derecho a tal parte etc.

4. Algunas Definiciones de Derecho

Considerando los problemas de ambigüedad y vaguedad que presenta el término Derecho, más todos los otros que a partir de éstos surgen, no es de extrañar que se hayan formulado por los diversos autores que se han ocupado del tema, muchísimas definiciones

del mismo. Tantas que se han contado más de un centenar, claro está, que sólo algunas de ellas son sustancialmente diferentes entre sí, otras, en cambio, más bien presentan sólo variaciones terminológicas. En efecto, centrándonos sólo en las cuestiones de ambigüedad, se comprende con facilidad que no resulta sencillo elaborar una definición que incluya a todas las acepciones o significados de la palabra Derecho. Pasando ahora a los problemas de vaguedad de esta palabra, nos encontramos con que existen muchas concepciones acerca del Derecho, desde cada una de las cuales se suele elaborar un concepto o definición sobre el mismo; a ello se suele agregar la afirmación que sostiene que el Derecho es un fenómeno muy cambiante, que varía de un tiempo a otro y de un lugar a otro, lo que es Derecho en una época determinada no lo es en otra, lo que es Derecho en un país no lo es en otro, algo tan mutable, se dice, es muy difícil de definir. Obviamente, no podemos entrar a exponer y a analizar todas las definiciones de Derecho que se han propuesto, por ello nos limitaremos a considerar sólo las cuatro siguientes.

4.1 La definición de Derecho propuesta por Abelardo Torr .

"El Derecho es el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social."²

Esta definición lo que conceptualiza es el Derecho objetivo, entendiéndolo como un conjunto de normas. Como puede apreciarse, Torr  enfatiza en que se trata de un sistema, lo que implica que nos encontramos ante un conjunto ordenado de reglas, no ante uno desordenado y asistemático, constituyendo lo que se denomina un ordenamiento jurídico. Por otra parte, conviene tener presente que ya hemos hecho referencia a cuáles son los principales factores o criterios que se utilizan para ordenar o sistematizar a las normas jurídicas.

Este autor agrega que las normas que conforman el Derecho son coercibles. Esto significa que para el caso que no se cumplan conllevan una determinada consecuencia que es la sanción, lo que implica que son susceptibles de ser aplicadas mediante la fuerza respaldada por el poder del Estado. Esta característica de ser coercibles, o si se quiere de la coercibilidad, es una, entre varias, que le da la condición de jurídicas a las normas a que ahora hacemos referencia, distinguiéndolas de otras como las morales, las de cortesía o las religiosas.

² Torr , Abelardo "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

Por último, Torr  nos señala que la finalidad del Derecho consiste en regular o regir la convivencia social.

4.2 Definición de Derecho según Francisco Carnelutti.

Este autor, importante procesalista italiano de la primera mitad del siglo XX, dice que "Llamamos Derecho al conjunto de mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros."³ Ahora bien, este jurista insiste en que el conjunto de mandatos jurídicos que conforman el Derecho constituye un conjunto ordenado, lo que el mismo denomina un sistema. Destaca, además, que estos mandatos se encuentran destinados a resolver y armonizar conflictos de intereses dentro de un grupo social. Por todo lo anterior, se puede decir también, que el "Derecho, para nuestro autor, es un sistema de mandatos destinados a armonizar y resolver los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social".

En términos generales, podemos afirmar, que la definición propuesta por Francisco Carnelutti no es substancialmente diferente a la formulada por Torr . Ambas, en el fondo, lo que definen es al Derecho objetivo. Hay, no obstante, una diferencia terminológica, pues Torr  emplea la palabra norma, Carnelutti, en cambio, el vocablo mandato. Pero al parecer a esos términos distintos les est n atribuyendo el mismo significado: el de norma jurídica.

Para ambos también, el Derecho es un sistema, vale decir, un conjunto ordenado de normas.

La finalidad del Derecho, para estos autores, es la misma: "regula o rige la vida social". La diferencia se encuentra en que Carnelutti es más específico, pues señala que dentro de la vida social, el Derecho lo que hace es armonizar y resolver conflictos de intereses. En verdad, parece tener razón, porque si se observa como funciona el Derecho en la práctica, la tarea que lleva a cabo es la de armonizar y resolver todo tipo de conflictos de intereses, lo que a menudo resulta bastante difícil. Estos intereses pueden ser de distinta naturaleza, a veces tienen un carácter económico, como es el caso en que una persona no le paga a su acreedor una suma de dinero que le adeuda; pero en otras ocasiones se trata de intereses donde se encuentran implicados valores personales o sociales, como el honor, la libertad, la seguridad de las personas, su integridad física etc.

3 Carnelutti, Francesco, "Instituciones del Proceso Civil", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

4.3 Definición de Derecho según Oliver Wendell Holmes.

Oliver Wendell Holmes fue un importante jurista y magistrado norteamericano de fines del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX. Asimismo, fue uno de los máximos representantes de una tendencia con respecto al Derecho denominada realismo jurídico. Específicamente, perteneció al que se conoce bajo el nombre de realismo jurídico norteamericano. Desde esta perspectiva realista formula su definición de Derecho, diciendo que, "las predicciones de lo que los tribunales harán en cada caso y no otra cosa más ambiciosa es lo que yo entiendo por Derecho".⁴ En otros términos, el autor que ahora consideramos, afirma que es Derecho aquello que hacen los tribunales, o si se quiere los jueces, reflejando así de manera bastante fiel una concepción realista sobre lo jurídico. En efecto, el realismo jurídico pretende elaborar una doctrina acerca del Derecho construida sobre bases exclusivamente empíricas, es decir, fundamentada únicamente en hechos. En esto se diferencia respecto de otras doctrinas como la iusnaturalista (para la cual el Derecho está constituido fundamentalmente por un conjunto de valores como la justicia y otros) y la positivista (para la cual el Derecho se encuentra conformado fundamentalmente por normas). Ahora bien, podemos preguntarnos ¿de qué hechos se compone el Derecho según los realistas? La respuesta genérica que se puede dar a esta interrogante nos dice que se conforma por un conjunto de hechos realizados por ciertas personas que operan con él, o, si se quiere, que lo manejan, como es el caso de los jueces, de los abogados o de los funcionarios del Estado. Para Wendell Holmes los hechos determinantes para conceptualizar lo que es el Derecho, son aquellos que realizan los tribunales, es decir, los jueces. Más adelante veremos con algo más de detalle, y con algunas críticas, varios de los tópicos a que aquí hemos hecho referencia sólo de manera muy general.

4.4 Definición de Derecho según Rodolfo Stammler.

Este iusfilósofo alemán (1856-1938), nos dice que, "El Derecho es un querer (o voluntad) entrelazante, autárquico e inviolable"⁵. De inmediato haremos presente que el autor que ahora consideramos, pretende formular una definición de Derecho que comprenda más aspectos o dimensiones de éste que la del solo Derecho objetivo, como es el caso de las otras definiciones que hasta aquí hemos analizado. Con ella, aspira a proporcionar un concepto de Derecho (concepto al que distingue, según veremos, de la idea de Derecho), que elabora

4 Holmes, Oliver Wendell. "La Senda del Derecho", Buenos Aires, 1959.

5 Stammler, Rodolfo. "Tratado de Filosofía del Derecho". Editorial Nacional, México, 1980.

sobre la base de ubicar a éste de manera precisa en un determinado sector del Universo, en la forma que ahora pasamos a explicar.

1º El Derecho es un querer, o lo que es lo mismo una voluntad. Con esta palabra, querer o voluntad, nos está indicando que el Derecho no pertenece al ámbito de la naturaleza física, sino que al campo de la dimensión espiritual del hombre, allí donde actúa su voluntad, la que por esencia es libre. Es importante recalcar esta última idea, porque lo específico y determinante en el obrar humano y en el campo de las relaciones humanas es, en su opinión, la participación de la voluntad del hombre que es por antonomasia libre. Afirma que a contrario del mundo de la naturaleza física que se encuentra determinado por leyes causales necesarias, que hacen que los fenómenos que en él ocurren no puedan suceder de manera distinta, en el ámbito de lo espiritual humano, donde impera la voluntad libre del hombre, este decide y determina sus acciones. Lo que tiene enorme trascendencia, ya que al ser libre se hace responsable de las mismas. Esta responsabilidad le acarrea ciertas consecuencias, por ejemplo, alguna recompensa o premio si actúa bien, o, alguna sanción o castigo si actúa mal o incorrectamente. Si el hombre no fuese libre, no tendría sentido premiarlo o sancionarlo por sus acciones.

Pero todavía, debemos precisar más cuál es el rol que la voluntad desempeña dentro de la concepción iusfilosófica de Stammler. Desde luego, como se señaló, la voluntad forma parte de la dimensión espiritual del hombre. Pero no toda la dimensión espiritual del hombre se agota en la voluntad, además de ella, el ser humano posee como un instrumento de su espíritu a aquello que nuestro autor denomina "percepción". Esta, capta al mundo, y a las cosas que hay en él, mediante el principio de causalidad, la voluntad, en cambio, lo ordena y explica teleológicamente, es decir, en consideración a ciertos fines que se propone el querer humano y, con ello, el obrar del hombre. En el ámbito de la causalidad, esto es, de aquella realidad que se explica mediante causas, la libertad no existe; la hay, en cambio, en aquella otra que se explica en consideración a los fines, la que se encuentra conformada, como se dijo, por las acciones que el hombre realiza fundándose en su voluntad libre.

2º El Derecho es entrelazante. Con el término entrelazante, o vinculante, Stammler quiere significar que dentro del ámbito de la voluntad, y del obrar que surge de la voluntad, el Derecho se encuentra ubicado en un sector especial de la misma. La voluntad, nos agrega,

puede considerarse desde dos perspectivas distintas. Una, que mira hacia el interior del hombre mismo, sin considerar a las demás personas; el hombre se vuelca sobre sí mismo, sin considerar a los otros, ni relacionarse con ellos. La otra, que se vincula y relaciona con los demás hombres, que se ubica en el ámbito de lo social. La primera, la voluntad volcada sobre el interior del hombre, que considera a éste aisladamente, da origen, de acuerdo a este iusfilósofo, a la moral. La segunda, que se vuelca hacia los demás hombres, hacia lo social, da origen a las normas que regulan la convivencia humana. Entre éstas se encuentran el Derecho, es decir las normas jurídicas, y los convencionalismos sociales. Lo que aquí conviene tener presente es que, en esta voluntad que se dirige hacia lo social, hacia los demás hombres, se asienta el Derecho. Ahora bien, luego de distinguir de esta manera al Derecho de la moral, nuestro autor, pasa a distinguirlo también de los usos sociales o reglas sociales (las reglas de cortesía). Debiendo destacarse, que las normas que encausan las conductas externas de los hombres, están compuestas de las dos mencionadas categorías, el Derecho y los usos sociales. Esta distinción la desarrolla empleando la palabra "autárquico" para caracterizar al Derecho, del modo que a continuación pasamos a examinar.

3° El Derecho es autárquico. Con este término nuestro autor quiere distinguir el Derecho, de aquellas normas de cortesía a las que denomina usos sociales. Sostiene que las jurídicas poseen la característica de ser autárquicas, lo que significa que tienen una pretensión de validez absoluta, que se imponen incondicionalmente por sobre la voluntad de los sujetos imperados por ellas, incluso mediante la fuerza. Las normas de cortesía, en cambio, no son autárquicas, es decir, se imponen u obligan sólo cuando son aceptadas por los sujetos imperados por las mismas. Afirma que son meras invitaciones destinadas a aceptar o realizar ciertas conductas. La crítica a Stammler sobre este particular, sostiene que los usos sociales no podrían considerarse normas si sólo constituyen meras invitaciones a asumir o realizar determinadas conductas, agregan que las normas siempre deben ser obligatorias, con independencia de la voluntad de los sujetos imperados.

4° El Derecho es inviolable. Con este término no quiere expresar que las normas jurídicas no puedan ser infringidas o violadas. Sabemos que ello ocurre en los hechos, más allá que se estime que se trata de una conducta que no debe realizarse. Stammler, quiere significar, simplemente, que el Derecho persigue evitar las conductas arbitrarias, pues aspira a realizar un valor, que es la justicia. Nótese bien, la justicia es el sentido que dirige al Derecho.

Constituye el valor que aspira a realizar. Es su ideal, o según afirma Stammler, en terminología neokantiana es la idea del Derecho, la que, como se dijo, se distingue del concepto de Derecho, aunque se encuentran vinculados. Como toda aspiración, nos señala, no se cumple integralmente. En los hechos, el Derecho sólo en parte realiza, esta idea o ideal de justicia, compara a esta última con la estrella polar que guía al navegante en su ruta, pero jamás la alcanza.

4. Diversas concepciones sobre el Derecho. Distintas perspectivas desde las cuales puede considerarse: valor, norma, hecho. Iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo jurídico.

Como ya hemos señalado con anterioridad, uno de los problemas que enfrentamos al intentar definir el término Derecho, es la característica de vaguedad que presentan todas las palabras. Aún más, uno de los numerosos factores que influyen en que la palabra Derecho sea vaga, se encuentra en las diversas perspectivas desde las cuales podemos considerar el fenómeno jurídico. A partir de ellas surgen diferentes concepciones o modos de entenderlo.

En efecto, quienes postulan que el Derecho es fundamentalmente un valor, están adhiriendo a una concepción iusnaturalista acerca de él. En cambio, es propio de las tendencias iuspositivistas, o si se quiere del positivismo jurídico, considerarlo como un fenómeno primordialmente normativo, afirmando que el Derecho es, en lo fundamental, norma jurídica. Por su parte, otras corrientes iusfilosóficas, conocidas bajo el nombre de realismo jurídico, plantean que el Derecho es básicamente un hecho.

A continuación expondremos, brevemente, las ideas centrales propuestas por cada una de las recién mencionadas corrientes filosófico-jurídicas.

5.1 Las doctrinas iusnaturalistas sobre el Derecho.

Estimamos que es preferible emplear el plural, o sea, hablar de doctrinas iusnaturalistas, en lugar de usar el singular de doctrina iusnaturalista. Ello porque las doctrinas que adhieren a la tesis del Derecho natural son muchas y no sólo una. A modo de ejemplo, podemos indicar que hay doctrinas iusnaturalistas antiguas, de la época de la filosofía griega clásica; existen otras propias del Derecho Romano; de la primera época del cristianismo; del cristianismo de la Edad Media, como la propuesta por Santo Tomás de Aquino (1224-1274); hay también doctrinas iusnaturalistas de carácter racional en la Edad Moderna,

principalmente en los S XVII y XVIII, baste al respecto mencionar autores como Tomás Hobbes, John Locke, Rousseau, etc. Asimismo en el siglo XX hay muchos autores y tendencias que adhieren, desde diversas perspectivas, a la doctrina del Derecho natural.

Por todo lo anterior, se puede observar la dificultad que existe al tratar de incluir bajo un solo concepto a tan amplia diversidad de autores y posiciones. Pero, no obstante ello, es posible señalar, hablando siempre en términos generales, que las posiciones iusnaturalistas coinciden en sostener que el Derecho no se agota en el solo Derecho positivo, creado e impuesto por los hombres, sino que por sobre éste existe un conjunto de principios y normas anteriores y superiores al mismo, que se denomina Derecho natural. A estos principios, nos dicen, debe atenerse el Derecho positivo para ser considerado un auténtico Derecho. Así por ejemplo, hay quienes postulan, que el Derecho positivo debe fundamentarse y realizar el valor justicia, de tal manera, que si ello no ocurre, si el Derecho positivo fuere injusto, no debiera ser considerado auténtico Derecho. Siempre se destaca a este respecto la posición de Santo Tomás de Aquino, para quien "la ley humana positiva", contraria a la ley natural no es obligatoria en conciencia.

5.2 Las doctrinas positivas acerca del Derecho.

Al igual que en el caso anterior en que usamos la expresión en plural, hablando de doctrinas iusnaturalistas y no de doctrina iusnaturalista acerca del Derecho, en esta oportunidad, y por las mismas razones, usaremos también el plural, por consiguiente, emplearemos la expresión doctrinas iuspositivistas y no doctrina iuspositivista sobre el Derecho. En otros términos, no hay sólo una doctrina iuspositivista, sino que varias. En síntesis, las doctrinas iuspositivistas afirman que no existe más Derecho que el positivo, éste es el único que hay. El Derecho se agota, nos dicen, en el Derecho positivo, es decir, en las normas creadas e impuestas por los hombres, fundamentalmente por el poder del Estado. Así el Derecho positivo no depende en absoluto del Derecho natural.

Existen diversas doctrinas y autores que son partidarios del positivismo jurídico. Entre ellas, podemos destacar a la escuela de la exégesis nacida en Francia después de la dictación del Código Civil en 1804, que se conoce bajo el nombre de Código de Napoleón. Ha tenido una enorme influencia en muchos países, entre otros en Chile. En nuestro caso, el Código Civil chileno, redactado por don Andrés Bello y que entró en vigencia en 1857, se inspira y fundamenta básicamente en él. Los grandes juristas y tratadistas franceses que

estudiaron y comentaron dicho Código, inmediatamente después de su entrada en vigencia, formaron una especie de escuela que se conoce bajo el nombre, ya señalado de escuela de la exégesis. Tales autores rindieron un verdadero culto al texto o letra del Código francés. Para ellos, en él se reunía todo el Derecho o, al menos, el que en verdad importa. Muchos de nuestros grandes jurisconsultos como don Luis Claro Solar, don Arturo Alessandri Rodríguez y don Manuel Somarriva Undurraga, en cierta forma adhirieron a esta corriente, siguiendo, en algunos casos, muy de cerca a los grandes tratadistas de Francia. Pero dentro de las tendencias positivistas podemos señalar todavía otras doctrinas, como la teoría pura del Derecho de Kelsen, o la jurisprudencia de conceptos, que tuvo amplia acogida en Alemania en el siglo XIX, o, la llamada escuela histórica del Derecho, que también tuvo amplia presencia en este país en esa misma época.

La polémica entre los partidarios de las doctrinas del Derecho natural y del positivismo jurídico ha sido larga y muchas veces extraordinariamente conflictiva, sobre todo, cuando se la ha asociado a planteamientos políticos e ideológicos. Pero también han surgido autores y posiciones que han intentado superarla, sosteniendo que la disputa a menudo suele ser mucho más aparente y artificial que real. En todo caso y sin entrar en detalles, se suelen destacar ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Una ventaja indudable de las posiciones iusnaturalistas se encuentra en que reconocen y amparan una serie de valores inherentes a la persona humana, tales como la justicia, la libertad, la dignidad del hombre, etc. Pero se suele indicar como un inconveniente de las mismas, sobre todo de ciertos planteamientos iusnaturalistas extremos, el hecho de que pueden intentar en contra de la seguridad jurídica. Pues, en muchos casos, se dejaría al criterio de cada persona el obedecer o no las leyes positivas, según las estimaren o no justas. Con esto, se pone en peligro el orden y la estabilidad de la sociedad. Por el contrario, la gran ventaja de las doctrinas positivistas se halla en que constituyen un resguardo, una garantía, para la seguridad jurídica, para el orden y la estabilidad social. Su gravísimo inconveniente radica en que, como obligan a obedecer a toda ley positiva, obligan también, para el caso que existan, a obedecer las leyes injustas. Lamentablemente, todos sabemos que éstas se han dado más de alguna vez en la historia, constituyen un producto de los gobiernos injustos y tiránicos, respecto a los cuales por ahora diremos solamente que ojalá cada vez haya menos para que así terminen desapareciendo definitivamente.

5.3 Las doctrinas realistas sobre el Derecho.

Al igual que en los casos anteriores, vamos a comenzar diciendo que existen varias doctrinas realistas sobre el Derecho y no una sola. Así, por ejemplo, se distingue un realismo jurídico norteamericano y otro escandinavo, dentro de cada uno de los cuales es posible diferenciar diversas tendencias y autores. Pero más allá de esta diversidad destacaremos los rasgos que, a nuestro parecer, todas ellas tienen en común. A varios de dichos rasgos o características, ya hemos hecho referencia cuando analizamos el concepto de Derecho propuesto por el jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes. Una tesis básica, en la cual se encuentran de acuerdo los representantes de las diversas tendencias dentro del realismo jurídico, es aquella que afirma que el Derecho está constituido, por hechos. Ni por normas, ni por valores, como sostienen, respectivamente, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Ahora bien, agregan que los hechos que conforman el Derecho no son otra cosa que las prácticas, es decir, los hechos o acciones de quienes operan en el ámbito jurídico. Por ejemplo, los jueces, los funcionarios, los abogados, etc. Entonces, si hubiera que definir el derecho desde un punto de vista realista, habría que decir que son las prácticas de quienes con él operan.

Así, para Alf Ross, un exponente del realismo jurídico escandinavo, estas prácticas o hechos (fundamentalmente los de los jueces), son lo único empíricamente verificable, es decir, que se puede constatar en la realidad. Enseguida, nos añade que su propósito es construir una ciencia del Derecho que merezca efectivamente el nombre de tal, que no sea una pseudo-ciencia o simple creencia. Toda ciencia, nos dice, debe fundarse en el principio de verificación empírica, estudiando sólo a los objetos que cumplan con el requisito de poder ser observados por los sentidos y, con ello, verificados empíricamente. En el campo jurídico, afirma, los valores o principios anteriores y superiores a todo Derecho positivo (esto es, lo que se denomina Derecho natural), no son verificables empíricamente. Tampoco lo son las normas, incluso las normas positivas, al menos como se las entiende tradicionalmente, puesto que éstas constituyen un "deber-ser", que no es susceptible de constatación fáctica, ya que el deber ser no se da en los hechos. En suma, lo único que puede verificarse empíricamente son los hechos, las prácticas de jueces, abogados, funcionarios y otras personas que operan en el campo jurídico. Por tanto, los autores que siguen esta concepción acerca del Derecho, nos dirán, que sólo es posible construir una ciencia del Derecho rigurosa

cuando ella se elabora sobre una base empírica, de acuerdo al principio anteriormente mencionado.

CAPITULO II:

LA REGULACION DE LA CONDUCTA HUMANA. LAS NORMAS

1. *Nociones Preliminares. Necesidad de regulación de la conducta humana*

La conducta humana necesita ser regulada porque el hombre no vive aislado, sino que en sociedad relacionándose con los demás seres humanos e interactuando con ellos. De esta vida social en común surge la cooperación y el progreso, pero también el conflicto y el desencuentro, tal como lo demuestra una reiterada experiencia histórica. No vamos a entrar acá en mayores detalles acerca del porqué, del motivo último de la necesidad de regulación de la conducta humana, cuestión que han intentado explicar tanto filósofos, como teóricos políticos, sociólogos y otros. Lo cierto es que los hombres, tal vez por su naturaleza, no siempre actúan bien y correctamente desde un punto de vista ético. Esto por diversas razones, tales como el egoísmo, la ambición, la inconsciencia, etc. El ser humano, en consecuencia, junto con realizar conductas éticamente buenas y correctas realiza también otras que resultan dañinas, y muchas veces gravemente perjudiciales, para los demás miembros del grupo social. Estos y otros argumentos ponen de manifiesto la necesidad de la existencia de normas, es decir, principios que regulen y orienten las conductas de los hombres hacia aquello que se considera correcto.

2. *Aproximación al concepto de norma desde las categorías del deber ser y de la libertad humana.*

El hombre, al menos en cierta medida, puede elegir libremente las conductas que realiza. El actuar humano no se encuentra necesariamente predeterminado por leyes de cumplimiento inexorable, como ocurre en el caso de los fenómenos de la naturaleza física. Las leyes de la naturaleza física siguen un curso que hace que se cumplan siempre del mismo modo, esto es, en forma constante, por lo que en éste ámbito no hay libertad, no hay posibilidad de optar. Por ejemplo, la tierra no podría elegir girar en torno al sol de una manera contraria a como lo hace ahora. El hombre siempre puede, dentro de ciertos límites autodeterminarse, optar por realizar una acción, en lugar de otra, dentro de cierta gama de posibilidades. Ahora bien, estas acciones que elige llevar a cabo, como se dijo, en algunas

ocasiones pueden ser éticamente buenas y benéficas, pero en otras ocasiones pueden ser éticamente malas y perjudiciales, ya sea para el propio sujeto que las realiza o para los demás. La convivencia social y, en general, la ética, requieren que se eviten las acciones malas y perjudiciales, y que se promuevan las buenas. Esto significa, en cierta medida, que las acciones de los hombres deben dirigirse o encausarse hacia lo bueno y benéfico, evitando causar daño. Conviene reiterar que este intento por encausar las conductas humanas sólo tiene sentido bajo el supuesto de que el hombre es un ser dotado de voluntad y libertad, que posee capacidad de opción y decisión. Si el hombre no fuese libre, no tendría sentido pretender encausar su conducta, ni valorarla éticamente. Significaría, simplemente, que forma parte del campo de la naturaleza física, gobernado por leyes naturales constantes, donde no existe libertad, sino que opera la causalidad.

Considerando los dos aspectos o dimensiones a que estamos haciendo referencia, cabe distinguir entre:

- a. El ámbito de la naturaleza física, o del *ser*, regido por leyes naturales constantes, que se cumplen siempre de la misma manera.
- b. El ámbito de lo humano, o del *deber ser*, donde actúa la voluntad libre del hombre. Lo cierto es que esta distinción entre ser y deber ser, que tiene gran aceptación entre los juristas actuales, no es tan novedosa. El primero que la empleó con el sentido que hoy se le atribuye, fue el filósofo escocés David Hume (1711-1772). Este autor, en una obra suya intitulada "Tratado de la Naturaleza Humana" sostiene que estos dos ámbitos de la realidad, ser y deber ser, se encuentran radicalmente separados, y que lógicamente no se puede transitar del uno al otro. Esta distinción fue recogida y desarrollada por el gran filósofo alemán, cuasicontemporáneo de Hume, Immanuel Kant (1724-1804), en su teoría moral expuesta en su obra "Crítica de la Razón Práctica". Un gran jurista neokantiano del siglo XX, el austríaco Hans Kelsen (1881-1973), en su principal obra "Teoría Pura del Derecho", recoge esta distinción, señalando que el ámbito del ser, o si se quiere de la naturaleza física, se encuentra regido por el *principio de la causalidad*, que vincula los fenómenos de manera necesaria, de tal modo que a la causa le sigue necesariamente el efecto. Por ejemplo, si se calienta un metal, entonces se dilata. En cambio, en el ámbito del deber ser opera otro principio, al que denomina *principio de imputación*, mediante el cual se vinculan dos conductas o hechos, pero no de manera necesaria. Se vincula una conducta antecedente a una consecuencia que debe atribuírsele a esa conducta, sin que la

relación entre antecedente y consecuente seanecesaria, sino sólo que debe existir, lo que no significa que siempre se dé o exista en los hechos. Por ejemplo, si alguien comete un homicidio debe ser sancionado. La sanción es una consecuencia que idealmente debe seguir al acto homicida, pero como no hay necesidad puede que en los hechos no se produzca, porque, por ejemplo, no fue descubierto el homicida o porque escapó.

Vamos, asimismo, a hacer presente que la distinción de que ahora nos ocupamos encuentra antecedentes anteriores a la formulación que de ella hizo David Hume. La encontramos ya en los filósofos griegos del siglo VI a.c., como es el caso de Tales de Mileto, Anaximandro y Anaxímenes, que distinguieron entre *nomos* (norma) y *physis* (naturaleza física). Platón también la recogió en sus escritos, pero sobretudo con Aristóteles adquirió una relevancia especial, cuando este pensador diferenció entre filosofía teórica, o especulativa, y filosofía práctica, la que para él era la ética o filosofía moral. Esta distinción aristotélica ha tenido gran aceptación en la historia del pensamiento filosófico y jurídico, por ejemplo, grandes pensadores posteriores a él como Santo Tomás de Aquino o Francisco Suárez, lo siguieron en sus líneas generales.

Al llegar a este punto, y antes de entrar a formular una noción de norma desde una perspectiva lingüística y de las funciones del lenguaje, propondremos un concepto de ella desde el punto de vista que ahora estamos considerando, es decir, desde la perspectiva de la libertad humana y de la categoría del deber ser. Así diremos que, "las normas son principios directivos que tienen por objeto encausar o dirigir la conducta humana".

1. *Aproximación al concepto de norma desde una perspectiva lingüística. Desde la categoría del deber ser a las funciones del lenguaje.*

Luego de haber considerado el concepto de norma desde la perspectiva que ya hemos indicado, vamos a abordarlo ahora desde un punto de vista lingüístico, más específicamente, desde la perspectiva de las funciones, o usos, del lenguaje. Así entonces, iremos desde las categorías del deber ser y la libertad humana a las funciones del lenguaje. Ahora bien, este segundo concepto que pretendemos formular acerca de lo que es una norma, en lo fundamental, no es diferente al anterior, sino que simplemente lo complementa y precisa, pues el lenguaje no es otra cosa que una expresión del pensamiento, de los conceptos e ideas que se tienen en la mente se llega a las expresiones lingüísticas que los representan.

Ahora hacemos, por así decirlo, el camino inverso, no desde los conceptos, o si se quiere, desde el pensamiento, al lenguaje, sino que desde el lenguaje al pensamiento. Pues bien, esta noción de norma elaborada conceptualmente, desde las ya mencionadas categorías, tiene también una expresión lingüística. Se expresa en un determinado lenguaje, sobre el cual se hace necesario indagar cuál es su naturaleza, de qué clase de lenguaje se trata. Precizando los aspectos lingüísticos en que se expresa el concepto de norma, éste quedará formulado de manera mucho más exacta. En orden a lograr tal objetivo, nos referiremos primero a las diversas funciones, o usos, que podemos encontrar en el lenguaje, para enseguida pasar a determinar en qué función (y por tanto en qué clase) del lenguaje se expresan las normas.

Desde principios del siglo XX, pero con antecedentes muy anteriores que pueden remontarse hasta Aristóteles, e inclusive Platón, se ha hecho frecuente distinguir entre lo que se denomina las distintas funciones del lenguaje. Asimismo, a partir de estas diversas funciones que se distinguen en él, se formulan distintas clasificaciones del mismo. Sobre el tema se ha discutido extensamente entre lógicos, filósofos, lingüistas y otros expertos, sin que se haya llegado a conclusiones uniformes. Estas discusiones dicen relación, por ejemplo, acerca de cuáles son los usos, o funciones, del lenguaje, si una misma expresión puede cumplir diversas funciones, la existencia de casos de usos encubiertos del lenguaje, etc.

Pasando por alto, por ahora, estas importantes cuestiones, vamos a mencionar, apoyándonos en la obra de Carlos Santiago Niño "Introducción al Análisis del Derecho", cuáles son las funciones del lenguaje que más frecuentemente se aceptan por los principales especialistas en esta materia.

- a. **Función descriptiva o informativa del lenguaje**, tiene por objeto dar cuenta de ciertos estados de las cosas, describiendo hechos, objetos, situaciones, realidades. Por ejemplo, cuando alguien observando un jardín expresa que las rosas son blancas, lo que hace es describir el jardín, etc. Las expresiones pertenecientes al lenguaje descriptivo, tienen la importante característica de ser las únicas que pueden ser calificadas de verdaderas o de falsas. La ciencia está formulada en un lenguaje descriptivo, pero no sólo ella, sino que también en la vida cotidiana, y en otras actividades, usamos frecuentemente este tipo de lenguaje. Cuando decimos que las expresiones pertenecientes al lenguaje descriptivo pueden ser calificadas de verdadera o falsas, estamos considerando a la verdad desde el

punto de vista lógico, como una coincidencia entre el pensamiento (y la expresión) con la realidad u objeto a que hace referencia. Por ejemplo, cuando se dice, "las rosas del jardín son blancas", si efectivamente lo son, entonces la expresión es verdadera, si no lo son, es falsa. Pero debemos advertir que el tema de la verdad no sólo concierne a la lógica y a la ciencia, sino que también a la ética, a otras ramas del saber filosófico como la ontología o metafísica y también a la vida cotidiana.

b. **La función expresiva del lenguaje:** tiene por objeto expresar sentimientos y emociones, o suscitarlos en el otro (interlocutor). Por ejemplo, cuando alguien dice ¡ay!, ¡estoy apesadumbrado!, etc.

c. **La función interrogativa del lenguaje,** consiste en preguntas destinadas a obtener cierta información por parte del destinatario de ellas. Ej. ¿ Dónde vive usted?

d. - **Función operativa del lenguaje:** se caracteriza porque la sola expresión de ciertas palabras conlleva la realización del acto a que se refieren. Por ejemplo, cuando un profesor dice en examen "está aprobado"; cuando el juez dice "condénese". Con frecuencia, las expresiones del lenguaje operativo se formulan entre personas que se ubican en situaciones de autoridad y dependencia recíprocas.

e. - **Función directiva del lenguaje-**, este tipo de lenguaje tiene por finalidad influir en la conducta de otro, induciéndolo a que adopte determinado comportamiento. Dentro de este uso encontramos: ruegos, sugerencias o recomendaciones, peticiones, reclamaciones, y órdenes o mandatos. Como podemos observar este lenguaje directivo, que pretende influir en la conducta de los demás, admite diversas subclasificaciones. En efecto, no es lo mismo tratar de influir en otra persona formulándole una petición, que dándole un consejo o impartándole una orden (cuando hay capacidad de hacerlo). Ahora bien, las expresiones del lenguaje directivo no pueden ser calificadas de

verdaderas o de falsas, sino que admiten otros calificativos. Por ejemplo, una orden como en el caso en que un profesor le dice a un alumno, "salga de la sala", podrá ser calificada de justa o injusta, pero no de verdadera o falsa.

Dentro de las diversas clases de lenguajes directivos, que pretenden influir en la conducta de los demás, utilizaremos la denominación lenguaje prescriptivo para referirnos a aquel mediante el cual se imparten las órdenes o mandatos. El prescriptivo, entonces, es una subclase del lenguaje directivo, que se distingue por poseer una mayor fuerza que los otros lenguajes de este tipo. Las prescripciones (es decir las expresiones del lenguaje prescriptivo) se caracterizan por el hecho de que quien las formula se coloca en una posición de superioridad física o moral sobre el destinatario. El emisor no supedita el cumplimiento de la orden a la voluntad de éste, como sucede con el consejo o petición. Las normas pertenecen al lenguaje prescriptivo, constituyen una clase de las órdenes o mandatos.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, diremos, desde una perspectiva lingüística, que las normas son "una clase de lenguaje prescriptivo consistente en órdenes o mandatos, que tienen por objeto encausar la conducta humana en determinado sentido".

3 Diversas clases de normas. Reglas Técnicas y Normas Éticas.

Para aproximarnos a nuestro objeto de estudio, las normas, debemos hacer una gran distinción, planteada primeramente por Immanuel Kant (1724 - 1804), quien diferenció entre imperativos de habilidad, que para él eran hipotéticos, e imperativos morales, a los que entendía como imperativos categóricos. Posteriormente, Giorgio del Vecchio (1878 - 1970), reformuló esta distinción proponiendo diferenciar entre reglas técnicas (o imperativos de habilidad) y normas éticas (o imperativos morales). Veamos en que consisten.

- a. **Las reglas técnicas:** se refieren a los medios empleados para alcanzar un determinado fin útil, a la forma en que debe realizarse algo para obtener el resultado querido (al como se hace). Colocan, pues, el acento en los medios, aspirando a realizar un fin utilitario. Así entonces, no es la licitud ética del fin, sino la utilidad lo que se toma primordialmente en cuenta para el cumplimiento de una regla técnica. Las reglas técnicas son tan diversas como el campo del saber humano, esto es, hay tantas como ciencias existen. Por ejemplo, las que se refieren a la construcción de una casa, a una operación quirúrgica, a procesos industriales, etc. Como son innumerables, no pueden ser clasificadas sistemáticamente.

- b. **Las Normas Éticas**, son las normas propiamente tales. En consecuencia, cada vez que en adelante usemos la palabra norma sin otra especificación, se entenderá que estamos haciendo referencia a las normas éticas. Estas, guían el accionar humano dirigiéndolo hacia un fin éticamente bueno. Este fin es lo importante, pues sobre la base de él se construye el concepto de norma ética. Para Kant el fin de las normas éticas consiste en el cumplimiento del deber por el deber mismo. Santo Tomás, Aristóteles, del Vecchio, y otros, en cambio, señalan que el fin ético de las normas se encuentra en los valores que ellas pretenden alcanzar, tales como la bondad, la justicia, el bien común u otros.

Cabe señalar que las reglas técnicas y las normas éticas no deben considerarse como opuestas y excluyentes, sino que una misma conducta puede ser regulada ética y técnicamente a la vez. Por ejemplo, si alguien cumple responsablemente con su trabajo, está cumpliendo la regla técnica y la norma ética al mismo tiempo. Pero por otra parte, hay que señalar que no siempre hay coincidencia entre ellas, ya que, en ciertos casos la infracción de una no significa necesariamente la infracción de la otra. Por ejemplo, alguien puede fabricar un arma o un veneno ajustándose a todas las reglas técnicas, quedando por ello muy bien construido o elaborado, pero si su finalidad es cometer un crimen, no se cumple con la norma ética. Este es un interesante tema sobre el que puede decirse muchísimo más todavía.

5. Diversas clases de Normas Éticas.

Existen muchos criterios para clasificar las normas éticas. Sin embargo, en esta oportunidad nos guiaremos por la clasificación tradicional, que distingue entre:

- a. - normas jurídicas
- b. - normas morales
- c. - convencionalismos sociales o normas de uso y trato social, y
- d. - normas religiosas

Con la finalidad de proporcionar un concepto de cada una de estas clases de normas, empezaremos por abordar el tema de las relaciones entre Derecho y moral, para determinar las características tanto de las normas jurídicas como de las morales, lo que nos permitirá, de este modo, conceptualizarlas.

4. Relaciones entre Derecho y Moral desde una perspectiva histórica.

Es un tema ampliamente discutido por filósofos, juristas y otros estudiosos, el problema relativo a si existe, o no, coincidencia entre Derecho y moral. Incluso, entre los autores que sostienen que esta coincidencia existe, hay discrepancia sobre si ella es total o parcial, si es necesaria o bien meramente contingente.

Para grandes pensadores clásicos como Sócrates, Aristóteles, Platón, Santo Tomás de Aquino y otros, hay por lo menos una coincidencia parcial, y además necesaria, entre moral y Derecho, es decir, parte del contenido de la moral pertenece también al Derecho. Hay quienes opinan que el jurista romano Ulpiano, citando a Celso, habría confundido el Derecho y la moral, cuando define al primero diciendo que, "es el arte de lo bueno y lo equitativo". Pero también hay buenas razones para sostener que, Ulpiano y Celso en particular, y los juristas romanos en general, no identificaron el Derecho con la moral, aunque aceptaron que el Derecho posee un fundamento moral. Para autores como Kant, (1724-1804) y más extremamente Fichte (1762-1814), quien llega a oponer el Derecho y la moral, existe clara separación entre ambos sistemas normativos. Jorge del Vecchio (1878-1970), afirma que el Derecho y la moral encuentran un fundamento común en la naturaleza humana, por consiguiente, tienen elementos en común, pero también poseen características diferentes, lo que hace que constituyan sistemas normativos distintos.

Ciertos autores contemporáneos, partidarios del positivismo y del realismo jurídico, como Hans Kelsen (1881-1973) y Alf Ross (1899 - 1979) plantean que la moral y el Derecho son ordenamientos distintos, y por lo tanto, desde el punto de vista teórico no hay coincidencia entre ellos, aunque fácticamente puede haberla, y de hecho muchas veces, nos dicen, se ha dado históricamente, pero ella no es necesaria, así como algunas veces existe, podría también no existir. Herbert Hart, filósofo del Derecho inglés contemporáneo, en el capítulo IX de su obra: "El concepto de Derecho" señala que hay, sin duda, una coincidencia histórica (fáctica) relativamente importante entre el Derecho y la moral, pero junto a ella existe también una coincidencia necesaria mínima entre ambos, es lo que este autor denomina el contenido mínimo de Derecho natural que posee el Derecho positivo.

Por último, resulta de interés considerar algunos ordenamientos jurídicos, o al menos algunas, partes importantes de ellos, que han existido históricamente dejando huellas

importantes en el desarrollo del Derecho, para tratar de precisar en qué medida recogen ciertos principios morales y en qué medida se apartan de los mismos, de acuerdo a criterios actuales. Así, es posible mencionar entre otros:

- El Corpus Iuris Civilis, de Justiniano
- Las Siete Partidas, de Alfonso X el Sabio
- Las Recopilaciones de las Leyes de Indias, que los Reyes de España dictaron para América
- el Código de Napoleón de 1804
- el Código Alemán de 1900

En todos los textos jurídicos que acabamos de mencionar, encontramos recogidos diversos principios morales de aceptación universal o casi universal, como por ejemplo la obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida, la obligación que tiene quien recibe una cosa en comodato (préstamo de uso) de devolverla a su dueño, la obligación que tiene quien causa un daño de indemnizar los respectivos perjuicios etc. Asimismo, hay en ellos también algunos preceptos que se apartan de ciertos principios éticos universales, como es el caso de la esclavitud que era aceptada por el Derecho romano. De especial interés para nosotros resulta examinar algunas normas del Ordenamiento Jurídico Chileno, intentando precisar en qué medida coinciden, o no, con principios morales. Por ejemplo, se podría llevar a cabo este trabajo respecto a nuestra Constitución Política, al Código Civil, al Código Penal, a los códigos procesales y a otros.

7.- Distinción sistemática (tradicional) entre Derecho y Moral.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasemos a exponer una distinción sistemática tradicional, que se fundamenta en las características que se atribuyen a estos dos campos normativos. Ellas han sido propuestas por muchos juristas, pero en particular por algunos neokantianos contemporáneos, como lo son Stammler, del Vecchio, Radbruch y otros.

7.1 Características tradicionalmente atribuidas al Derecho y a la Moral.

DERECHO	MORAL
1- BILATERALIDAD	1- UNILATERALIDAD
2- HETERONOMIA	2- AUTONOMÍA
3- COERCIBILIDAD	3- INCOERCIBILIDAD
4- EXTERIORIDAD	4- INTERIORIDAD

7.1.1. Bilateralidad del Derecho, Unilateralidad de la Moral:

Que las normas jurídicas sean bilaterales significa que frente al sujeto obligado por ellas, hay otro facultado para exigir su cumplimiento, o más precisamente, el cumplimiento de las obligaciones que de las mismas emanan. Por esto se dice que las normas jurídicas son imperativo-atributivas, porque por un lado establecen una obligación para el sujeto pasivo u obligado, y por el otro, confieren un derecho o facultad al sujeto activo o facultado. Por ejemplo, en materia tributaria, el contribuyente (sujeto pasivo) tiene la obligación de pagar impuestos y el Estado (sujeto activo) tiene el derecho o facultad para exigir este pago; en la compraventa el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida y el comprador se encuentra facultado para exigir dicha entrega, etc.

La unilateralidad de la moral significa que frente al sujeto obligado por la norma moral, no hay otro facultado para exigir su cumplimiento. Por ello se dice que las normas morales son sólo imperativas, pues únicamente establecen obligaciones, no otorgando correlativamente facultades. Por ejemplo, una persona que posee ciertos medios económicos, se puede considerar obligada moralmente a dar limosna a alguien necesitado, pero éste no se encuentra facultado para exigir el cumplimiento de ese deber moral.

7.1.2-, Heteronomía del Derecho, Autonomía de la Moral.

Las normas jurídicas son heterónomas. Ello significa que son dictadas por una voluntad extraña o distinta a la de los sujetos imperados (regidos) por las mismas. La referida voluntad distinta a la de los sujetos obligados suele ser con frecuencia, aunque no exclusivamente, la

del Estado, quien dicta las leyes, los reglamentos de las autoridades políticas y administrativas, las sentencias judiciales y otras. Ahora bien, la heteronomía a que estamos haciendo referencia no es absoluta, pues en muchas circunstancias se encuentra atenuada. Veamos algunos casos, o ejemplos, de heteronomía atenuada de las normas jurídicas.

a. En una sociedad democrática, las leyes, que son una clase importante de normas jurídicas, son dictadas por el poder legislativo, el cual se elige por votación universal de todos los ciudadanos. Son, entonces, estos ciudadanos los que eligen a quienes después van a aprobar las leyes. En consecuencia, al menos indirectamente los ciudadanos contribuyen a dicha aprobación. Por ello, puede decirse que estamos ante un caso de heteronomía atenuada. Lo mismo, y con mayor fuerza, es posible afirmar de las leyes y otras normas jurídicas que se aprueban mediante plebiscitos.

b. Los contratos, y otros actos jurídicos, también son normas jurídicas, pues tienen fuerza obligatoria para las partes que los celebran, ya que nacen de su voluntad (art. 1545 C.C.). Por este hecho, por nacer de la propia voluntad de las personas que resultan obligadas, constituyen otro caso de heteronomía atenuada.

c. El último caso que vamos a mencionar, sin perjuicio de hacer notar que además existen otros, es el de la costumbre jurídica. Ella, en cuanto norma de Derecho, surge de la propia voluntad de los miembros del grupo social que son regidos por la misma.

Las normas morales son autónomas. Ello significa que nacen de la voluntad de los sujetos imperado por las mismas. Sólo obligan cuando el sujeto las reconoce voluntariamente como válidas en su conciencia. Esta autonomía, se sostiene, que se ve atenuada porque es indudable que la sociedad influye en la formulación de la moral, no obstante radicarse en el fuero interno del individuo. Asimismo, se señala que en una moral con fundamentos religiosos, Dios o la Divinidad participan en la formación de tales normas.

7.1.3-, Coercibilidad del Derecho, Incoercibilidad de la Moral.

Se debe tener presente que ambas clases de normas éticas pueden ser violadas (porque como dijimos esto no afecta su validez) y, además, ambas poseen sanción, pero ésta es de distinta naturaleza en uno y otro caso. Así, la sanción de las normas morales no implica coercibilidad, no conlleva la aplicación de la fuerza por los órganos del Estado, como ocurre con las jurídicas. Las normas jurídicas son_coercibles, porque frente al caso de infracción

existe la posibilidad de constreñir su cumplimiento por medio de la fuerza, respaldada por la autoridad del Estado. No deben confundirse los términos coercibilidad y coacción, ya que esta última es la acción que se ejerce sobre una o varias personas para obligarlas a obrar en determinado sentido. La coercibilidad consiste en la posibilidad de usar la fuerza, no el ejercicio mismo de ella. Por esto puede decirse también, que la coercibilidad es la coacción en potencia y no en acto. Las normas jurídicas, por tanto, son necesariamente coercibles, pero eventualmente coactivas. Por ejemplo, el homicidio se encuentra sancionado en el código penal, el que le asigna una pena. Esta norma jurídica es coercible. Pero puede suceder que el homicida no sea sancionado porque, por ejemplo, logra evadirse. En tal caso no hay coacción (ejercicio de la fuerza).

Las normas morales son incoercibles, esto es, no puede imponerse su cumplimiento mediante la fuerza estatal. El cumplimiento de la norma moral es de carácter voluntario y espontáneo. La sanción en este caso es el remordimiento o repudio social.

7.1.4-. Exterioridad del Derecho, Interioridad de la Moral.

Debe aclararse que la conducta humana es una unidad inescindible de aspectos internos y externos, y por lo tanto, no existen actos exclusivamente internos o externos. Las características que ahora consideramos respecto al Derecho y a la moral son, por tanto, sólo el punto de partida para el análisis del acto humano.

Se afirma que el Derecho es exterior porque se preocupa de la acción humana desde el momento en que se exterioriza. Para determinar si una acción es conforme o contraria a Derecho, en primer lugar hay que fijarse o centrarse en el aspecto o dimensión externa de la misma. Pero ello no significa, como erradamente han pensado algunos, Thomasius e incluso Kant, que el Derecho se desentiende o no debe considerar el aspecto o dimensión interna de la conducta. También lo considera atribuyéndole gran importancia, por ejemplo, en materia penal, si una persona da muerte a otra, no es lo mismo que haya tenido la intención de matarla, a que le haya dado muerte por un descuido como es el caso del conductor que por ir manejando de manera desatenta la atrepella y le da muerte, o, si la muerte se produjo por un caso fortuito o mera casualidad. Dependiendo de cual de estos casos se trate, podemos encontrarnos ante un delito, o, ante un cuasidelito, o bien, ante un caso fortuito que no es punible. Pero no sólo en el campo del Derecho penal, sino que en todos los demás ámbitos jurídicos, como el Derecho civil, el Derecho procesal etc., la intención con que se actúa resulta ser muy importante.

Las normas morales son interiores en cuanto, principalmente, consideran la dimensión interna de la conducta para calificar a un acto de moral o inmoral. Además, porque para efectuar esta calificación parte del aspecto interno de la conducta para llegar al externo. El que también es de su interés, porque de estas normas se espera que se reflejen en buenas acciones y obras. En suma, el Derecho no es exclusivamente exterior, ni la moral es exclusivamente interna, sino que ésta es principalmente interior y aquél primordialmente extemo.

7.2.- Hacia un concepto de norma moral.

Basándonos en las características que le hemos atribuido a las normas morales, y dejando para más adelante la formulación de un concepto de norma jurídica, diremos que ellas (las morales) "son una clase de normas éticas que poseen las características de ser imperativas, unilaterales, autónomas, incoercibles e interiores". Todas estas características, salvo la imperatividad, ya las hemos analizado, por tanto, nos remitimos a lo dicho sobre el particular. En lo que respecta a la característica de la imperatividad, tangencial e implícitamente hemos hablado de ella al tratar sobre la bilateralidad. Ahora, de una manera más directa y explícita, diremos que toda norma es imperativa, queriendo significar con esto que toda norma establece obligaciones e implica un mandato. En el caso de las normas morales, lo que establecen son obligaciones morales.

8.- Convencionalismos sociales o normas de uso y trato social.

Surelación con el Derecho.

8.1.- Funciones, características y concepto de los convencionalismos sociales.

Las normas de uso y trato social reciben diversas denominaciones. Entre otras, "convencionalismos sociales", "reglas de trato externo", "normas convencionales", "costumbres sociales", "normas del decoro", etc.

Sin entrar a dilucidar la cuestión de fondo acerca de si los convencionalismos sociales constituyen o no una categoría propia e independiente de normas y cuál es su naturaleza, vamos a intentar, de manera provisoria, señalar su finalidad y función, diciendo que se trata de normas que tienden en general a facilitar la convivencia entre los hombres, la hacen más agradable y de un nivel educativo superior, todo lo cual se concreta en mejores y más adecuadas relaciones sociales. A ello tenderán, por ejemplo, las normas de la cortesía, de la etiqueta, etc. Un rasgo en común que presentan todas estas normas es su extrema variabilidad. Cambian constantemente en el tiempo y en el espacio. Lo que en el pasado se consideraba de cortesía y buena educación, suele ya no serlo hoy. Lo que en una cultura se considera adecuado no es tenido por tal en otra, etc.

Asimismo, es posible caracterizar a los convencionalismos sociales de acuerdo a los elementos de bilateralidad y unilateralidad, autonomía y heteronomía, coercibilidad e incoercibilidad, y, exterioridad e interioridad, a que ya hemos hecho referencia.

Los convencionalismos sociales son, en opinión de la mayoría de los autores, unilaterales, porque imponen obligaciones, pero no se le otorga a otro sujeto la facultad para exigir su cumplimiento. Por ejemplo, si me encuentro en la calle con una persona conocida, una norma de cortesía me obliga a saludarla, pero esa persona no tiene la facultad para exigirme el cumplimiento de esa obligación, etc. En este punto resulta conveniente hacer presente el hecho de la existencia de algunos convencionalismos sociales que, en ciertos campos de la actividad humana, han sido elevados al rango de normas jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito militar existe la obligación del saludo entre las personas que a él pertenecen, pero esta obligación se encuentra establecida como norma jurídica, de manera tal que si un subordinado deja de saludar a su superior jerárquico, no sólo está infringiendo una norma de cortesía, sino también una norma jurídica. Su superior en virtud de esta norma jurídica está facultado para exigirle el cumplimiento de la obligación del saludo militar, e inclusive sancionarlo si no lo hace. Lo mismo ocurre en el campo de la diplomacia y otros.

En lo que respecta a las características de autonomía y heteronomía, la mayoría estima que se trata de normas heterónomas, esto es, que surgen o emanan de una voluntad distinta a la de los sujetos imperados ellas. Esta voluntad distinta o extraña a la de las personas regidas por tales normas, es la de la sociedad en la que viven.

Con respecto a las características de exterioridad e interioridad, la mayor parte de los autores dice que se trata de normas exteriores. Incluso más exteriores que las jurídicas, al extremo que autores como Radbruch llegan a afirmar que son exclusivamente exteriores, carentes, en consecuencia de toda interioridad, lo que en algunos casos, nos expresa, puede conducir al cinismo.

Con relación a las características de coercibilidad e incoercibilidad, ellas, sin duda, son incoercibles en el sentido de que no tienen una sanción de carácter jurídico. Pero, a pesar de no poseer esta clase de sanción, se encuentran revestidas una sanción de otra naturaleza, propia de estos convencionalismos. Por ejemplo, a una persona mal educada, que no respeta

las reglas de cortesía, el grupo social la va a sancionar con el aislamiento, el que constituye una sanción muy característica de este tipo de normas.

Los convencionalismos sociales no son fáciles de conceptualizar. Por ello, la definición que sobre los mismos vamos a formular ahora sólo es provisoria. Al igual que en el caso de las normas morales en esta tarea nos apoyaremos en las características que se les atribuyen. Así entonces, podemos decir que "los convencionalismos sociales son una clase de normas éticas, cuya finalidad es facilitar la convivencia entre los hombres, que son imperativas, unilaterales, heterónomas, incoercibles y exteriores."

8.2. Naturaleza de los convencionalismos sociales.

Con respecto a la naturaleza de los convencionalismos sociales se han formulado diversas tesis. Estas varían desde aquellas que afirman que los convencionalismos constituyen una categoría propia e independiente de normas, hasta aquellas otras que les niegan esta condición. Sobre el particular estudiaremos cinco opiniones distintas. Las dos primeras, propuestas por Jorge del Vecchio y Gustavo Radbruch respectivamente, niegan que los convencionalismos sociales constituyan una categoría propia e independiente de normas. Las tres últimas, formuladas por Rodolfo Stammler, Eduardo García Maynez y Alf Ross, por el contrario, lo que afirman es que los convencionalismos constituyen una categoría propia e independiente de normas. Pasemos ahora a examinar cada una de estas opiniones.

8.2.1. **La tesis de Jorge del Vecchio (1878-1970).** Este filósofo del Derecho italiano afirma que todas las normas son unilaterales o bien bilaterales, o si se quiere imperativas (unilaterales) o imperativo-atributivas (bilaterales). No existe para él otra posibilidad lógica intermedia. Nos agrega que si las normas son unilaterales, entonces son normas morales. En cambio, si son bilaterales, se trata de normas jurídicas. En consecuencia, para este autor las normas o son morales o son jurídicas, no existiendo como se dijo otra posibilidad. No existiendo, por consiguiente, una clase distinta de normas a las dos recién nombradas. Así entonces, no cabe más que concluir, según del Vecchio, que los convencionalismos sociales no constituyen una categoría propia e independiente de normas. Que cualquier norma que en un primer momento pueda ser catalogada (erróneamente) como convencionalismo social, un examen más atento de ella nos mostrará que es jurídica, es decir Derecho, o es moral. Conforme a este autor, la mayoría de ellas son normas morales.

8.2.2. **La tesis de Gustavo Radbruch (1878-1949).** Según este iusfilósofo alemán, todo producto u objeto de la cultura tiende a la realización de un determinado valor. Es lo que distingue, nos dice siguiendo los planteamientos de la escuela neokantiana de Badén, el ámbito de la cultura del ámbito de la naturaleza física. Este no persigue la realización de valores sino que es neutro a los mismos. Así entonces, podemos colocar diversos ejemplos que nos muestran como los objetos de la cultura apuntan a la realización de valores, como es el caso de la ética que aspira a la realización del valor de lo bueno, del arte que aspira a realizar el valor de la belleza, del Derecho que aspira a realizar el valor de la justicia (la idea de Derecho dice Radbruch), etc. Ahora bien, observa nuestro autor, si nos preguntamos ¿qué valores tienden a realizar los convencionalismos sociales?, la respuesta es que ninguno. Por consiguiente, como no aspiran a la realización de ningún valor, no tienen una auténtica existencia, no son entidades reales, sino que meras apariencias. Al no ser algo real no es posible compararlos con el Derecho desde un punto de vista lógico. Lo que sucede, agrega, es que aquellas normas a las que denominamos convencionalismos o usos sociales, pueden ser preceptos jurídicos, o morales, embrionarios (en surgimiento), o bien, en extinción.

8.2.3. **La tesis de Rodolfo Stammler.** Este filósofo del Derecho alemán (1856-1938) se encuentra entre quienes afirman que las normas de uso y trato social constituyen una categoría propia e independiente de normas. El iusfilósofo a que ahora estamos haciendo referencia, sostiene que las normas jurídicas se diferencian de los convencionalismos sociales en su distinto grado de pretensión de validez, o si se quiere en el distinto tipo de fuerza obligatoria que poseen. Pues las normas jurídicas obligan incondicionadamente, son autárquicas (por usar una expresión suya). No consideran para nada la voluntad de los destinatarios. En cambio, las normas de uso y trato social son, en su opinión, meras invitaciones que se dirigen a las personas para que asuman determinados comportamientos, para que actúen de una determinada manera. A esta concepción de Stammler con respecto a los convencionalismos sociales, se le ha formulado una importante crítica. Nos dice que incurre en un grave error al sostener que son meras invitaciones a asumir determinadas conductas, pues si son sólo invitaciones que el destinatario acepta o no a su entera voluntad, sin que exista ningún tipo de obligación ni de sanción, como el rechazo social u otra, que induzca a cumplirlos, entonces no nos encontramos ante verdaderas normas.

8.2.4. **La tesis de Eduardo García Maynez.** Este autor, destacado profesor contemporáneo de filosofía del Derecho, en orden a caracterizar a los convencionalismos sociales los compara no sólo con el Derecho, sino también con la moral. Sobre el particular nos dice que los convencionalismos coinciden con las normas jurídicas, en que ambos son exteriores, pero difieren en cuanto los primeros son unilaterales, en cambio, las segundas poseen la característica de la bilateralidad. En lo relativo a la moral, destaca que ella es unilateral e interior, lo que hace que en parte coincida y en parte difiera de los convencionalismos. Respecto a la característica de la exterioridad, que es común para el Derecho y los convencionalismos, observa que en estos es mucho más acentuado el carácter exterior que en aquél. Un elemento diferenciador importante entre el Derecho y las normas del trato social, lo encuentra García Maynez en el distinto tipo de sanción que conllevan. En estas últimas la sanción es generalmente indeterminada, no únicamente en lo que respecta a su intensidad, sino también en lo que concierne a su naturaleza. Las sanciones del Derecho, en cambio, casi siempre se hallan determinadas, nos dice, en cuanto a su forma y cantidad.

8.2.5. **La tesis de Alf Ross (1899-1979).** Este autor de tendencia realista, en su obra más importante intitulada "Sobre el Derecho y la Justicia", afirma que el Derecho y los convencionalismos sociales se diferencian en dos puntos importantes. Uno es el carácter institucionalizado que tiene el Derecho, y el carácter de fenómeno individual, es decir, no institucional que poseen los convencionalismos. El otro elemento distintivo, se encuentra en la diversa clase de sanciones que cada uno de estos órdenes normativos conlleva. Que el Derecho sea un fenómeno institucional, y con ello a la vez social, significa que existen órganos que crean y aplican las normas jurídicas. Para Ross, los órganos que por excelencia aplican el Derecho, y con ello en su opinión también lo crean, son los jueces, esto es los tribunales de justicia. Las normas que conforman los convencionalismos sociales, carecen de órganos de creación y aplicación de las mismas. En lo que respecta al tipo de sanción, la propia del Derecho consiste en el ejercicio de la fuerza física (privación de libertad y otras) que aplican los tribunales de justicia. La sanción de los convencionalismos, no consiste en el ejercicio de la fuerza física aplicada por los tribunales, sino que en la desaprobación social.

9. Las Normas Religiosas.

Las vamos a dejar mencionadas como una clase de normas por las cuales los hombres suelen regir su conducta. Haciendo presente a la vez, que resulta muy difícil formular una noción de las mismas que pueda ser aceptada por todos, pues las posiciones que las personas adoptan con respecto a la religión son muchas y muy variadas. Van desde quienes no tienen religión alguna, hasta quienes adhieren a una con profunda fe. A pesar de que en alguna medida puede resultar esclarecedor, termina no siendo convincente lo que al respecto expresa Abelardo Torr  señala: "En sentido estricto (las normas religiosas), son las que rigen la organización y funcionamiento de cualquier asociación religiosa, inclusive las relaciones con los fieles. A su vez, en sentido amplio, serían todas aquellas normas que se refieren a la religión". Este último sentido es tan amplio que termina diciendo muy poco. El sentido estricto, estimo que no todos lo aceptarían. No profundizaremos en el tema, nos limitamos solo a dejarlo planteado.

CAPITULO III

LAS NORMAS JURIDICAS

1. Aproximación al concepto de norma jurídica considerando las características que tradicionalmente se le atribuyen.

Como señalamos, dentro de las diversas clases de normas éticas o simplemente normas que hemos distinguido, mencionamos a las normas jurídicas junto a las normas morales, a los convencionalismos sociales y a las normas religiosas. Refiriéndonos a las jurídicas les atribuimos las características de ser imperativas bilaterales, heterónomas, exteriores y coercibles. Sobre la base de ellas podemos definir las diciendo que: "Las normas jurídicas constituyen una clase de normas éticas destinadas a regular la convivencia de los hombres en sociedad, que son imperativas, bilaterales, heterónomas, exteriores y coercibles".

⁶ Torr , Abelardo. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

2. Aproximación lógico lingüística al concepto de norma jurídica.-

La aproximación lógico lingüística al concepto de norma jurídica la reduciremos (decimos la reduciremos porque hay infinitamente más de lo que vamos a exponer) a recordar las distintas funciones del lenguaje, a propósito de la exposición que se hizo de la noción de norma en general, para tratar de precisar de qué manera ello se aplica al concepto que ahora nos ocupa. Dijimos que esas funciones eran la descriptiva, la expresiva, la interrogativa, la operativa y la directiva.

De todas estas funciones del lenguaje nos interesa tener presente, en primer lugar, una vez más, a la función informativa o descriptiva que tiene una característica que la hace distinta a todas las otras funciones. Ello porque las expresiones pertenecientes a la función descriptiva del lenguaje son las únicas que pueden ser calificadas de verdaderas o de falsas. Pero también nos interesan las expresiones prescriptivas, pues a ellas, según la inmensa mayoría de las opiniones actuales, pertenecen las normas jurídicas. De tal modo que, hoy lo que se sostiene es que las normas en general, y las normas jurídicas en particular, son una clase de lenguaje prescriptivo. Pero esto no es lo que se sostenía tradicionalmente. Ha tenido que realizarse un enorme esfuerzo por parte de los especialistas en lógica, en particular por los especialistas en lógica jurídica, para lograr que este planteamiento, que afirma que las normas son prescripciones y no descripciones de hechos, pudiera ser aceptado. Por ello, para observar, aunque sea muy a grandes rasgos, el cambio que significó empezar a considerar a las normas como una clase de lenguaje prescriptivo, comenzaremos haciendo alusión a aquellos planteamientos que han entendido a las normas jurídicas como juicios en un sentido lógico, y por tanto como pertenecientes al lenguaje descriptivo.

2.1. Un breve alcance a la lógica.

Acabamos de efectuar una alusión a los juicios, según se los entiende en el ámbito de la lógica. Ahora, en orden a la claridad de nuestra exposición, nos corresponde hacer un muy breve alcance acerca de lo qué es la lógica y la función que ella cumple. Sobre el particular comenzaremos recordando que, el primero que efectuó una exposición sistemática sobre esta disciplina, a la que ahora llamamos lógica formal, fue Aristóteles (364-322 A.C.), quien la expuso en un conjunto de obras suyas que se conocen bajo la denominación de "El Organon". Este incluye a los "Primeros Analíticos", los "Segundos Analíticos", los "Tópicos" y otros. Desde entonces hasta ahora, se ha entendido a la lógica formal como la disciplina que

se ocupa del pensamiento correcto y verdadero. Aquélla que señala las reglas a las cuales debe sujetarse la mente para alcanzar la verdad en el proceso del conocimiento humano. Nos indica los pasos o reglas que deben seguirse para obtener conclusiones (las conclusiones son juicios) verdaderas, partiendo de premisas (las premisas también son juicios) verdaderas. Estas reglas nos indican las formas como deben efectuarse las inferencias, de un juicio a otro, para alcanzar conclusiones verdaderas. Las inferencias son básicamente de dos tipos, inferencias inmediatas e inferencias mediatas llamadas también silogismos. Como podemos observar, a la lógica le interesa, fundamentalmente, el problema de la verdad de los juicios. Tan es así, que el concepto de verdad, desde el punto de vista lógico, señala que la verdad consiste en la coincidencia entre el juicio y la realidad. Es decir, la coincidencia que ha de darse entre la descripción que el juicio hace de una realidad (por ejemplo, cosa, hecho etc.) y esta realidad. Por ejemplo, si yo formulo el juicio "el pizarrón es blanco", y efectivamente en los hechos el pizarrón es de este color, entonces, el juicio es verdadero.

Asimismo, vamos a dejar consignado que la lógica se fundamenta en ciertos principios básicos, que constituyen el punto de partida de ella, los que siempre deben ser respetados, jamás transgredirse, para que de este modo el razonamiento humano, o si se quiere el pensar del hombre, pueda alcanzar la verdad. Se los denomina los principios lógicos fundamentales.

Tradicionalmente se señala que son los tres siguientes: a) el principio de identidad, que nos dice que todo objeto es idéntico a sí mismo; b) el principio de no contradicción, que nos dice que una proposición o juicio, no puede ser verdadero y falso al mismo tiempo y; c) el principio de tercero excluido, que nos dice que una proposición o juicio únicamente puede ser o verdadero o falso, no admitiendo un tercer valor distinto al de verdad o falsedad.

Por último, vamos a recordar una definición de lógica propuesta por un filósofo contemporáneo, el francés Jacques Maritain, en su obra "El Orden de los Conceptos". Nos dice que la lógica "es el arte que nos permite progresar con orden fácilmente y sin error en el acto mismo de la razón, esto es, en el razonar"⁷.

⁷ Maritain, Jacques. "El Orden de los Conceptos". Editorial Club de Lectores, Buenos Aires, 1980.

2.2. Los juicios en un sentido lógico y el lenguaje descriptivo.

A las expresiones pertenecientes al lenguaje descriptivo tradicionalmente, a partir de Aristóteles, se les ha denominado juicios (juicios en el sentido lógico). En la actualidad se las prefiere denominar proposiciones, aunque tampoco esta denominación es unánimemente aceptada por los expertos en lógica. Nosotros aquí vamos a emplear el término juicio no porque nos parezca preferible, sino que para adaptarnos a un cierto tratamiento de la materia que ha sido asumido por ciertos juristas en nuestro medio al ocuparse del tema. Con todo, debemos advertir que la terminología tiende a cambiar haciéndose cada vez más técnica y especializada.

Nosotros usaremos la palabra "juicios", entendiendo que ellos constituyen expresiones descriptivas del lenguaje que afirman o niegan algo de algo, este planteamiento fue sustentado por Aristóteles (364-322 A. C.). Para él, el juicio afirma o niega algo de algo, específicamente afirma o niega un predicado de un sujeto. Ejemplo, en el juicio "todos los hombres son mortales" el predicado *mortales* está afirmando algo del sujeto *hombres*. Alcanzado este punto, conviene que tengamos presente cuál es la estructura fundamental de un juicio así como la entendía Aristóteles. Ideas que por lo demás no han perdido vigencia con el curso de los años. Es admirable que la lógica formal continúe siendo básicamente aristotélica. La ciencia ha cambiado muchísimo, pero la lógica formal sigue siendo básicamente la misma.

Aristóteles pensaba que el juicio se estructura sobre la base de un sujeto, un predicado y un nexo o cópula que une al sujeto con el predicado. Así, en el juicio "todos los hombres son mortales", el sujeto está representado por la palabra "hombres", el predicado por la palabra "mortales" y el nexo o cópula por la palabra "son". Igualmente, sostuvo que siempre este nexos se puede expresar en una determinada forma verbal del verbo ser: "es", "no es", "son", "no son".

3. Una clasificación tradicional de los juicios.

Muchos juristas en orden a precisar la naturaleza y la estructura lógica de la norma jurídica, han discutido sobre si estas son o no son juicios en su sentido lógico. Hoy la mayoría está de acuerdo en que, desde un punto de vista lógico, ellas no son juicios porque no pertenecen a las expresiones descriptivas del lenguaje, sino que a las prescriptivas, ya que la

función de las normas jurídicas no es describir ni narrar nada, sino que prescribir o mandar. Las normas jurídicas por consiguiente son expresiones prescriptivas del lenguaje, y dentro de estas expresiones, las que tienen un sentido más fuerte, cuya finalidad es encausar o dirigir la conducta. Esto que hoy en día está claro para la gran mayoría, hasta hace poco tiempo no era así. Por ello muchos afirmaban que las normas jurídicas eran juicios en el sentido lógico del término, discutiéndose entre los diversos autores sólo sobre a qué clase de juicios pertenecían. Así, para algunos las normas jurídicas eran un juicio categórico, para otros un juicio hipotético y para otros un juicio disyuntivo. No obstante lo dicho, esta clasificación presenta aún utilidad, debido a que si bien las normas jurídicas no son juicios, ellas pueden presentar la estructura de un juicio y otras características, que posibilitan un tratamiento lógico de las mismas, como efectivamente se hace con gran éxito, permitiendo un enorme desarrollo de la lógica jurídica y de la lógica deóntica. Por consiguiente, podría decirse que si bien las normas jurídicas no son un juicio categórico, tienen, en cambio, la estructura de un juicio categórico, o bien, tienen la estructura de un juicio hipotético, o bien, la estructura de un juicio disyuntivo.

Para clarificar estas ideas, veamos qué se entiende por cada uno de estos tipos de juicios, sobre la base de una clasificación de los mismos propuesta por Kant en su "Crítica de la Razón Pura" (1781). Apoyándose en Aristóteles, Kant clasificó a los juicios de acuerdo a siguientes cuatro criterios: según su cantidad, según su cualidad, según su relación, y, según su modalidad.

Desde estas cuatro perspectivas, sobre cuya base el autor recién nombrado clasificó a los juicios, a nosotros nos interesa sólo la referente a la categoría de relación. Conforme a ella, los subclasifica en: categóricos, hipotéticos y disyuntivos.

- a. - Juicios Categóricos: Son aquellos en que el predicado se atribuye incondicionalmente al sujeto. Ej: "todos los hombres son mortales". El predicado mortales se atribuye incondicionalmente, es decir, sin un supuesto o condición previa, al sujeto hombres.
- b. - Juicios Hipotéticos: Son aquellos en que el predicado se atribuye al sujeto bajo un supuesto o condición. Ej: "Si caliento un metal entonces se dilata". En este caso estamos atribuyendo el predicado dilata al sujeto metal, sólo bajo el supuesto o condición de que se lo caliente.

- c. - Juicios Disyuntivos: Son aquellos en que al sujeto se le atribuyen dos predicados (o más), pero uno en alternativa del otro. Ej: "Pedro es chileno o es argentino".

2. Algunas teorías sobre la estructura lógica de las normas jurídicas.

Se han formulado diversas teorías sobre cuál es la naturaleza lógica de las normas jurídicas. Nosotros haremos referencia sólo a las siguientes:

- a. La Teoría Tradicional
- b. La Teoría de Hans Kelsen
- c. La Teoría de Carlos Cossio
- d. La Teoría de Herbert Hart
- e. La Teoría de Ronald Dworkin

a. La Teoría Tradicional.

Esta teoría no puede ser atribuida a ningún autor en particular, porque es el resultado de una concepción de la norma jurídica del siglo XIX y principios del siglo XX. Postula que las normas jurídicas son, en el sentido lógico de la expresión un juicio categórico. Ello, porque conllevan un mandato incondicionado. Hoy, como se dijo, la gran mayoría no acepta este planteamiento, porque las normas no son juicios desde un punto de vista lógico. Por esta razón, algunos han reformulado la teoría a que estamos haciendo alusión sosteniendo que, si bien no son juicios tienen la estructura de un juicio categórico.

b. Teoría de Hans Kelsen (1881-1973).

La teoría de Kelsen sobre la estructura y naturaleza lógica de la norma jurídica es una de las más debatidas, y por ello también, una de las más conocidas en la actualidad. Formuló diversas exposiciones acerca de la misma a partir de la primera edición en alemán (1934) de su obra principal, "Teoría Pura del Derecho". Fue introduciendo con el tiempo cambios de relativa importancia, aunque siempre manteniéndose fiel, en lo básico, a su planteamiento inicial. Nosotros nos atendremos a lo que plantea en 1953 en una versión en francés de su obra recién nombrada, que contiene modificaciones en relación con la de 1934, y, sobre todo, a la segunda edición (1960) en alemán de esta misma obra, la que también presenta cambios respecto a las dos anteriores.

Para comenzar diremos que Kelsen distingue entre lo que denomina regla de Derecho y lo que llama norma jurídica. Las reglas de Derecho (a las que algunos llaman también proposiciones normativas) son las descripciones, es decir los estudios, que sobre el Derecho vigente, o si se quiere sobre las normas jurídicas vigentes, de un país encontramos en los distintos textos de estudio o manuales que lo exponen. Por ejemplo, un profesor de Derecho de nuestro país escribe un manual de Derecho civil en el que expone y analiza las normas que se contienen en nuestro Código Civil. Este manual se encuentra conformado por lo que Kelsen llama reglas de Derecho. Ellas no son obligatorias, no son normas jurídicas, sólo explican a los estudiosos cuál es el Derecho vigente en Chile. De éstas ahora no nos ocuparemos, vamos a pasar, entonces, a considerar el modo como entiende a las normas jurídicas.

Las normas jurídicas, en cambio, son las prescripciones que emanan de una autoridad, con facultades para dictarlas, destinadas a regular la convivencia humana y que están sancionadas por la fuerza. Las encontramos en los códigos, leyes, decretos de las autoridades administras, sentencias judiciales etc. Ellas son obligatorias, siempre conllevan un mandato respaldado por una sanción. Para Kelsen la norma jurídica tiene la estructura de un juicio hipotético, es decir la estructura de un juicio que atribuye un predicado a un sujeto bajo un supuesto o condición. Como es el caso del ejemplo propuesto, "si caliento un metal, entonces se dilata". Pero nos agrega en estas últimas versiones de su teoría que sólo tiene la estructura de un juicio, mas nos es propiamente un juicio. Para la primera versión en cambio era efectivamente un juicio. Añade también, que tiene la estructura de un juicio hipotético del deber ser, no del ser. Por tanto, el ejemplo anteriormente dado, que es el de un juicio del ser, un juicio sobre la realidad empírica, hayque reformularlo en términos del deber ser, para que así pueda mostrarnos exactamente la forma que adopta la norma jurídica en cuanto tiene la estructura del tipo de juicio que hemos indicado. En opinión de nuestro autor, una norma jurídica ha de formularse del siguiente modo: "El que mate a otro deberá ser sancionado con presidio mayor en su grado máximo". Las normas jurídicas, nos dice, presentan esta estructura, típica de un juicio hipotético del deber ser. En ellas podemos distinguir: a) un antecedente (que corresponde al sujeto de los juicios del ser en el planteamiento de Aristóteles), en el que se describe una conducta, en nuestro ejemplo, matar a otro; b) un consecuente (que corresponde al predicado en los juicios del ser), en el que se atribuye un

efecto, en este caso una sanción a dicha conducta, y; c) un nexos o cópula que une antecedente y consecuente, en nuestro ejemplo "deberá" (debe ser).

Alcanzado este punto, vamos a introducir la muy importante distinción, para Kelsen, entre normas jurídicas primarias y normas jurídicas secundarias. Normas primarias para este autor son aquellas que en su antecedente describen una conducta ilícita, como matar a otro, robar etc., y que en su consecuente atribuyen a esa conducta ilícita una sanción. Normas secundarias son aquellas que en su antecedente describen una conducta lícita y que en su consecuente atribuyen a esa conducta lícita un efecto jurídico que no es una sanción, por ejemplo, "el que compra una cosa, deberá pagar su precio". En este caso se describe en el antecedente una conducta lícita que es la de comprar algo. En el consecuente, se atribuye a esta conducta lícita un efecto jurídico que no constituye una sanción, como es el pagar el precio de la cosa vendida. Por último, haremos presente que para nuestro autor la norma jurídica verdaderamente importante, la auténtica norma jurídica, es la primaria, pues ella contiene el elemento sanción. La sanción, nos dice, es esencial en el Derecho, ya que no hay Derecho sin sanciones. Las normas secundarias, agrega, siempre son susceptibles de ser reformuladas en términos de normas primarias. En el caso de nuestro ejemplo de norma secundaria, ésta podría reformularse en la siguiente forma para quedar así expresada en términos de norma primaria: "si el comprador no paga el precio de la cosa vendida, deberá ser sancionado" (por ejemplo indemnizando los perjuicios que le causó al vendedor). En las primeras versiones de su doctrina sobre la norma jurídica sostuvo que había sólo una clase de normas secundarias, pero en la segunda edición alemana, de 1960, de su "Teoría Pura del Derecho", sostiene que existen diversas clases de ellas, cada una de las cuales cumple una función diferente.

Kelsen, no sólo respecto a su concepción sobre la norma jurídica, sino que en muchos tópicos de su teoría fue reiteradamente criticado desde las más diversas posiciones. Ello hizo, por una parte, que sus planteamientos alcanzaran una enorme difusión y, por otra, lo llevó a introducir en diversas oportunidades modificaciones a los mismos, aunque éstas rara vez fueron sustantivas. Una de esas modificaciones, consistió en cambiar su tesis que afirmaba que las normas jurídicas eran juicios (en la edición alemana de 1934 de su Teoría Pura del Derecho), para pasar a sostener que no lo eran, postulando en su lugar que sólo tienen la estructura de un juicio hipotético del deber ser. Pero, en relación con este último

planteamiento también se le formuló una crítica muy importante. Se le señaló que hacía referencia a unos presuntos juicios del deber ser, lo que constituye una contradicción, si se quiere un absurdo, pues los juicios del deber ser no existen. Ya que los juicios son descripciones de algo, el deber ser nada describe, lo que pretende encausar conductas, señalando específicamente que algo debe ser realizado.

C. Teoría de Carlos Cossio.

Este autor argentino, de gran importancia durante la segunda mitad del siglo XX se inspira para formular su concepción sobre el Derecho, incluida su teoría sobre la estructura lógica de la norma jurídica, en parte en la filosofía fenomenológica de Edmund Husserl y, en parte, en la doctrina de Kelsen, pero introduciendo también sus propias tesis originales. A su doctrina jurídica la denomina teoría egológica del Derecho. En lo que respecta a su concepción acerca de la norma jurídica, parte recogiendo la distinción kelseniana entre normas primarias y secundarias. Pero cambia la nomenclatura, pues pasa a llamar perinorma a la que Kelsen denominaba norma primaria y endonorma a la que este autor llamaba norma secundaria. Asimismo, critica a Kelsen por no otorgarles valor a las normas secundarias. La endonorma (o norma secundaria para Kelsen) tiene incluso mayor importancia que la norma primaria, porque describe conductas lícitas, que es lo normal en la vida social, es lo que realizan la inmensa mayoría de los hombres en una sociedad. Lo normal es que las personas ajusten sus conductas al Derecho. La perinorma, por el contrario, describe conductas ilícitas a las que atribuye una sanción. Estas conductas ilícitas no constituyen la generalidad o una mayoría de los actos que se realizan en la vida social, sino que la excepción.

Cossio sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica es la de *un juicio disyuntivo complejo, compuesto por dos juicios hipotéticos simples: la endonorma y la perinorma*. Conforman pues una estructura unitaria, enlazados ambos juicios por la conjunción "o". Recordemos que los juicios disyuntivos son aquellos en que se atribuyen al sujeto dos o más predicados, uno en alternativa del otro. En este caso, la perinorma se encuentra establecida en forma alternativa a la endonorma. El fundamento de esto radica en que una conducta desde el punto de vista jurídico tiene que ser forzosamente o lícita o ilícita. Pongamos, para explicarlo, un ejemplo: "el comprador debe pagar el precio de la cosa comprada, (endonorma), o, si no paga el precio debe ser sancionado" (perinorma).

d. Teoría de Herbert Hart.

Este importante jurista y filósofo del Derecho inglés de nuestro tiempo, plantea una interesante teoría sobre la naturaleza y estructura de la norma jurídica. La expone, en su obra "El Concepto de Derecho", partiendo de una crítica que acerca de este tópico formula a John Austin y a Hans Kelsen. Veamos lo que señala sobre el particular. Hart parte criticando la concepción que sobre las normas jurídicas propuso el jurista inglés del siglo XIX John Austin, para quien éstas son órdenes de un soberano respaldadas por amenazas, o lo que es lo mismo, respaldadas por una sanción consistente en la aplicación de la fuerza. Esta tesis del jurista recién nombrado es básicamente la misma que unas cuatro o cinco décadas después, ya en el siglo XX, formuló Hans Kelsen en los términos que hemos explicado. Es decir, aquélla que sostiene que la auténtica norma jurídica es la primaria porque conlleva el elemento sanción. Hart discrepa de este planteamiento, pues que afirma que un sistema u ordenamiento jurídico compuesto sólo por normas primarias, como lo postula el jurista vienés, es posible sólo en las sociedades primitivas, pero no en las civilizaciones más avanzadas, como por ejemplo en las sociedades contemporáneas. En efecto, si todas las normas existentes en un ordenamiento jurídico se limitaran sólo a disponer sanciones para los actos ilícitos, entonces se trataría de un ordenamiento estático, imposible de cambiar y, por tanto, de adaptarse a los avances de la sociedad. Por ello, en sociedades más desarrolladas se hace necesario poseer normas que permitan introducir cambios en las demás, es decir, que posibiliten cambiar el Derecho existente. En las sociedades actuales el concepto de norma de Austin, y también el de norma primaria de Kelsen, en opinión suya recoge la estructura fundamentalmente de las normas penales, pero no la de una gran cantidad de normas de los sistemas de hoy en día. Por ello termina afirmando que el Derecho no se compone sólo de reglas primarias, sino que también, además, de reglas secundarias. Tan es así, que una de las definiciones que da Hart de Derecho, sostiene que éste "consiste en la unión de reglas primarias y secundarias". Ahora bien, aquí debe hacerse presente que el concepto kelseniano y el haitiano de una y otra clase de normas, si bien en lo básico coinciden, tienen matices que los distinguen, pues Hart los reelaboró. Así, para este iusfilósofo reglas primarias son aquellas que imponen obligaciones, las que, obviamente, si no se cumplen conllevan una sanción. Prescriben a los individuos lo que estos deben hacer. Sobre lo que entiende por reglas secundarias nos proporciona dos conceptos diferentes, los que a nuestro parecer no son contradictorios sino que complementarios. En efecto, en primer lugar, dice que las reglas

secundarias no se ocupan directamente de lo que los individuos deben o no hacer, sino que de las reglas primarias. Luego, agrega que reglas secundarias son aquellas que confieren potestades (a contrario de las primarias que imponen deberes), tanto a los órganos públicos como a los individuos particulares. Potestades, por ejemplo, para crear o modificar otras normas. Nos señala que hay tres tipos de reglas secundarias: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

Reglas de reconocimiento son las que sirven para identificar qué normas forman parte de un determinado ordenamiento jurídico y cuáles no. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico chileno existen algunas normas que nos permiten señalar cuáles normas son Derecho chileno. Es el caso, entre otros, a nuestro entender, del artículo 7° del código civil que señala que las leyes chilenas deben publicarse, por regla general, en el Diario Oficial. Por tanto, podríamos concluir que aquellas leyes que se publican en el Diario Oficial de Chile son leyes chilenas. Asimismo, a nuestro parecer, pertenecerían también a la categoría de las reglas de reconocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico, algunas normas de la Constitución sobre el proceso de formación de la ley, aunque aquí podría discutirse, si son también reglas de cambio.

Estas últimas, las reglas de cambio, nos dice Hart, son las que confieren potestades a los funcionarios y a los particulares, para en ciertas condiciones crear reglas primarias. Por ejemplo, en Chile, entre muchas otras, serían las normas que facultan al Presidente de la República para dictar decretos y reglamentos, o al poder legislativo para dictar leyes, o a los particulares para celebrar actos y contratos. Estas normas, de acuerdo a nuestro autor, permiten dinamizar el ordenamiento jurídico para que las reglas primarias cambien en el sistema.

Las regla de adjudicación, son las que atribuyen facultades a ciertas personas, los jueces, para que determinen si en una ocasión específica, se ha infringido o no una regla primaria. Si no existieran estas reglas, que permiten establecer cuando se ha infringido el Derecho, habría una gran inseguridad jurídica.

e. **Teoría de Ronald Dworkin.**

Este jurista norteamericano actual, expone su teoría en su obra "Los Derechos en Serio", en la cual vuelve a formular una postura iusnaturalista sobre el Derecho, después del

amplio dominio del positivismo y del realismo jurídico en Estados Unidos. Señala este autor, que el Derecho vigente en un determinado país está compuesto por principios y por normas positivas. Es decir, no sólo integran el Derecho las normas jurídicas propiamente tales, sino que también lo conforman ciertos principios anteriores y superiores a las normas positivas, tales como la justicia, la igualdad, la libertad, el bien común.

Esta tesis no es tan novedosa como parece, ya que fue formulada por Aristóteles, quien afirmó que el Derecho natural existe dentro del Derecho positivo. También la han sostenido muchos otros autores, entre ellos, en opinión nuestra Rodolfo Stammler, para quien los principios del Derecho justo orientan a todo Derecho positivo.

2. Un concepto de norma jurídica propuesto desde una perspectiva lingüística.

Desde esta perspectiva, vamos a decir que "norma jurídica es una prescripción que emana de una autoridad con facultades para dictarla, destinada a regular la convivencia entre los hombres y que se encuentra respalda por una sanción consistente en el ejercicio de la fuerza establecido por ella misma". Añadiremos que en este concepto se encuentran incluidas las ya mencionadas características de bilateralidad, heteronomía, coercibilidad y exterioridad, propias de toda norma jurídica.

CAPITULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO

Comenzaremos diciendo que la expresión fuentes del Derecho, al igual que tantas otras, no tiene un solo significado, sino que muchos. Nosotros destacaremos aquí los siguientes:

1. Fuentes del Derecho como fuentes materiales del Derecho.
2. Fuentes del Derecho como fuentes de producción del Derecho.
3. Fuentes del Derecho como fuentes de conocimiento del Derecho.
4. Fuentes del Derecho como fuentes históricas del Derecho.
5. Fuentes del Derecho como fuentes formales del Derecho.

De todos estos significados que vamos a considerar de la expresión fuentes del Derecho el que mayor importancia reviste, desde un punto de vista jurídico, es el de fuentes formales. Más adelante tendremos la oportunidad de señalar que éstas son las propiamente jurídicas, por ello las que vamos a estudiar con mayor detención.

1. **Fuentes materiales del Derecho:**

Entenderemos por fuentes materiales del Derecho al conjunto de factores políticos, sociales, económicos, culturales, etc. que motivan la dictación de normas jurídicas e influyen en su contenido. Por ejemplo, si una determinada zona del país se encuentra despoblada, esto puede llevar a la conclusión de que es necesario que se dicten algunas leyes que tengan por objeto la radicación de personas en esos lugares. O, por ejemplo, supongamos que existe inflación, entonces por razones económicas se hace necesario que se dicte una ley reajustando sueldos y salarios. En estos casos, como se puede notar, es una realidad social y económica la que motiva la dictación de esas leyes e influye en su contenido. Las fuentes materiales son innumerables, tantas como hechos se dan en la vida social de un pueblo. Por ello, no es posible formular una enumeración completa de las mismas.

2. **Fuentes de producción del Derecho:**

Entenderemos por fuentes de producción del Derecho a los diversos órganos que producen o crean normas jurídicas. Sobre el particular debemos hacer presente que diversos órganos de las más diversas clases, sean ellos públicos o privados, dentro de la esfera de sus atribuciones, producen normas jurídicas. Por ejemplo, del Poder Legislativo emanan una determinada clase de normas que se denominan leyes. Otro órgano del cual emanan normas jurídicas, es el Poder Ejecutivo cuya autoridad máxima es el Presidente de la República, quien tiene la facultad de dictar decretos, reglamentos e instrucciones. Del Poder Judicial emana una clase de normas denominadas sentencias judiciales. Al respecto se debe señalar que este tipo de normas sólo obligan a las partes que han intervenido en la causa en que se pronuncia dicha sentencia (efecto relativo), según lo dispone el inciso 2 del art. 3 del C.C. Además el Poder Judicial dicta otra clase de normas jurídicas que son los autos acordados, como por ejemplo el auto acordado del recurso de queja o del recurso de protección.

Pero las normas jurídicas no sólo emanan de los órganos del Estado, sino que también de instituciones privadas e incluso de individuos particulares. Por ejemplo, una Universidad (supongamos que se trata de una Universidad privada) dicta normas para su funcionamiento interno, como lo son los estatutos, los reglamentos internos, etc. Las personas naturales también crean normas jurídicas, por ejemplo, cuando celebran contratos. En nuestro ordenamiento jurídico el art. 1545 del C.C el que dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes ". De loque expresa se deduce que los contratos constituyen normas jurídicas obligatorias (o ley) para las partes que los celebran.

3. **Fuentes de conocimiento del Derecho:**

Vamos a entender por fuentes de conocimiento a todos aquellos medios, tales como documentos, instrumentos, escritos de todo tipo y otros, en los que el Derecho se encuentra consignado, y podemos informarnos acerca del mismo. Por ejemplo, el Derecho se encuentra consignado en medios como libros, documentos de diversas clases, revistas, etc., en los que tomamos conocimiento de él. Los ordenamientos jurídicos que tuvieron vigencia en tiempos pretéritos han llegado hasta nosotros a través de documentos como manuscritos, papiros, etc. Por supuesto que estos documentos originales (conservados normalmente en archivos y museos), han sido reproducidos en medios modernos.

En la actualidad se están empleando medios más sofisticados para almacenar la información relativa al Derecho. Específicamente se están empleando medios informáticos. Por ejemplo, el banco de datos legislativos del Congreso Nacional; el banco de datos de la Contraloría General de la República; el banco de datos del Diario Oficial, que ha hecho interesantes esfuerzos en orden a almacenar jurisprudencia. Asimismo muchas Universidades están informatizando sus bibliotecas de Derecho.

Es interesante que mencionemos también a diversas revistas de Derecho que se publican en Chile, en las que se contiene gran cantidad de información jurídica, principalmente sentencias de los tribunales, y artículos de diversos autores. Entre esas revistas podemos destacar la "Gaceta de los Tribunales" que comenzó a publicarse el año 1847, y dejó de hacerlo en 1950 cuando se fusiona con la revista de "Derecho y Jurisprudencia"; esta última es considerada la revista jurídica más importante de nuestro país. En ella se publican tanto artículos doctrinarios y científicos, como sentencias de los tribunales. Podemos mencionar también la revista "Fallos del Mes", y la "Gaceta Jurídica". Asimismo debe destacarse que la mayor parte de las Facultades de Derecho existentes en Chile suelen también publicar una revista, como por ejemplo, la revista de Derecho de nuestra Facultad, la revista de la pontificia Universidad Católica de Chile, etc.

4. **Fuentes históricas del Derecho:**

Entenderemos por éstas, a los ordenamientos jurídicos anteriores en el tiempo que han influido en la formación de un ordenamiento jurídico posterior. Por ejemplo, puede decirse que son fuentes históricas del ordenamiento jurídico chileno el ordenamiento jurídico romano, el español, y el francés.

5. **Fuentes formales del Derecho:**

De las distintas clases de fuentes del Derecho a que estamos haciendo referencia, las fuentes formales son las propiamente jurídicas y, por lo mismo, son las de mayor relevancia para nosotros. Por esto, desde aquí en adelante, salvo que se diga otra cosa, cada vez que utilicemos la expresión fuentes del Derecho estaremos haciendo alusión a las fuentes formales.

Vamos a conceptualizar a las fuentes formales diciendo que son los modos o formas que el Derecho tiene de manifestarse, agregando que, el Derecho se manifiesta en la forma de

normas jurídicas. Por consiguiente, fuentes formales son las mismas normas jurídicas, pero consideradas desde la perspectiva de su origen.

6. **Estudio de las fuentes formales en particular**

Teniendo en consideración lo señalado, mencionaremos las principales fuentes formales del Derecho, conforme a lo que sostiene mayoritariamente la doctrina en Chile. Estas son:

1. La ley o legislación.
2. La costumbre jurídica.
3. La jurisprudencia de los tribunales de justicia y de otros órganos jurisdiccionales.
4. La doctrina.
5. Los actos jurídicos de los particulares.
6. Los actos de las personas jurídicas.
7. Los tratados internacionales.
8. Los principios generales del Derecho.
9. La equidad.

7. **La ley o legislación:**

7.1 Acepciones de la palabra ley, considerando su extensión o amplitud.

La primera fuente formal del Derecho que vamos a considerar es la ley o legislación. El término ley se suele entender en distintos sentidos según sea la amplitud con la cual se lo utiliza. En este caso vamos a distinguir tres sentidos distintos de la palabra que ahora nos ocupa. Así, consideraremos un sentido amplísimo de la palabra ley, otro amplio y uno restringido o estricto.

7.1.1. **Ley en sentido amplísimo:** En un sentido amplísimo el término ley es utilizado como sinónimo de norma jurídica, o sea, bajo esta palabra se pretende incluir a toda norma jurídica. Esta acepción amplísima de ley es muy poco utilizada hoy en día, sólo se la emplea excepcionalmente. Hasta fines del siglo XVIII, en cambio, el sentido amplísimo de la palabra ley era el más frecuentemente utilizado.

7.1.2. **Ley en sentido amplio:** Cuando empleamos la palabra ley en este sentido, se está restringiendo el significado del término. Por ley en sentido amplio se suele entender a todas

las normas jurídicas de origen estatal, que se encuentren consignadas por escrito, con la sola excepción de las sentencias de los tribunales. De este modo en el concepto de ley en sentido amplio se incluye a la Constitución Política del Estado, a las leyes propiamente tales, a los tratados internacionales, a los decretos, los reglamentos, y demás resoluciones de las autoridades políticas y administrativas. No se incluyen, como se dijo anteriormente, las sentencias de los tribunales, los actos jurídicos de los particulares (no tienen origen estatal), ni tampoco la costumbre jurídica, pues esta no se encuentra consignada por escrito y porque, además, es muy dudoso considerar que tenga origen estatal.

Debemos advertir que con cierta frecuencia algunos juristas chilenos, cuando se refieren a la ley como fuente formal del Derecho, le están asignando a la palabra este sentido amplio. Esto parece ser una consecuencia de la gran influencia que ha tenido en nuestro país la escuela de la exégesis, para la cual la única fuente formal del Derecho es la ley.

Como en la acepción de ley en sentido amplio se incluye también a la Constitución Política de La República, dada su importancia, ya que se trata de la norma de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico, proporcionaremos un concepto de lo que se entiende por tal. La palabra Constitución proviene de la expresión latina "constitutio", que significa disposición, organización. En un sentido genérico, constitución expresa la manera en que se encuentra conformado algo, la estructura de un ser cualquiera. Para el profesor Hernán Molina en sentido formal e instrumental, la Constitución "es la norma jurídica fundamental y predominantemente escrita, que regula de manera sistemática el Estado, su gobierno, los derechos fundamentales de las personas, y que tiene supremacía" (sobre las demás normas del ordenamiento).⁸

7.1.3. **Ley en sentido restringido:** En un sentido restringido o estricto, vamos a conceptualizar a la ley diciendo que, es una norma jurídica que emana del Poder Legislativo y que cumple con los requisitos que exige la Constitución Política del Estado para nacer a la vida del Derecho.

El concepto de ley que acabamos de dar se aproxima bastante a la definición que de ella nos da el Código Civil en su artículo 1º. Pensamos que sería muy bueno que la doctrina jurídica

⁸ Molina. Hernán. "Derecho Constitucional". Universidad de Concepción, Concepción 1993.

chilena comenzara a generalizar el uso de la palabra ley con este sentido estricto, ya que con eso se evitarían muchos problemas de aplicación e interpretación del Derecho.

En el Ordenamiento Jurídico Chileno, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, se distinguen diversas categorías de leyes en sentido estricto (la Constitución de 1925 no efectuaba esta distinción), atendiendo a su importancia. Estas son las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quorum calificado, las leyes simples o comunes, y, los decretos con fuerza de ley.

7.2 Algunas definiciones de ley.

Dar una definición de ley, así como definir cualquier concepto en materias de Derecho, es una tarea difícil. Basta con recorrer la historia, para advertir que han sido muchos los autores que han intentado definir lo que debe entenderse por ley. Todas ellas están en directa relación con la concepción que cada uno tiene acerca del Derecho. Revisemos algunas de esas definiciones:

a. **Aristóteles** nos dice que *la ley es el común consentimiento de la polis*⁹. La ¿definición dada por Aristóteles ha sido bastante criticada, porque, al menos a primera vista, pareciera no considerar el elemento normativo, esencial en toda ley. En efecto, no se efectúa ningún alcance a éste. Pues falta que se señale, de alguna manera, que la ley" tiene por finalidad encausar la conducta de los hombres. Esta definición abiertamente da preponderancia al consenso ciudadano, a un consentimiento que, al parecer de muchos, no puede por sí sólo transformarse en norma jurídica, manteniéndose únicamente en el ámbito de la coincidencia de opiniones.

b. **Gayo**, jurista romano del siglo II de nuestra era, la define, en una obra suya denominada *Las Instituciones*, diciendo que, *ley es aquello que el pueblo manda y establece*¹⁰. Objetivamente hablando, no refleja a cabalidad la presencia de un elemento normativo, pero en todo caso, es mucho mejor que la comentada definición esbozada por Aristóteles. Si hacemos un esfuerzo interpretativo podría decirse que Gayo, al utilizar la expresión "manda", está haciendo implícitamente alusión al elemento normativo, dado que el mandar tiene por

⁹Citada por Hervada Javier. "Lecciones Propédeuticas de Filosofía del Derecho". Editorial Eunsu. Pamplona, 1992

¹⁰Gayo. "Instituciones". Editorial Cívitas, Madrid, 1990.

finalidad regular y encauzar conductas. Aunque, cuestión muy importante, no indica hacia donde han de encausarse esas conductas.

c. **Santo Tomás de Aquino** (1224-1274). Teólogo y filósofo cristiano del siglo XIII, en su obra *La Suma Teológica*, primera parte de la segunda parte cuestión 90, nos dice que la ley humana positiva, *"es la prescripción de la razón en favor del bien común, dada y promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad"*. Además de la ley humana positiva, este pensador, sostiene que existe la ley eterna, la ley natural y la ley divina. Ahora bien, no se trata de clases de leyes absolutamente distintas y totalmente separadas. Por el contrario, como lo haremos notar más adelante, se encuentran íntimamente conectadas.

d. **Definición de ley de Marcel Planiol:** *"Ley es una regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza"*¹¹. La definición que ahora comentamos ha tenido amplia acogida en la doctrina jurídica chilena, principalmente dentro de los profesores de Derecho civil. Ello probablemente es así, porque Planiol fue uno de los más grandes civilistas de Francia en el siglo XX. Sabemos la fuerte influencia que ha tenido Derecho francés en nuestro Derecho civil. No obstante, si analizamos con cierta detención este concepto, vemos que se aparta de lo que en nuestro ordenamiento se entiende por ley en sentido estricto, ya que incluye una serie de normas de origen estatal que no son leyes en esta acepción. A nuestro entender, sólo parecen quedar excluidas del concepto de ley de Planiol las normas consistentes en los actos jurídicos de particulares y la costumbre, por no emanar de la autoridad pública. Considerando la definición de ley que ahora nos ocupa, estimamos que ella, explícita o implícitamente, presenta las siguientes características:

1º La ley es una regla social. Con ello nos quiere decir que tiene por finalidad regular la conducta de los hombres en sociedad. Al estudiar las normas jurídicas, tuvimos oportunidad de indicar que esta es una característica que poseen todas ellas.

2º La ley es obligatoria. Esto significa que encausa y dirige los actos **de** las personas, prescribiendo una determinada conducta. No tiene por : '3jetivo describir conductas, sino que encausarlas.

¹¹Planiol, Marcel. *"Traité Élémentaire de Droit Civil"*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1925

3° La ley tiene carácter permanente. Ello quiere decir que se dicta para que dure o tenga vigencia indefinidamente en el tiempo. Por supuesto que al señalar que la ley es permanente, no quiere significarse que vaya a durar para siempre, pues ninguna obra humana tiene ese carácter, sino simplemente quiere expresar que su duración es indefinida. De todas las características que Planiol le atribuye a la ley, quizás esta sea la que presenta más excepciones, pues un buen número de leyes no la posee. No cabe ninguna duda de que la mayor parte de ellas se dictan para que tengan una duración indefinida, pero en múltiples ocasiones, es necesario dictar algunas que no tienen tal carácter, sino que poseen una duración claramente definida. Más aún, en algunos casos es deseable que así sea. Pensemos por ejemplo, en las leyes de presupuesto, cuya duración es conveniente que sea anual.

4° La Ley es establecida por la autoridad pública. Respecto a esta afirmación de Planiol, debe hacerse presente que son muchas las normas jurídicas que emanan de la autoridad pública, no sólo las leyes en sentido estricto. Así por ejemplo, los decretos y reglamentos que dicta el Presidente de la República, son normas jurídicas que emanan de una autoridad pública, lo mismo puede decirse de los decretos alcaldicios, de las sentencias judiciales y de diversas otras normas. Las leyes en sentido estricto emanando de un determinado poder del Estado es decir, de una determinada autoridad pública, que es el poder legislativo.

5° La Ley es sancionada por la fuerza. Ya hemos dicho en otras oportunidades, que para la mayoría de los autores el Derecho es coercible, que las normas jurídicas, para asegurar su cumplimiento, se encuentran respaldadas por la fuerza ejercida por los órganos del Estado. Planiol sustenta esta idea señalando que la ley se encuentra sancionada por la fuerza.

6° La Ley se presume conocida. Esta es una característica que no se encuentra de manera expresa en la definición, pero puede deducirse de ella. Ya desde el Derecho romano, y con mayor fuerza en la actualidad, se ha venido dando la explicación por la cual la ley (y el Derecho en general) se presume conocida por todos, no permitiéndose alegar ignorancia de la misma. Se trata de una razón de seguridad jurídica, ya que si se permitiera alegar ignorancia de la ley y con ello excusar su cumplimiento, casi nadie en los hechos la cumpliría, pues bastaría aducir su desconocimiento para de este modo eximirse de las obligaciones que impone, convirtiendo al sistema jurídico en un mecanismo inoperante e ineficaz. El principio que ahora comentamos, que es de aceptación universal, también se encuentra consagrado

en nuestro ordenamiento jurídico. Los preceptos más importantes que lo recogen son el artículo 8º del código civil, el cual expresa que, "nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia". También, el artículo 706 del mismo código al señalar que, "pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". Y, por último, el artículo 1452 del referido cuerpo legal cuando dispone que, "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Terminaremos el análisis del principio que ahora nos ocupa, recordando una observación que siempre se efectúa respecto del mismo. Esta hace notar que la presunción de conocimiento de la ley es simplemente eso, una presunción, y para algunos incluso una acción, que se impone como se dijo por razones de seguridad jurídica. Por consiguiente, no se trata de algo real y efectivo. En efecto, en los hechos ninguna persona conoce todas las leyes y todas las normas jurídicas vigentes en un determinado ordenamiento. Ello es imposible dado su elevadísimo número. Conocerlas todas sería exigirle demasiado a la mente humana, incluso para el mejor de los juristas. Lo que ocurre es que se conocen algunas, normalmente las más relevantes, pero lo importante, se afirma, es saber cómo buscar aquellas normas de las que no se tiene un conocimiento preciso.

7º La ley es general. Es decir, se aplica a un número indeterminado de personas y casos. Esto es así en principio, pues en algunas oportunidades se dictan leyes destinadas a regular situaciones particulares o específicas.

e. **Definición de ley del Código Civil.-** "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Esta definición, en cierta manera recuerda la que formuló el jurista romano clásico Modestino, para quien la ley manda, prohíbe, permite o castiga. Pero también en parte recuerda los ideales de los juristas y filósofos de la Ilustración (s.XVIII), para quienes era clave en materias de política, filosofía y Derecho, el concepto de voluntad soberana. Asimismo, esta definición sostiene que para que sea ley, una declaración de la voluntad soberana debe manifestarse en la forma que la Constitución lo indica. Se le ha criticado que diga que se trata de una declaración, pues lo cierto es que se trata no de una declaración, sino que de una prescripción de la voluntad soberana. Asimismo, diremos que la definición que comentamos

no le señala a la ley una finalidad, pues se limita a decir que manda, prohíbe o permite, sin proporcionar ninguna indicación sobre aquello que se manda, sobre lo prohibido o sobre lo permitido. Por último, haremos la observación que de ella se extrae una clasificación de las leyes, que comentaremos posteriormente, que distingue entre leyes imperativas, prohibitivas y permisivas (o facultativas).

7.3. **Clasificaciones de las leyes.**

Las leyes se pueden clasificar de diversas maneras, dependiendo de cual sea el punto de vista que se considere. En esta oportunidad nos atendremos a los siguientes:

1. Clasificación de las leyes considerando el tipo de fuerza obligatoria que poseen (clasificación desde un punto de vista gramatical).
 2. Clasificación de las leyes según su importancia.
 3. Clasificación de las leyes según su duración.
 4. Clasificación de las leyes según su extensión
 5. Clasificación de las leyes según la materia que regulan.

7.3.1 **Clasificación de las leyes considerando el tipo de fuerza obligatoria que poseen (clasificación desde un punto de vista gramatical).**

En Chile, la clasificación que ahora consideramos, siguiendo una doctrina jurídica tradicional de origen extranjero, se ha entendido que constituye una clasificación de las leyes formulada desde lo que se denomina "un punto de vista gramatical", aquélla que se infiere de la definición del artículo 1º de nuestro Código Civil, cuando expresa que la ley manda, prohíbe o permite. Se argumenta que esto es lo que señala la letra de la norma recién aludida, por consiguiente ateniéndonos a su tenor literal, es decir al elemento gramatical, encontramos la clasificación que distingue entre leyes imperativas, prohibitivas y permisivas o facultativas. Asimismo, se argumenta que desde un punto de vista gramatical aquellas leyes cuya letra, texto o tenor literal conllevan un mandato (en sentido estricto) son imperativas, aquellas que impiden absolutamente la realización de un acto son prohibitivas y aquellas otras que permiten que un acto se lleve a cabo son permisivas o facultativas. Este último parece ser el argumento de don Luis Claro Solar, quien no dice expresamente que esta es una clasificación hecha desde el punto de vista gramatical, pero parece insinuarlo cuando en el volumen

primero de sus "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", luego de señalar que toda ley en el fondo es imperativa, agrega "Pero las leyes toman a veces con preferencia la forma imperativa, otras la forma prohibitiva, y otras se limitan a declarar un derecho o permitir una cosa" (pág.28). Esta forma que nos permite distinguir entre los tres tipos mencionados de leyes, sería su forma gramatical. Efectivamente, esta es una antigua clasificación que viene proponiéndose con respecto a las leyes ya desde los tiempos del jurista romano Modestino (quien señaló que de acuerdo a su virtud o fuerza la ley manda, prohíbe, permite o castiga), reiterándose a lo largo de toda la historia hasta nuestros días. Hoy, goza de amplia aceptación porque existen razones importantes para ello, según luego pasaremos a exponer. Lo que resulta cuestionable es sostener que la presente clasificación se formula desde un "punto de vista gramatical". Estimamos que en la base de esta clasificación hay bastante más que la sola letra de la norma, pues si se dice que la ley manda, prohíbe o permite, lo que se está señalando es que éste es, al menos uno, de sus sentidos o significados. Pues nos está precisando la fuerza del mandato que conlleva toda ley o norma jurídica. Por consiguiente, a esta perspectiva clasificatoria de las leyes preferimos no denominarla "desde un punto de vista gramatical", sino que optamos por emplear otra nomenclatura que sea más adecuada, como por ejemplo la que utiliza, cuando clasifica a las normas, el experto en lógica deóntica Henrik von Wright, quien nos dice en su obra "Norma y Acción", que atendiendo a su carácter las normas se clasifican en imperativas, prohibitivas y permisivas, o, la que utiliza el gran civilista francés Gabriel Marty, en el tomo I de su obra "Droit Civil" en que señala que esta es una clasificación que se formula considerando los "grados en la fuerza obligatoria de la ley". Sobre este particular, resulta interesante destacar que un gran filósofo y lógico contemporáneo como es von Wright y un gran jurista contemporáneo como es Marty, vuelvan a un planteamiento del Derecho Romano Clásico, así como lo propuso Modestino, para quien de acuerdo a su virtud, o lo que es lo mismo su fuerza obligatoria, la ley manda, prohíbe, permite o castiga.

Teniendo lo anterior presente, tratemos ahora de dar un concepto de lo que se entiende por leyes imperativas, prohibitivas y permisivas. Pero antes de explicar en qué consiste cada una, hay que hacer notar que toda ley, toda norma jurídica, es imperativa, en el sentido que contiene un mandato. Por consiguiente, distinguiremos entre leyes imperativas en un sentido amplio y leyes imperativas en un sentido restringido. A las que hace referencia el artículo primero del código civil, cuando dice que la ley manda, es a las leyes imperativas en un

sentido restringido. A ellas las conceptualizaremos más adelante, ahora vamos a considerar a las imperativas en un sentido amplio. En este significado amplio, decíamos, que toda ley es imperativa. Incluso las leyes permisivas o facultativas también lo son, pues contienen un mandato, que va dirigido no al titular de la facultad, quien podrá ejercer o no su derecho según lo decida libremente, sino al resto de los miembros de la sociedad para que no le impidan u obstaculicen el ejercicio del mismo. Por ejemplo, todas las personas tienen la facultad de transitar libremente por las calles, nadie puede arbitrariamente impedir el ejercicio de este derecho. Hay un mandato que así lo establece.

Teniendo en cuenta lo que acaba de expresarse, intentaremos conceptualizar ahora lo que en nuestra doctrina se entiende por leyes imperativas (en sentido estricto), prohibitivas y permisivas.

a. **Leyes imperativas:** Son aquellas que mandan o prescriben la realización un determinado acto, señalando también, según sea el caso, los requisitos que deben cumplirse para llevarlo a cabo. Ordenan hacer algo.

b. **Leyes prohibitivas:** Son aquellas que impiden absolutamente y bajo todo respecto o circunstancia la realización de una determinada conducta o acto. Ordenan no hacer algo. En el campo del derecho privado, la realización de un acto prohibido por la ley conlleva como sanción (sin perjuicio, si es procedente alguna otra) la nulidad, estimándose que se trata de una nulidad absoluta. Así lo señala el Artículo 10 del código civil. *"Los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención"*. En otros campos del Derecho, dependiendo de los casos, junto con anularse los actos prohibidos por la ley, suelen implicar otro tipo de sanciones propias de esos ámbitos. Por ejemplo, en el Derecho penal, pueden conllevar una pena de privación de libertad u otra.

c. **Leyes Permisivas o facultativas:** Son las que permiten o facultan la realización de una determinada conducta o acto. Como las que facultan para celebrar un contrato, o para transitar libremente por las calles, o para emitir libremente una opinión, etc.

7.3.2 **Clasificación de las leyes según su importancia:**

Teóricamente, la importancia a que se refiere esta clasificación vendría dada por la jerarquía que tienen las diversas leyes. Se supone que las de mayor jerarquía son más importantes que las de rango inferior. Pero en nuestro ordenamiento jurídico esto no es exactamente así, en principio en él todas las leyes poseen exactamente la misma jerarquía, salvo las leyes interpretativas de la Constitución que son las únicas que se consideran con un rango más alto que las demás, por las razones que luego explicaremos. Por lo dicho, vamos a sostener que en el ordenamiento jurídico chileno, la mayor o menor importancia de las leyes se debe a que la Constitución en ciertas materias específicas, que ella señala, indica cuáles deben ser reguladas por leyes que requieren de mayorías más altas, en la votación parlamentaria, que las que exigen las leyes simples o comunes, para su aprobación, modificación o derogación. Esta es la clave entre nosotros, además de algunos otros requisitos formales, para determinar la distinta importancia de las leyes.

La Constitución política de 1925 no distinguía clases o categorías dentro de las leyes. Existían simplemente las leyes sin efectuar diferenciaciones entre ellas. Fue la Constitución de 1980, que siguiendo tendencias del Derecho constitucional moderno, introdujo entre ellas las distinciones que estamos considerando. Así, ahora nos encontramos con que existen las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quorum calificado y las leyes simples o comunes. A éstas hay que añadir todavía los decretos con fuerza de ley. Veamos en qué consiste cada una, dejando sólo para una consideración posterior a los decretos con fuerza de ley.

a. **Leyes interpretativas de la Constitución.**

Como su nombre lo indica, son aquéllas que tienen por finalidad interpretar a un precepto de la Constitución. Mucho se discute, doctrinariamente, si la Constitución puede ser interpretada mediante una ley, o bien, esta tarea debe realizarse a través de una norma constitucional, lo que en el fondo conlleva una reforma a la misma. Pero entre nosotros este es un problema mucho más teórico que práctico, pues para aprobar una ley interpretativa de la Constitución, se exigen las mismas mayorías (salvo en el caso de algunos capítulos de ésta en que se requieren mayorías un poco más altas) que las que se necesitan para aprobar un proyecto de reforma constitucional. Las leyes interpretativas de la Constitución requieren para su aprobación, modificación o derogación, de un quorum de los 3/5 (60%) de los senadores y diputados en ejercicio (art. 66 inciso 1° de la CP). Asimismo, conviene tener presente, que

una vez aprobada por el Congreso una ley interpretativa de la Constitución, y antes de su promulgación', debe obligatoriamente ser enviada al Tribunal Constitucional, para que éste examine y se pronuncie si se atiene o no a la Constitución. Por último, vamos a recordar que de todas las clases de leyes que se distinguen en nuestro ordenamiento jurídico las únicas que poseen una jerarquía más alta, son las ahora consideradas leyes interpretativas de la Constitución. El resto, como se indicó, tienen todas el mismo nivel jerárquico. Ello es así porque las leyes recién aludidas fijan el sentido de las normas de la Constitución. Hay quienes formulan sobre el particular todavía un argumento más fuerte, afirmando que como se trata de leyes interpretativas deben entenderse incorporadas a la Constitución.

b. **Leyes orgánicas constitucionales:**

En doctrina, se suele entender por leyes orgánicas constitucionales a una cierta clase de leyes de rango superior a las comunes, que tienen por finalidad regular la estructura y funcionamiento de ciertos órganos e instituciones importantes del Estado, tales como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, las Fuerzas Armadas etc. En Chile, ello no es exactamente así. Sabemos, en primer lugar, que estas leyes no son superiores en rango a las comunes, sino que poseen la misma jerarquía que éstas. En segundo lugar, es la propia Constitución la que indica precisamente qué materias deben regularse por medio de una ley orgánica constitucional. Sobre el particular hay que hacer presente que la Constitución señala dieciséis casos de materias que han de ser reguladas por este tipo de leyes. Según el artículo 66 inciso segundo de la Constitución, las leyes a que ahora hacemos referencia requieren para su aprobación, modificación o derogación de un quórum igual o superior a las 4/7 partes (57,1%) de los diputados y senadores en ejercicio. Asimismo, los proyectos relativos a estas leyes una vez aprobados en el Parlamento, y antes de su promulgación, deben obligatoriamente ser enviados al Tribunal Constitucional, para que este proceda al pertinente control previo de constitucionalidad de los mismos.

c. **Leyes de quórum calificado.**

Igual que en la situación de las leyes orgánicas constitucionales, es la propia Constitución la que señala los casos en que ellas deben dictarse para regular las materias que indica, las que se supone que son de mayor importancia que aquellas que son reglamentadas por leyes simples o comunes. Con todo, hay que hacer presente que su rango normativo es el mismo

que el de éstas. En once oportunidades la Constitución indica qué materias deben regularse por leyes de quórum calificado, como por ejemplo es el caso de las leyes que conceden indultos generales y amnistías. Lo más relevante que debe destacarse acerca de ellas es lo que dice nuestra Carta Fundamental sobre las mayorías que se requieren para aprobarlas, modificarlas o derogarlas. Al respecto se expresa lo siguiente, en el inciso tercero de su artículo 66, "Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio".

d. **Leyes simples o comunes:**

Son todas las demás que no se encuentran en las categorías anteriormente mencionadas. En consecuencia, la inmensa mayoría de las leyes que rigen en nuestro país pertenecen a esta clase. Para su aprobación, modificación o derogación requieren de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara. Nótese bien, se trata de la mayoría de los miembros presentes en la sala en el momento de la votación en la Cámara respectiva (art. 66. Inc.4° de la CP), no de los miembros en ejercicio como se exigía en el caso de las leyes anteriores. Con todo, hay que tener presente lo que expresa el artículo 56 de la Constitución, cuando señala que "La Cámara de Diputados y el Senado no podrán entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio".

7.3.3. **Clasificación de las leyes según su duración. De acuerdo a su duración vamos a clasificar a las leyes en permanentes, temporales y transitorias.**

a. **Leyes Permanentes:** Son aquellas dictadas para durar indefinidamente en el tiempo. Mantienen su vigencia hasta que son derogadas o se les pone término por alguno de los medios que se contemplan para hacerlas cesar. La regla general es que todas las leyes tengan este carácter de permanentes, es decir, que sean de duración indefinida en el tiempo. La excepción es que posean la condición de temporales o transitorias.

b. **Leyes Temporales:** Se dictan para que rijan durante un período de tiempo que ha sido prefijado o predeterminado. La misma ley fija un plazo o establece una condición que indica hasta cuando ella va a tener vigencia. En la mayor parte de los casos de leyes

temporales lo que se fija es un plazo de duración. Por ejemplo, las leyes anuales de presupuesto, algunas leyes de carácter tributario, etc. Excepcionalmente se señala una condición, como por ejemplo cuando se dicta una ley que ordena construir un monumento a una personalidad histórica, una vez concluida la obra, se entiende que se ha cumplido la condición para la que ella se dictó, por ello también se entiende, que cesa su vigencia.

c. **Leyes Transitorias**

Son leyes que regulan las situaciones que se producen como consecuencia de un cambio de legislación en determinadas materias. Como por ejemplo, ¿qué ocurre con una relación jurídica que nació a la vida del Derecho bajo la vigencia de una determinada ley, pero que produce sus efectos bajo el imperio de otra? Puede ser el caso de un contrato de compraventa que se celebra bajo la vigencia de una ley, pero las partes acuerdan que el precio de la cosa vendida se pague un año después de la fecha en que se celebró dicho contrato. Supongamos, asimismo, que transcurridos seis meses contados desde la fecha recién indicada entra en vigencia una nueva ley que regula de manera distinta, a como lo hacía la antigua, el contrato de compraventa. En este caso la pregunta es, ¿por qué ley se rige el pago del precio pendiente? Si por la ley vigente en el momento de celebrarse el contrato, o bien, por la ley vigente en que el precio debe pagarse. Estos son los típicos problemas, que más adelante estudiaremos, de retroactividad e irretroactividad de la ley. En nuestro país para solucionarlos tenemos, en primer lugar, el principio básico establecido en el artículo 9 del Código Civil, que señala que la ley sólo puede disponer para lo futuro y que no tendrá jamás efecto retroactivo. Pero como este principio es muy general, para que pueda operar en la práctica debe especificarse, o si se quiere detallarse, mucho más. Esto es lo que hace la "Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes", del año 1861. Mas esta ley, por diversas razones que no es el caso entrar aquí a explicar, es de poca aplicación en los hechos. Por eso, lo que ocurre en la gran mayoría de las ocasiones cuando se dicta una nueva ley que regula de manera distinta, a como lo hacía otra anterior, una determinada materia, esta nueva ley, normalmente al final de su texto, contiene una serie de disposiciones o artículos denominados transitorios, destinados a solucionar los problemas que pueden suscitarse a raíz del cambio de legislación. A estas disposiciones, nuestra doctrina suele llamarlas leyes transitorias.

Clasificación de las leyes según su extensión.

Al hablar de extensión de la ley estamos haciendo referencia al número de casos, situaciones o personas que ella regula, o si se quiere a que se aplica. Así entonces, algunas leyes se aplican a más casos y otras a un menor número. Teniendo presente lo que acaba de señalarse, analizaremos la extensión que las leyes tienen, en primer término considerando el territorio en que rigen y, en segundo lugar, considerando a las personas a quienes se les aplican.

a. **Considerando el territorio:** Sobre la base de este criterio, las leyes se dividen en generales y locales. Generales son aquéllas que rigen en todo el territorio de la República o Estado respectivo. En nuestro caso en todo el territorio de Chile. Locales son las que rigen sólo en una parte del territorio del Estado, por ejemplo sólo en una parte o localidad de Chile. Nuestro país es un Estado unitario, no federal, por tanto, la inmensa mayoría de nuestras leyes son generales en el sentido a que ahora hacemos referencia, pues rigen en todo el territorio de Chile. Distinto es el caso de los países que tienen una estructura federal, por ejemplo los Estados Unidos de América, en ellos las leyes locales tienen muchísima importancia. La excepción en nuestro país son las leyes locales, una por ejemplo es la Ley de la Zona Franca de Iquique.

b. **Atendiendo a las personas** Sobre la base de este criterio, las leyes se clasifican en generales, que se aplican a todos los habitantes de la República, y particulares, cuya aplicación se restringe sólo a ciertas personas.

Al respecto cabe señalar que, a partir de la Revolución Francesa en adelante se acepta un principio fundamental, este es el de la igualdad ante la ley, consagrado entre nosotros constitucionalmente en el art. 19n°2 de la CP. Además, el art. 14 del C.C. dispone que "la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros". De lo anterior se desprende que en Chile las leyes tienen carácter general en cuanto a su aplicación respecto de las personas. Sin embargo, a pesar de la existencia de este principio de igualdad ante la ley, hay algunas leyes que regulan de manera distinta la situación de algunas personas en relación con otras. Estas diferencias que la ley establece en ciertas situaciones, en algunos casos son justificadas, pero seguramente en otros no. Veamos algunos ejemplos, si una ley exime del pago de impuestos a la internación de vehículos para

personas lisiadas, está haciendo una diferencia, una discriminación, con respecto a todas las demás personas que internan vehículos al país, pues deberán pagar el respectivo impuesto. Pero en este caso, se dice que la diferencia se encuentra justificada, que no es arbitraria. Más discutible es la situación de aquellas leyes que conceden a ciertas personas, en asuntos judiciales, algunos privilegios procesales. Por ejemplo, cuando un ciudadano común es citado a declarar a un tribunal en una causa penal, simplemente tiene la obligación de concurrir a él, pero tratándose de ciertas autoridades cuando son citadas a declarar, ellas pueden señalar el lugar donde quieren que se la interroge, o bien, optar por declarar por escrito. Al respecto lo que sostiene doctrinariamente, que es por lo demás lo que señala nuestra Constitución, afirmando que las diferencias no pueden ser arbitrarias.

7.3.3. ***Clasificación de las leyes según la materia que regulan.*** De acuerdo a este criterio, las leyes se dividen en:

- a. **Leyes de Derecho Público:** en este ámbito encontramos leyes pertenecientes al Derecho constitucional, al Derecho administrativo, al Derecho penal, al Derecho procesal y a otros.
- b. **Leyes de Derecho Privado:** Encontramos dentro de este sector al Derecho civil, comercial, de minería, de aguas y otros.

7.3. **Materias que han de regularse por ley.**

En el Ordenamiento Jurídico Chileno, no todas las materias o hechos de la vida social que requieren de reglamentación jurídica han de regularse mediante una ley. Se supone que las materias de mayor importancia, excluidas las que deben reglamentarse en la Constitución, se regulan mediante ley. En cambio, las que son de relevancia menor se regulan mediante normas de inferior jerarquía. Por ejemplo, el presupuesto de la Nación, materia de suyo importante, se regula por medio de una ley, por el contrario, si se ordena pavimentar una calle de una comuna del país, bastará en este caso un decreto alcaldicio. La constitución de 1980 en su artículo 63 expresa, "Sólo son materias de ley." Con ello quiere indicar que únicamente las materias que figuran en este precepto deben ser reguladas por ley, de tal modo que las que no aparecen en él se regulan por otra clase de normas, por ejemplo, por un reglamento o decreto del Presidente de la República o de otra autoridad política o administrativa. Pero en los hechos esto no es tan exacto, ya que si se examinan los veinte numerandos que contiene

el precepto recién indicado, nos encontramos con que algunos son tan amplios que en ellos cabe casi cualquier materia. Por ejemplo, el numerando 20 dice que es materia de ley, "toda otra norma general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

7.4. Etapas en el proceso de formación de la ley

Vamos a entender por etapas en el proceso de formación de la ley a los diversos trámites que debe cumplir un proyecto hasta convertirse en ley de la República. Se encuentran señaladas en el Capítulo V de la Constitución, en los artículos 65 al 75, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 46 y 32 número 1 de ella. Se suelen distinguir las que a continuación se pasan a mencionar: iniciativa, discusión, aprobación, control de constitucionalidad (en el caso sólo de algunos proyectos de ley con carácter de obligatorio), sanción o veto por parte del Presidente de la República, promulgación y publicación.

7.5.1. **Iniciativa:** es el acto mediante el cual se presenta ante una de las ramas del. Congreso Nacional un proyecto de ley para su debida tramitación. En Chile sólo tienen iniciativa en materia de ley el Presidente de la República y los parlamentarios, esto es, senadores y diputados. No existe entre nosotros la llamada iniciativa popular, lo que significa que los ciudadanos no se encuentran facultados para presentar proyectos de ley ante el Congreso Nacional. Cuando la iniciativa la ejerce el Presidente de la República, lo hace mediante lo que se denomina mensaje. Cuando la ejercen los parlamentarios se llama moción. En general, indistintamente, los proyectos de ley pueden iniciarse por mensaje o por moción, salvo algunos, que la Constitución indica de manera específica, que son sólo de iniciativa del Presidente de la República, como es el caso de los que se señalan en el artículo 65, incisos tercero y siguientes, de nuestra Carta Magna. Sin entrar en demasiados detalles, pues esta es una materia que corresponde a la asignatura de Derecho constitucional, veamos lo que dice sobre la iniciativa el inciso primero del recién citado artículo 65. "Las leyes pueden tener su origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores". En el precepto que acabamos de transcribir se habla del origen de las leyes, el que debe ser distinguido de la iniciativa, la cual ya hemos definido. Con la palabra origen en este caso, como podemos observar, se hace referencia a la Cámara en que principia la tramitación de un proyecto de

ley. Por regla general, las leyes pueden tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras, ya en sea el Senado o en la Cámara de Diputados. Pero por excepción algunos proyectos de ley, como es el caso de los indicados en el inciso segundo del precepto a que acabamos de hacer referencia, sólo pueden tener su origen en el Senado y otros sólo en la Cámara de Diputados. Una vez más, es la propia Constitución la que señala cada uno de estos casos.

7.5.2. **Discusión.** La discusión consiste en el estudio y análisis del proyecto de ley que llevan a cabo los parlamentarios sobre el mismo, incluyendo el pertinente debate a que da lugar. El estudio a que estamos aludiendo se realiza tanto por las comisiones especializadas, en determinadas materias, que en cada Cámara existen, como en la sala respectiva. Asimismo, de acuerdo a lo que señala el artículo 23 de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, "Los proyectos, en cada Cámara, podrán tener discusión general y particular u otras modalidades que determine el reglamento. Se entenderá por discusión general la que diga relación sólo con las ideas matrices o fundamentales del proyecto y tenga por objeto admitirlo o desecharlo en su totalidad. En la discusión particular se procederá a examinar en sus detalles". En definitiva, lo que nos interesa destacar es que los proyectos de ley pueden discutirse tanto en general como en particular, en los términos recién indicados.

7.5.3. **Aprobación:** es el acto por el cual las Cámaras prestan su conformidad al proyecto, luego de agotada la discusión. Se lleva a cabo por medio de las respectivas votaciones, cuyos quorum varían dependiendo de la clase de ley de que se trate (artículo 66 de la Constitución). Así, sabemos que las leyes interpretativas de la Constitución requieren, para este efecto, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, las orgánicas constitucionales de las cuatro séptimas partes de ellos, las de quorum calificado de la mayoría absoluta de los mismos y, por último, las leyes simples o comunes de la mayoría de los parlamentarios presentes en la sala.

7.5.4. **Revisión por el Tribunal Constitucional.** Nosotros optamos por incluir a la revisión que efectúa el tribunal Constitucional sobre un proyecto de ley, antes de su promulgación, como una etapa en el proceso de formación de la misma, por ser un trámite que necesariamente deben cumplir los dos tipos de proyectos legales más importantes de nuestro

ordenamiento jurídico y facultativamente los demás. Pero una buena parte de los autores no la incluye, precisamente porque no todos los proyectos de ley deben cumplir obligatoriamente este requisito. Sólo es obligatorio, como lo señala el número 1º del artículo 93 de la Constitución, en el caso de los proyectos relativos a leyes orgánicas constitucionales y a leyes interpretativas de la Constitución. En los demás casos, es decir referentes a leyes de quorum calificado y a leyes simples o comunes, el control a que ahora hacemos referencia es sólo facultativo. Sobre el particular, el mencionado artículo 93 señala que la facultad de solicitarle al Tribunal Constitucional el referido control sobre esta clase de leyes, la tiene el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras, o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que se pida antes de su promulgación. Más adelante, sin entrar en demasiados detalles, volveremos a tratar sobre este tema.

7.5.5. **Sanción o veto por parte del Presidente de la República.** La *sanción* es el acto del Presidente de la República por el cual le presta su conformidad al proyecto ya aprobado por el Congreso. Al respecto, el artículo 72 de la Constitución señala, "Aprobado un proyecto por ambas Cámaras será remitido al Presidente de la República, quien si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley". Esta es la sanción o aprobación expresa que el Presidente le otorga a un proyecto de ley. Normalmente, en la gran mayoría de los casos, es esta clase de aprobación expresa la que la autoridad recién mencionada da a los referidos proyectos. Pero también dicha aprobación puede ser tácita. Ella tiene lugar cuando el Presidente deja transcurrir treinta días, contados desde que el proyecto le fue remitido, sin pronunciarse sobre él. Acerca del particular dice el artículo 75 de nuestra Carta Fundamental, "Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley". Más todavía, existe una tercera clase de aprobación o sanción presidencial a los proyectos de ley. Se trata de la aprobación forzada.

Ella se da en el caso en que un proyecto haya sido desaprobado (vetado) por el Presidente, quien lo devuelve a la Cámara de su origen con las observaciones pertinentes dentro del término de treinta días. Puede ocurrir en este evento, según lo dice el artículo 73 en su inciso final, que "Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al presidente para su promulgación."

El *veto*, es el acto mediante el cual el Presidente de la República rechaza o desaprueba un proyecto de ley que ha sido aprobado por el Congreso, devolviéndolo con las observaciones pertinentes, dentro del término de treinta días, a la Cámara de origen. El veto puede ser de diversas especies. En esta oportunidad, sin entrar en detalles propios de la asignatura de Derecho constitucional, diremos que hay un veto absoluto y uno suspensivo. A su vez, el veto suspensivo puede ser supresivo, sustitutivo y aditivo. El veto absoluto, que actualmente no se contempla en el ordenamiento jurídico chileno, pero sí se aceptaba en ciertos casos hasta la derogación del antiguo artículo 118 de la Constitución que hoy nos rige, es aquel en que el sólo rechazo (veto) del Presidente al proyecto, impide que éste se convierta en ley. En el veto suspensivo, en cambio, el sólo rechazo que hace el Presidente de la república del proyecto aprobado por las cámaras no impide, ipso jure, que este se convierta en ley, sino que, en un primer momento suspende su entrada en vigencia, pues el Presidente debe devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes. Ahora bien, el destino del veto presidencial (suspensivo) será distinto según si las Cámaras aprueban las observaciones (veto) del Presidente, o bien, las rechazan. Asimismo, debe distinguirse si este veto (suspensivo) es supresivo, o bien, es sustitutivo o aditivo. Tratándose del veto supresivo, el inciso tercero del artículo 73 de la Constitución dice, "Si las dos Cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación". En el supuesto en que las Cámaras rechazan las observaciones (veto) del Presidente, hay que distinguir si este rechazo se realiza por los dos tercios, o más, de sus miembros presentes, o bien, por una mayoría inferior a ésta. Si el rechazo se produce por los dos tercios o más, a que acaba de hacerse mención, entonces tiene lugar la aprobación forzada del proyecto en los términos que ya hemos explicado. En cambio, si las observaciones o veto se rechazan por una mayoría inferior a los ya aludidos dos tercios, entonces, prevalece la voluntad del Presidente de la República, para el caso que el veto sea supresivo. En este supuesto, las disposiciones vetadas no se convierten en ley. Si por el contrario, el veto es sustitutivo o aditivo y éste es rechazado por el Congreso, entonces la voluntad que prevalece es la de este último, no convirtiéndose en ley las modificaciones propuestas, o añadidas, por el Presidente.

1. **Promulgación:** es el acto por el cual el Presidente de la República da constancia de la existencia de la ley, fija su texto y ordena cumplirla, a través de un Decreto Supremo,

llamado decreto promulgatorio. El artículo 75 en su inciso segundo señala que, "la promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente".

2. **Publicación:** Mediante la publicación se da a conocer la ley a todas las personas. Se encuentra regulada en el inciso final del artículo 75 de la Constitución y en los artículos 6° y 7° del código civil. El precepto constitucional recién citado expresa que, "la publicación se hará dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio". Por su parte, los artículos 6° y 7° del código civil nos indican el modo como ha de publicarse la ley, señalándonos también cuando entra en vigencia. Así, el artículo 6° dice, "la ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen". Por su parte, el artículo 7° señala: "La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria. Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia". Como puede observarse, este precepto nos indica que la ley, por regla general, debe publicarse en el Diario Oficial. Asimismo, también expresa que, por regla general, entra en vigencia el día de su publicación en el medio recién indicado. Pero, el inciso final del artículo que comentamos contiene las excepciones a este principio general, cuando aclara que la propia ley podrá establecer reglas diferentes sobre su publicación, por ejemplo, podría establecer que se publicara en un periódico distinto al Diario Oficial, aunque esto normalmente no se hace por razones de seguridad jurídica. De igual modo, también puede establecer reglas diferentes sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia, por ejemplo, podrá establecer que entre en vigencia en un día distinto que aquél en que es publicada, supongamos, un mes o un año más adelante. En este caso, al tiempo que va desde la publicación de la ley hasta su entrada en vigencia, en la doctrina jurídica chilena se le suele denominar periodo de vacancia legal.

7.3. **Decretos con fuerza de ley**

A las leyes anteriormente mencionadas hay que agregar los decretos con fuerza de ley, que tienen la jerarquía normativa de una ley común. Podemos decir que, "decretos con fuerza de ley son decretos del Presidente de la República sobre materias propias de ley, que éste dicta en virtud de una delegación de facultades legislativas por parte del Congreso Nacional". Esta delegación se efectúa a través de una ley especial que se denomina *ley delegatoria*.

La Constitución Política, en su artículo 64, permite que el Congreso Nacional delegue facultades legislativas, por un plazo no superior a un año, en el Presidente de la República, pero con importantes limitaciones, contempladas en los incisos 2º y 3º del artículo recién citado. Así, según lo indican estos preceptos no pueden dictarse DFL en materias de nacionalidad, ciudadanía, elecciones, plebiscito, garantías constitucionales, o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado. Igualmente no es posible dictar decretos con fuerza de ley en asuntos relativos a "facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República" (art. 73 inciso 3º).

Durante la mayor parte del tiempo de vigencia de la Carta de 1925 no estaba permitida formalmente la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso en el Presidente de la República. No obstante, desde poco después de su entrada en vigencia el Congreso comenzó a delegarlas de hecho, a pesar de que constitucionalmente no podía hacerlo. Casi todo el mundo admitió esta práctica, en el fondo inconstitucional, porque los decretos con fuerza de ley permiten solucionar una serie de problemas relativos, principalmente, al manejo administrativo y económico del país. En efecto, respecto a una serie de materias, entre las que destacamos las económicas y administrativas, el Poder Ejecutivo cuenta con muchos más medios, principalmente de asesorías jurídica y técnica, que el Congreso. Así, con respecto a ellas resulta más conveniente y eficaz que sea el Ejecutivo quien legisle, cuando se le han delegado facultades. No obstante lo dicho, siempre hay que destacar que resulta muy negativo que en cualquiera forma, incluso con acuerdo mayoritario, se proceda a violar la Constitución. Por ello, aunque tardíamente, mediante una reforma constitucional del año 1970, se introdujo una norma en el texto de la Constitución a que ahora hacemos referencia, que permitía al Congreso delegar facultades de legislar en el Presidente de la República. Sólo desde ese momento los DFL, pasaron a ser constitucionales conforme a la Carta de 1925, la que, como sabemos, perdió su vigencia en 1973.

7.4. **Decretos leyes**

Son decretos del Poder Ejecutivo, sobre materias propias de ley, pero que se dictan sin que haya una delegación de facultades por parte del Congreso. Esto es así porque no existe Poder Legislativo. Los decretos leyes, que tienen la jerarquía normativa de una ley, se dictan en períodos de anormalidad constitucional, cuando existen gobiernos de facto, porque ha habido una ruptura en el antiguo orden jurídico del país. Ahora bien, conviene que tengamos presente que este concepto de decretos leyes que ahora estamos utilizando, es uno que se emplea por la doctrina jurídica chilena y por la de algunos otros países, pero no es de aceptación universal. Así por ejemplo, la doctrina jurídica española formula uno distinto.

En nuestro país hemos conocido tres períodos en que se han dictado decretos leyes, los cuales fueron consecuencia de rupturas constitucionales. Estos períodos son:

- 1924-1925.
- 1931-1932. 1973 en adelante.

Siempre después que han terminado estos períodos de anormalidad constitucional, se ha discutido mucho acerca de qué valor otorgarles a los decretos leyes dictados por gobiernos de facto. Por sobre la discusión teórica, se ha optado por reconocerles en general su vigencia, esto por una cuestión práctica, ya que muchos de ellos regulaban diversos asuntos de gran importancia para la vida social y económica del país. De tal modo que las consecuencias que se producirían al dejarlos sin efecto, serían peores que las de mantener su vigencia. Por ejemplo, qué hacer con un decreto ley que otorgó un reajuste general de sueldos y salarios, o con otro que estableció subsidios para construir viviendas populares, etc. En consecuencia, se ha optado por modificarlos o derogarlos en la medida que en cada caso se justifique.

7.3. **Control de constitucionalidad de las leyes**

7.8.1. **Generalidades.**- El control de constitucionalidad de las leyes se practica en todos los ordenamientos jurídicos, pues no es otra cosa que la expresión de un principio universal, tal es el principio de la "jerarquía normativa". En virtud de éste las normas de rango inferior deben sujetarse siempre a las normas de rango superior. Sabemos también que en todo ordenamiento jurídico positivo la norma jerárquicamente más alta es la Constitución Política del Estado. Por lo tanto, todas las demás normas jurídicas, comenzando por las leyes, deben

atenerse a ella tanto en la forma como en el fondo. En esta oportunidad trataremos sólo del control de constitucionalidad de las leyes, no de otras normas.

En primer término, las leyes deben guardar correspondencia con la Constitución en su aspecto formal. Esto es, antes de entrar en vigencia deben cumplir con las etapas que la Carta Fundamental exige para ello (iniciativa, discusión, etc.). Ahora bien, lo normal es que toda ley que entra en vigencia haya cumplido estrictamente con las mismas. Sin embargo, siempre existe la posibilidad que se publique el texto de alguna que no las cumpla. En este caso, nos encontramos ante una ley que es inconstitucional en la forma. Puede, por ejemplo, haber ocurrido que se omitió un trámite constitucional, supongamos, que no se sometió a votación el proyecto, pero se le envió al Presidente de la República, dándoselo por aprobado, para los efectos de su sanción, promulgación y publicación, entrando en vigencia de este modo una ley claramente inconstitucional en la forma. Es difícil, aunque no imposible, que pueda darse una situación de este tipo. Lo que sí es más probable que ocurra, es el caso de que un proyecto de ley sea aprobado por un quorum inferior que aquél que la Constitución establece, lo que se traduce en, si es que entra en vigencia como ley, que ésta será inconstitucional en la forma. Por ejemplo, supongamos que una ley de quorum calificado, que requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, se apruebe por la simple mayoría de los parlamentarios presentes en la sala (que no alcanzan a conformar dicha mayoría absoluta).

Más frecuente que el caso de inconstitucionalidad en la forma, a que acabamos de referirnos, es el de inconstitucionalidad en el fondo. En efecto una ley puede ser contraria a la Constitución no ya por no atenerse a la forma que debe seguir todo proyecto de ley en su tramitación, sino por infringir los preceptos constitucionales de fondo que debe respetar. Es precisamente en este caso cuando hablamos de inconstitucionalidad de fondo. Por ejemplo, una ley que vulnera alguna de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 de la Constitución, es inconstitucional en el fondo.

7.8.2. **Mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes.-** Todos los ordenamientos jurídicos contemplan mecanismos cuya finalidad es velar para que las leyes se sujeten a la constitución política del Estado, son los llamados "mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes". Nosotros, como es lógico, nos referiremos al caso chileno. En nuestro país se contemplan dos clases de mecanismos de control de constitucionalidad de las

leyes, a saber, un control preventivo o a priori y un control represivo o a posteriori. Pero antes de entrar a referirnos a cada uno de ellos, vamos a hacer presente que el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes en nuestro país es el Tribunal Constitucional, que efectúa el control a priori de las leyes y que realiza también el control a posteriori. A este órgano hay que añadir todavía la Contraloría General de la República, que cumple una función en el control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley. Pasemos ahora a examinar estas dos clases o mecanismos de control de constitucionalidad, que practica el órgano a que acabamos de hacer referencia.

7.8.3. El control de constitucionalidad a priori de las leyes practicado por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional se encuentra regulado en su estructura básica en los artículos 92, 93 y 94 de la Constitución Política del Estado. Además, existe la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que lo regula en su detalle. En el artículo 92, de nuestra Carta Fundamental, se indica su composición, en el artículo 93 se señala básicamente cuáles son sus atribuciones, y en el artículo 94 se establece cuáles son los efectos de sus resoluciones.

En lo que respecta a su composición, él se encuentra integrado por diez miembros, todos abogados con al menos quince años de título, designados de la manera que a continuación se pasa a expresar. Tres designados por el presidente de la República, cuatro designados por el Congreso Nacional de la manera que se señala en la letra b) del artículo 92, tres elegidos por la Corte Suprema conforme a lo que se indica en la letra c) del artículo recién mencionado.

El Tribunal Constitucional tiene competencia en una serie de materias, las que se encuentran señaladas, como ya mencionamos, en el artículo 93 de nuestra Constitución Política. Nosotros no entraremos en el estudio detallado de todas aquellas materias, sino que únicamente nos referiremos al control de constitucionalidad de las leyes que este órgano practica.

El Tribunal Constitucional, como ya hemos mencionado, ejerce en primer término un control preventivo o a priori (al control a posteriori ejercido por este órgano nos referiremos más adelante) no sobre leyes ya vigentes sino que sobre proyectos de ley, concretamente antes que éstos sean promulgados por el Presidente de la República. Ahora bien, es necesario dejar establecido que, sólo algunos proyectos de ley deben ser enviados en forma obligatoria

al Tribunal Constitucional para los efectos de determinar si se ajustan o no a la Constitución, tales son los relativos a las leyes orgánicas constitucionales y a las leyes interpretativas de la Constitución (Art. 93 n° 1 de la Constitución Política). Los proyectos de ley relativos a las leyes de quorum calificado y a las leyes simples o comunes podrán o no ser sometidos a este control, según si se solicite o no por el Presidente de la República o por cualquiera de las cámaras, o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio y siempre que dicha solicitud sea formulada antes de la promulgación de la ley (Art. 93 n° de la Constitución Política).

Los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional, cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, se encuentran regulados en el inciso 2 del artículo 94 de la Constitución, al señalar que, "Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales *no* podrán convertirse en ley...". En otras palabras, el proyecto de ley declarado inconstitucional por el Tribunal, simplemente, no entrará en vigencia como ley de la República. Ahora bien, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional la totalidad del proyecto de ley, o bien, sólo algunos artículos o disposiciones del mismo, siendo esta última situación la que ocurre en la inmensa mayoría de los casos.

Por último hay que destacar que de acuerdo a lo que indica en el inciso primero del artículo 94, las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional no son susceptibles de recurso alguno.

7.8.4.

Control de constitucionalidad a posteriori practicado por el Tribunal Constitucional. El control de constitucionalidad a posteriori o represivo como se lo suele denominar lo ejerce también el Tribunal Constitucional, a contrario de lo que ocurría hasta el año 2005 en que lo realizaba la Corte Suprema. Como su denominación lo sugiere, este control a posteriori se ejerce sobre una ley considerada ya vigente (salvo un caso que se contempla en el artículo 93, número 8) y no sobre un proyecto de ley.

En lo que sigue, vamos a efectuar un breve análisis de este control de constitucionalidad a posteriori de las leyes practicado por el Tribunal Constitucional. Para ello nos atendremos a los tres casos que de tal control se distinguen, respectivamente, en los números 6°, 7° y 8° del artículo 93 de la Constitución.

7.8.4.1. **Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal conforme al número 6º del artículo 93.** Esta norma viene a reemplazar el antiguo texto del artículo 80 de la Constitución que entregaba al conocimiento de la Corte Suprema el denominado "recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley". Ahora además de quitarlo de la jurisdicción del tribunal recién nombrado y entregarlo al Tribunal Constitucional, varía también el procedimiento de su tramitación de acuerdo a lo que se establece en el mencionado número 6º del artículo antes indicado. "Artículo 93. Son atribuciones del tribunal Constitucional: 6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución". Comentando brevemente esta norma, nos interesa clarificar qué se entiende por "precepto legal" en el presente caso, qué supuestos o requisitos se exigen para que proceda la declaración de inaplicabilidad, quién puede solicitarla y la resolución de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y sus efectos.

Intentando responder a estas interrogantes, comenzaremos diciendo que ya en la Constitución del 1925 existía un artículo cuyo texto era prácticamente del mismo tenor que el antiguo artículo 80 (hoy derogado) de la actual Constitución, en que se contemplaba, como se dijo, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, que permitía reclamar, cumpliéndose con ciertos requisitos, contra cualquier "precepto legal" contrario a la Constitución. La norma que hoy nos rige en esta materia (artículo 93 número 6º) también emplea la misma nomenclatura, "precepto legal". Se discutió largamente bajo la vigencia de la Carta del 25 sobre qué quería significarse con estas palabras, "precepto legal". Las soluciones fueron distintas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con consecuencias importantes en el plano teórico y en el práctico. Así, algunos entendieron que con la aludida expresión se hacía referencia a una amplia gama de normas jurídicas en que se incluía no sólo a las leyes, sino también a los decretos con fuerza de ley, a los decretos leyes, a los decretos y reglamentos del Presidente de la República y otras autoridades, a los contratos, etc. Otros, en cambio, no le dieron una extensión tan amplia. Desde la vigencia de la Constitución de 1980, la tendencia es a interpretar de manera más restringida esta expresión, haciendo incluir en la misma sólo a las leyes propiamente tales, a los decretos con fuerza de ley y a los decretos leyes. Ello porque para reclamar de la inconstitucionalidad de otras normas, como los decretos de distintas autoridades, se contemplan ciertos procedimientos específicos destinados particularmente al efecto. En lo que respecta a los contratos, la gran

mayoría opina que si bien pueden considerarse normas jurídicas, en ningún caso se estima que constituyen un "precepto legal" en el sentido que en este caso se emplea la expresión.

En lo que respecta a los supuestos o requisitos más importantes que se exigen para que sea procedente la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, por parte del Tribunal Constitucional, estimamos que ellos son los que ahora pasamos a exponer. En primer lugar que exista una gestión, como un juicio u otro procedimiento judicial, que se siga ante cualquier tribunal de la República, sea éste ordinario o especial. Segundo, que en tal gestión judicial se intente aplicar un precepto legal que resulte contrario a la Constitución.

En lo relativo a quién se encuentra habilitado, o legitimado, para solicitar esta declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la respuesta la encontramos en el propio artículo 93 de nuestra Carta Fundamental, cuando expresa que "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto". En otros términos, cualquiera de las partes que intervienen en la gestión judicial en que se intenta aplicar un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución o el juez que conoce de este asunto, se encuentran habilitados para solicitarle al Tribunal Constitucional que declare inaplicable por inconstitucional tal precepto.

Por último, en lo relativo a la resolución de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y sus efectos, debemos expresar que ella debe ser adoptada por la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional. El efecto principal que produce esta resolución consiste en que el precepto legal señalado como inconstitucional es declarado inaplicable en la gestión judicial o juicio en que pretendía ser aplicado.

Nótese bien es declarado inaplicable por inconstitucional en el caso, pero sigue vigente como ley de la República. No hay hasta aquí una declaración de inconstitucionalidad general que permita eliminarlo del ordenamiento jurídico chileno. Para que esto último ocurra, debe darse el supuesto y cumplirse con los requisitos que se establecen en el número 7° del artículo 93 de la Constitución que seguidamente pasamos a examinar.

7.8.4.2. ***Declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, de acuerdo al número 7° del artículo 93 de la Constitución.*** Este segundo caso de control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes tiene como supuesto, o requisito indispensable, el que previamente se haya resuelto que es inaplicable, conforme al número 6° del artículo 93, el precepto legal que ahora pretende declararse inconstitucional. Veamos qué nos dice la norma

que estamos comentando. "Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior." Como puede observarse para que sea posible que se declare la inconstitucionalidad de una ley, de acuerdo a la norma recién transcrita, se requiere de una mayoría muy alta. Se necesita del acuerdo de los cuatro quintos, es decir del ochenta por ciento, de los integrantes en ejercicio del Tribunal. El efecto que produce esta declaración de inconstitucionalidad ya lo hemos adelantado. El precepto legal declarado inconstitucional por esta vía, simplemente se elimina del ordenamiento jurídico chileno, deja de ser ley vigente en él. Hay en el caso una especie de efecto derogatorio. En lo relativo a quienes se encuentran habilitados o legitimados para requerir al Tribunal Constitucional esta declaración de inconstitucionalidad, es algo que resuelve el mismo artículo 93 al expresar: "En el caso del número 1°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio". En otras palabras, es posible observar que existe una acción pública para solicitar la declaración de que ahora nos ocupamos. Ello significa, en términos generales, que cualquiera persona que sea legalmente capaz y que no tenga alguna prohibición especial puede pedirla. Además, el propio Tribunal se encuentra facultado para declararla de oficio, es decir, por iniciativa propia. Como un alcance final a la declaración de inconstitucionalidad de una ley vigente, de acuerdo al número 7 del artículo 93, debemos decir que se trata de una institución jurídica absolutamente novedosa en nuestro ordenamiento, que se introdujo mediante las reformas constitucionales del año 2005 contenidas en la ley 20.050. Jamás había existido entre nosotros con anterioridad, aunque sí era bastante frecuente en los ordenamientos extranjeros. Viene a constituir una forma nueva de hacer cesar la vigencia de una ley. Asimismo, resulta novedosa la acción pública que se concede para solicitarla en los términos que anteriormente hemos descrito.

7.8.4.3. ***Resolución de un reclamo de inconstitucionalidad por la no promulgación de una ley que debe promulgarse o por la promulgación de un texto diverso al que corresponde.***- Este es el último caso de control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes. Se contempla en el artículo 93 número 8°, que señala lo siguiente: "Artículo 93. Son

atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda." Este precepto como puede verse contempla dos situaciones distintas. Una, en que el Presidente de la República no promulga una ley teniendo la obligación de hacerlo. En este caso no hay propiamente una ley inconstitucional a la que deba dejarse sin efecto mediante una declaración de inconstitucionalidad. Lo que existe es un acto inconstitucional del Presidente que debe enmendarse, sin perjuicio de otras acciones, haciendo que se promulgue por el Tribunal Constitucional la ley que no lo había sido. La otra situación es aquella en que el Presidente de la República promulga como texto de una ley uno diverso al que constitucionalmente corresponda. En este supuesto, en opinión nuestra, sí hay una declaración de inconstitucionalidad del texto incorrectamente promulgado, correspondiendo también al Tribunal Constitucional rectificar esta promulgación incorrecta. Sobre quienes se encuentran facultados o legitimados para plantear estos reclamos y los plazos que tienen para hacerlo, es algo que viene resuelto en el artículo 93 en los términos siguientes: "En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley". Como un comentario final a este control de constitucionalidad a posteriori establecido en el número 8º del artículo 93, también novedoso en el ordenamiento jurídico chileno, diremos solamente que, en opinión nuestra, viene a solucionar al menos en parte la falta que se hacía notar de una norma que resolviera los casos de inconstitucionalidad en la forma cuando se reclamaba a posteriori ante la Corte Suprema vía recurso de inaplicabilidad, conforme al antiguo texto del artículo 80 de la Constitución. En efecto, este Tribunal siempre se negó, aduciendo diversos motivos, a admitir a tramitación los recursos de inaplicabilidad cuando se fundaban en unainconstitucionalidad en la forma. Simplemente los rechazaba sin tramitarlos. Acogía a tramitación sólo aquellos que reclamaban de una inconstitucionalidad en el fondo. Ahora opinamos que la situación ha cambiado, pues claramente el artículo 93 número 8 contempla casos de control a posteriori de inconstitucionalidad en la forma de las leyes, que los deberá conocer el Tribunal Constitucional.

7.9. **Control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley.**

Como hemos señalado, los decretos con fuerza de ley tienen la jerarquía de una ley común, debiendo ajustarse por ello a la Constitución Política. En consecuencia, también se encuentran sometidos a un control de constitucionalidad. Sabemos, asimismo, que se hallan regulados en sus aspectos básicos en el artículo 64 de nuestra Carta Fundamental. Conviene recordar que los decretos con fuerza de ley son decretos del Presidente de la República sobre materias propias de ley, que dicta en virtud de una delegación de facultades legislativas que el Congreso hace en él, mediante una ley que se denomina "*ley delegatoria*". De lo anteriormente dicho se desprende que los decretos con fuerza de ley deben sujetarse por un lado a la Constitución Política y, por otra parte, también a la ley delegatoria. Nosotros ahora, consideraremos únicamente la sujeción, y con ello el control, de los decretos con fuerza de ley a la Constitución Política.

Este, se clasifica en un control de constitucionalidad previo o a priori (antes de que entren en vigencia) y un control de constitucionalidad a posteriori (de los decretos con fuerza de ley ya vigentes). Veremos cada uno de estos casos.

a. **Control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley previo o a priori.**

Para analizar este caso nos apoyaremos en lo que señalan los artículos 99 inciso 2º y 93 número 4º de la Constitución Política.

En primer término, debemos advertir que en este control previo de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley juega un importante rol la Contraloría General de la República. Órgano que se encuentra regulado en sus aspectos básicos en los artículos 98, 99 y 100 de la Constitución y en detalle en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. La primera parte del artículo 98 de la Constitución nos da la idea fundamental sobre cual es la naturaleza y función del referido órgano contralor, cuando señala que "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración...". Conviene advertir aquí que la expresión "legalidad", debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, la Contraloría debe resguardar que los actos de la Administración se sujeten tanto a las leyes como a la Constitución. Es por este motivo que todos los decretos y reglamentos que dicta el Presidente de la República deben ser enviados a la Contraloría para que determine si ellos se ajustan o no a la Constitución y a las leyes.

Esto mismo se aplica respecto a los decretos con fuerza de ley, sobre el particular señala el artículo 99, inciso 2º, de la Constitución que, "Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución". Si la Contraloría determina que el decreto con fuerza de ley se atiene tanto a la ley delegatoria como a la Constitución, el Contralor "toma razón" del mismo, ello significa que le da curso para que se publique y entre en vigencia. Pero, por el contrario puede ocurrir que el Contralor no tome razón del decreto con fuerza de ley, representándolo. Esto significa que lo rechaza, que no le da curso, no pudiendo entrar en vigencia. Ahora bien, el Contralor puede representarlo ya sea porque excede o contraviene la ley delegatoria o bien por ser contrario a la Constitución. Nosotros analizaremos únicamente este último caso.

Cuando el Contralor General de la República representa o rechaza un decreto con fuerza de ley por ser inconstitucional, se lo devuelve al Presidente de la República. Cuando esto ocurre el Presidente tiene dos opciones, bien conformarse con lo resuelto por el Contralor, o bien, enviar el decreto con fuerza de ley rechazado al Tribunal Constitucional, dentro del plazo de 10 días contados desde este rechazo, para que sea ese Tribunal quien en definitiva se pronuncie sobre si atiene o no a la Constitución, en cuyo evento habrá que atenerse a lo por él resuelto. Esta es una facultad del Tribunal Constitucional establecida en el artículo 93 número 4º de la Constitución, que señala, "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 4º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley".

b. **Control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley ya vigentes.**

A pesar de los mecanismos de control de constitucionalidad previos que pueden ejercerse sobre un decreto con fuerza de ley, bien pudiere ocurrir que de todos modos entre en vigencia uno que sea contrario a la Constitución. En este caso existen dos formas básicas de reclamar de su inconstitucionalidad:

1o. Ante el Tribunal Constitucional deduciendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme al artículo 93 número 6º, en los términos ya conocidos por nosotros.

2o. De acuerdo con lo que se señala en el artículo 93 número 4o de la Constitución Política, existe un control de constitucionalidad sobre los decretos con fuerza de ley que lleva

a cabo el mismo Tribunal Constitucional. En este caso la cuestión de constitucionalidad podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley cuya constitucionalidad se impugne. Hay un plazo de 30 días para formular este reclamo contados desde la publicación del decreto con fuerza de ley cuestionado.

7.8. **Cesación de la vigencia de la Ley.**

7.10.1 **Generalidades.**- La ley, y en general toda norma jurídica, posee un tiempo de duración o si se quiere un cierto período de vida, que comienza con su entrada en vigencia y concluye con el término de ésta. En la doctrina jurídica Chilena se distinguen dos grandes causales de cesación de vigencia de la ley, unas son las llamadas causales "intrínsecas" y las otras son las causales "extrínsecas" o externas de cesación de esa vigencia.

7.10.2 **Causales intrínsecas o internas de cesación de vigencia de la ley.** Estas causales de término de vigencia de una ley se encuentran dentro de la misma, al interior de la propia ley, la cual en este caso determinara hasta cuando regirá. Se trata de las llamadas leyes temporales. La ley en este caso determina el momento hasta el cual tendrá vigencia, bien señalando un plazo o bien estableciendo una circunstancia, que puede atenderse como una condición, que indica hasta cuando ella regirá. Como ejemplo de una ley cuya vigencia está sujeta a plazo, podemos mencionar a una de impuestos que se dicta para que rija durante dos años. Como ejemplo de una ley cuya vigencia se encuentra sujeta a una determinada condición podemos mencionar aquella que ordena construir un monumento u obra pública, terminada la construcción se entiende que cesa su vigencia.

Debemos indicar que, en la práctica, es más frecuente encontrar leyes cuya vigencia se encuentra preestablecida por un plazo antes que leyes cuya vigencia se encuentra sujeta a una condición. Asimismo, en la inmensa mayoría de los casos la vigencia de la ley no suele terminar por una causal intrínseca sino por una extrínseca o externa.

7.10.3 **Causales extrínsecas o externas de la cesación de vigencia de la ley.** Son las que resultan de un factor externo a ella. Dentro de éstas, la doctrina jurídica chilena mencionaba tradicionalmente dos clases o categorías, el desuso o desuetudo y la derogación, a las que

ahora habría que añadir la declaración de inconstitucionalidad conforme al artículo 93 número 7° de la Constitución.

a. **La declaración de inconstitucionalidad de una ley, por parte del Tribunal Constitucional**, resuelta de acuerdo con el artículo 93 número 7° de la Constitución pone fin a la vigencia de la misma. A nuestro parecer se trata de una causal extrínseca o externa de cesación de tal vigencia y no de una causal interna. A ella ya nos hemos referido con anterioridad, en consecuencia nos remitimos a lo ya dicho sobre el particular.

b. **El desuso o desuetudo** Es una forma de poner término a la vigencia de la ley debido al hecho o circunstancia de que ella no se aplica. La ley deja de cumplirse y de aplicarse tanto por los ciudadanos como por los órganos del Estado encargados de su aplicación. En este caso la ley no ha sido derogada formalmente, sino que en los hechos ella no se cumple ni se aplica. Esta forma de poner término su vigencia no se admite en nuestro ordenamiento jurídico, como tampoco, por regla general, en los ordenamientos jurídicos de derecho legislado, que son similares al nuestro. De hecho diversas normas de distintos códigos chilenos del siglo pasado, además de otras leyes, contienen muchos preceptos que en la actualidad no se aplican, pero, no obstante ello, continúan siendo entre nosotros normas jurídicas vigentes. En cambio, en aquellos ordenamientos jurídicos donde el derecho consuetudinario, o si se quiere la costumbre, tiene una mayor importancia, encontramos casos en que el desuso o desuetudo constituye una causal de término de la vigencia de la ley.

c. **La derogación** Es la otra causal extrínseca que pone término a la vigencia de la ley. Vamos a conceptualizarla diciendo que es un modo de poner término a la vigencia de una ley mediante otra ley posterior a ella. Así entonces se habla de una ley derogada y de una ley derogatoria, siendo ésta última la que pone término a la vigencia de la anterior.

La derogación de la ley se encuentra regulada básicamente en los artículos 52 y 53 del código civil. Antes de entrar a analizar estos artículos y a formular una clasificación de los distintos tipos de derogación, vamos a dejar establecido que cada vez que sea deroga una norma jurídica, esa derogación debe efectuarse por otra norma jurídica de igual o superior jerarquía. De este modo, una ley sólo puede derogarse por medio de otra ley o de una norma constitucional, pero nunca podrá ser derogada por otra norma jurídica de rango inferior a ella,

como por ejemplo mediante un decreto o reglamento del Presidente de la República, por las ordenanzas de un alcalde, etc. Incluso más, como en Chile tenemos, de acuerdo a nuestra Constitución Política, diversas clases de leyes (leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quorum calificado y leyes comunes), para derogar cada una de estas clases de leyes, la Constitución exige el mismo quorum que se requiere para que ellas sean aprobadas en el parlamento. Así por ejemplo, si se quiere derogar una ley interpretativa de la Constitución, la ley derogatoria debe ser acordada por el mismo quorum que se exige para aprobar toda ley que interpreta a la Constitución (los 3/5 de diputados y senadores en ejercicio).

El que una ley pueda ser derogada por otra ley o por otra norma de jerarquía igual o superior ha sido aceptado en doctrina y en general también por nuestros tribunales de justicia, pero hay algunos fallos de la Corte Suprema que han adoptado una posición distinta, con relación a la contradicción o falta de conciliación que hubo luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, entre algunos de sus artículos y ciertas leyes que habían entrado en vigencia con anterioridad. En ellos se sostuvo que la ley no se encontraba derogada por la Constitución, sino que debía de solicitarse que se declarara inaplicable por inconstitucional.

Alcanzado este punto, vamos a efectuar una consideración sobre el problema de la derogación de la ley derogatoria. Teóricamente, podría plantearse la interrogante acerca de qué sucede con la ley derogada si se deroga la ley derogatoria. Algunos autores, desde un punto de vista teórico, se han preguntado si la derogación de la ley derogatoria hace recuperar vigencia a la antigua ley derogada, la respuesta casi unánime, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, en los diversos ordenamientos jurídicos, es que dicha derogación no hace recuperar su vigencia a la antigua ley derogada.

7.10.4. Clases de derogación Puede clasificarse de diversas maneras, pero la doctrina jurídica chilena normalmente propone las siguientes clases de derogación de la ley:

1°.- Derogación expresa y tácita 2°.- Derogación total y parcial 3°.-

Derogación orgánica

4°.- Derogación por vía de la consecuencia (a esta última algunos profesores, en un lenguaje mas bien coloquial, la suelen denominar derogación por retruque, rebote o carambola)

1º.- ***Derogación expresa y tácita.*** Los conceptos de cada una se encuentran en el artículo 52 del código civil. Señala lo siguiente: "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 concillarse con las de la ley anterior". En el caso de la derogación expresa la nueva ley señala explícitamente cual es el precepto, o los preceptos, que deroga, por ejemplo, se dicta una ley que dice derógase el artículo 1698 del código civil, o derógase la ley número 19300. En cambio, no es tan sencillo determinar cuando se produce efectivamente la derogación tácita, puesto que debemos comparar el texto de la nueva ley con el de la antigua y mediante una labor de interpretación, en definitiva, precisar si suspreceptos son o no inconciliables. Si se llega a esta última conclusión, debe entenderse que el o los preceptos de la antigua ley se encuentran derogados tácitamente. Sobre esto, obviamente, pueden darse interpretaciones distintas, porque comparando los preceptos de la antigua ley con los de la nueva, un jurista podría concluir que ellos son conciliables, en cambio, otro podría llegar a la conclusión opuesta. En definitiva, si el asunto llega a los tribunales serán éstos, quienes, apoyándose en la autoridad de que se encuentran investidos, lo resolverán.

Aquí es preciso formular un breve alcance acerca de lo que se entiende por normas inconciliables. Normalmente, cuando dos normas tienen textos contradictorios se dice que son inconciliables. Al respecto, como ya lo hemos señalado, existen diversos mecanismos, o si se quiere, medios para solucionar contradicciones entre normas. Son el de la jerarquía, el de la especialidad y el de la temporalidad. Este último es el que ahora nos interesa destacar. Nos dice que, en caso de existir contradicción entre dos normas de la misma jerarquía, para el caso que una de ellas sea anterior en el tiempo, y la otra posterior, la antigua norma queda tácitamente derogada conforme a lo que se indica en el artículo 52 del Código Civil. Esto es así, porque se presume, no siempre con mucha razón, que la nueva ley es mejor que la antigua.

Un problema interpretativo que a veces se suele plantear, es aquel que se presenta cuando una nueva ley de carácter general es contradictoria con una anterior especial. Aquí, la duda que se suscita es acerca de cuál de ellas prevalece. Si se hace prevalecer el principio de la especialidad, se entiende que la antigua ley continúa vigente y no ha sido derogada de manera tácita. En cambio, si se hace prevalecer el principio de la temporalidad, la ley antigua queda tácitamente derogada aun cuando sea especial. El único principio que va a prevalecer

siempre es el de la jerarquía, por ello se firma que la norma jerárquicamente superior en todo caso va a predominar sobre la inferior.

2º.- ***Derogación total y parcial.*** La referencia a la derogación total y a la parcial, se encuentra en el inciso final del ya citado artículo 52 del código civil, cuando expresa que "la derogación de una ley puede ser total o parcial". Esto se complementa con lo que indica el artículo 53, cuyo tenor es el siguiente: "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". De lo expuesto se infiere que, tanto la derogación total como la parcial pueden ser expresa o tácita. Así, puede decirse que existe una derogación total expresa y una derogación parcial expresa; como ejemplo de la primera podemos pensar en una ley derogatoria que disponga, "derógase la ley 18010"; como ejemplo de la segunda podemos colocar el caso de una ley derogatoria que diga, "derógase el artículo 20 de la ley 18010". Un ejemplo de derogación total tácita, estimamos que no es muy frecuente de encontrar, salvo tal vez respecto a leyes de texto muy breve, puede darse cuando "todas las disposiciones" de la antigua ley, son inconciliables con las de la nueva. Por su parte, un ejemplo de derogación parcial tácita, supuesto en el que se coloca el recién citado artículo 53 del C.C., lo podemos encontrar en el caso en que sólo algunas disposiciones de la ley antigua pugnan con las de la nueva.

3º.- ***Derogación orgánica.*** Esta clase de derogación es aquella que se produce cuando se dicta una nueva ley que regula de manera distinta, toda una materia que antes regulaba otra, pero sin contener disposiciones inconciliables con ella. En otros términos, la nueva ley no deroga tácitamente a la antigua, pues sus normas no son inconciliables con las de ésta, ni tampoco la deroga expresamente, sino que sólo regula de distinta manera todas las materias que la misma reglamentaba. No hay, en consecuencia, incompatibilidad entre cada una de las normas de ambas, lo que sí se estima que existe es una incompatibilidad en su espíritu, en sus líneas generales. Pongamos un ejemplo que teóricamente es posible proponer de esta clase de derogación. Actualmente existe una ley orgánica constitucional que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional, supongamos que se dicte otra ley, que sin derogar expresa ni tácitamente a la anterior, reglamenta enteramente de una manera diversa el funcionamiento de dicho tribunal. En un caso como éste, parte de la doctrina opinaría que

se produjo una derogación orgánica. Decimos parte de la doctrina, porque mayoritariamente en nuestro país los autores, y en opinión nuestra de manera correcta, consideran que nuestro ordenamiento jurídico no contempla este tipo de derogación. No obstante ello, hay algunos fallos de la Corte suprema que aceptan la derogación orgánica a que ahora hacemos referencia. Así por ejemplo, un fallo de este Tribunal del año 1938 señala lo siguiente: "La derogación orgánica, forma parte de la derogación tácita, exige para su existencia que la nueva ley reglamente toda la materia de que se ocupaba la anterior, aunque entre unas y otras no haya incompatibilidad". (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36). Por lo ya dicho, esta tesis, en este fallo, de nuestro más alto Tribunal, nos parece errada.

4º.-Derogación por vía de la consecuencia. Ya señalamos que, algunos profesores chilenos, usando un lenguaje más bien coloquial, la suelen llamar derogación por retruque, rebote o carambola. Básicamente, esta clase de derogación ocurre cuando se deroga una norma (o conjunto de normas) del ordenamiento jurídico que constituye el supuesto para que otra tenga sentido y pueda ser aplicada, para que exista verdaderamente como norma jurídica válida del sistema. De tal modo que si se deroga una norma o ley que constituye el soporte de la existencia de otra, entonces necesariamente por vía de consecuencia se considera derogada esta segunda. Por ejemplo, supongamos que en Chile se elimina el impuesto al valor agregado (IVA), derogándose la ley que lo establece (decreto ley número 825). Como ocurre que en diversas normas de muchas otras leyes se hace referencia a este impuesto, todos estos preceptos (referenciales), que tienen como supuesto la existencia de la ley del IVA, deben entenderse derogados por vía de la consecuencia.

7.11. **Los decretos. La potestad reglamentaria, en especial la potestad reglamentaria del Presidente de la República**

7.11.1.Generalidades. Los decretos, entendidos en su significación amplia, son normas jurídicas que emanan de las autoridades políticas y administrativas, que éstas dictan en virtud de las facultades que les son otorgadas por la Constitución y las leyes. Esta facultad o potestad es la que se denomina, al menos por la mayor parte de la doctrina, potestad reglamentaria. Ella le es conferida a diversos órganos. Tomada en toda su extensión, la potestad reglamentaria se ejercita por medio de decretos, entendiendo a este término en su

sentido amplio. Ahora bien, estos decretos (expresiones de la potestad reglamentaria), son de diversas clases, recibiendo por ello, también, diversas denominaciones. Así, nos encontramos con los reglamentos (cuyo nombre más exacto debiera ser decretos reglamentarios), simples decretos, resoluciones, ordenanzas e instrucciones. Como ya se señaló, diversos órganos o autoridades poseen potestad reglamentaria. Entre otros, el Presidente de la República, los ministros de Estado, jefes de servicios, intendentes y gobernadores, alcaldes, etc. Su estudio en detalle, corresponde a las asignaturas de Derecho constitucional y Derecho administrativo. Por nuestra parte, haremos sólo una referencia somera a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Los decretos, entendidos de la manera como hasta ahora nos hemos referido a ellos, en cuanto fuente formal del Derecho, pueden incluirse dentro del concepto de ley en sentido amplio, no en sentido estricto. En esta última acepción no pueden incluirse, pues no son normas jurídicas que emanen del Poder Legislativo.

7.11.2. **La potestad reglamentaria del Presidente de la República.-** En lo fundamental, sin perjuicio de lo que señalan otras disposiciones, la potestad reglamentaria del Presidente de la República la encontramos en el artículo 32 número 6° de la Constitución. Dice lo siguiente, "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". La potestad a que ahora hacemos referencia, la ejerce dictando lo que genéricamente se denomina decretos supremos. A tenor del precepto transcrito reciben los nombres de reglamentos, decretos e instrucciones, dependiendo del tipo de regulación que efectúen. Asimismo, hay que destacar que esta potestad reglamentaria presidencial, siempre de acuerdo al precepto constitucional que acaba de citarse, se clasifica en potestad reglamentaria autónoma y potestad reglamentaria de ejecución.

Mediante la potestad reglamentaria autónoma, el Presidente de la República dicta normas (decretos en sentido amplio), dentro del ámbito de sus atribuciones, para gobernar y administrar el Estado. Aquí debe tenerse presente que todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal (y siempre que por la Constitución o las leyes no estén reservadas a otras autoridades, por ejemplo al Poder Judicial), las puede regular el Presidente haciendo uso de esta potestad reglamentaria autónoma, que es una especie de potestad normativa

residual. Como sabemos, según se explicó en su oportunidad, es el artículo 63 de la Constitución el que indica cuales materias han de regularse por ley. Las que no figuren en él, más las excepciones que acaban de indicarse, quedan dentro de la potestad reglamentaria del Presidente. Sobre este particular, nos remitimos a lo ya dicho acerca de las materias que han de regularse por ley.

Mediante la potestad reglamentaria de ejecución, lo que hace el Presidente de la República es dictar normas destinadas a facilitar y a asegurar la aplicación de la ley. Muchas veces las leyes que se dictan y entran en vigencia, son demasiado generales para que puedan aplicarse con facilidad a los casos concretos de la vida real que les corresponde regular. Ante estas situaciones, el Presidente, apoyándose en el artículo 32 número 6° de la Constitución puede dictar los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". En otras palabras, puede detallar o especificar las leyes para de este modo aproximarlas a los casos de la vida real, facilitando su aplicación. Los reglamentos, y en general las normas de ejecución a que hacemos referencia, deben sujetarse siempre a la ley, nunca sobrepasarla. Constituye el marco a que deben atenerse. Por ello, se dice que el reglamento de ejecución es siervo de la ley.

7.11.3.

Clases de decretos supremos: reglamentos, decretos e instrucciones. Ya hemos indicado, que las normas jurídicas que emanan del Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria, reciben el nombre genérico de decretos supremos. Ahora bien, dependiendo del tipo de regulación que hagan, se las denomina, respectivamente, reglamentos, simples decretos e instrucciones. Brevemente nos referiremos a cada uno de estos casos. Los reglamentos (o decretos reglamentarios) se dictan para regular un número amplio de situaciones y de personas en general, sin limitarlos a casos específicos. Pueden ser tanto de ejecución como autónomos. Los simples decretos (o decretos individuales), son los que establecen normas para una persona, o un grupo reducido de personas, o bien, regulan una situación determinada. Por ejemplo, el decreto que nombra a un funcionario público, o el que acepta una donación para el Fisco, etc. Las instrucciones, nos referimos siempre sólo a las del Presidente, son comunicaciones que éste dirige, por lo general por intermedio de los ministros respectivos, a los funcionarios públicos subordinados a él, indicándoles la manera de aplicar una ley, un reglamento u otra norma jurídica, o bien, señalándoles las medidas que deben tomar para el buen funcionamiento de un servicio público. Las instrucciones que van

dirigidas a un gran número de funcionarios, se envían mediante circulares. Las que se dirigen a un solo funcionario o a un número reducido de ellos, se envían mediante oficios.

7.11.4. **Principales etapas en la tramitación de los decretos supremos.** Se pueden distinguir diversas etapas en el proceso de tramitación de un decreto supremo, pero ellas no se encuentran sistematizadas con la misma exactitud que encontramos en la tramitación de un proyecto de ley. Algunas de las etapas en la tramitación de un decreto las encontramos en la Constitución, por ejemplo en el artículo 99, otras en algunas leyes, las hay también algunas que se han impuesto por la práctica de ciertos órganos de la Administración del Estado, otras, en fin, han sido propuestas por la doctrina. Ante la dificultad del tema, sin entrar en detalles, sólo mencionaremos las que nos parecen más relevantes.

- a. **Anotación y Firma;** se registra la fecha y número del decreto en el Ministerio de origen.
- b. **Toma de razón:** examen que hace la Contraloría de la constitucionalidad y legalidad del decreto. Si se ajusta a Derecho, el contralor *toma razón* mediante resolución fundada. Si el contralor estima que quebranta las normas legales o constitucionales, *lo representa*, y lo devuelve al Ministerio respectivo.
- c. **Registro:** deben cumplir con este trámite los decretos que afectan al personal de administración del Estado y a sus bienes.
- d. **Comunicación:** a la Tesorería General de la República cuando implique compromisos económicos para el Estado.
- e. **Publicación en el Diario Oficial.** Aunque no hay norma expresa que obligue a publicar todos los decretos, se ha impuesto la costumbre de hacerlo, sobretodo, los de mayor relevancia.

7. ***La costumbre como fuente formal del Derecho.***

8.1. **Generalidades.-** Vamos a conceptualizar a la costumbre jurídica como la repetición constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad, o grupo social, unida a la convicción de que responde a una necesidad jurídica.

Antes de entrar en el análisis de este concepto, destacaremos que la costumbre jurídica constituye una fuente formal del Derecho. En cuanto tal, es, sin ninguna duda, norma jurídica destinada a regular la convivencia entre los hombres. Más todavía, resulta conveniente recordar que los primeros ordenamientos jurídicos que conoció la humanidad, durante muchos siglos, eran fundamentalmente ordenamientos jurídicos consuetudinarios, puesto que sus normas, primordialmente, consistían en costumbres. Al respecto, podemos considerar al ordenamiento jurídico tal vez más importante que la humanidad ha tenido a lo largo de su historia, como es el ordenamiento jurídico romano. Casi en todo su período antiguo y parte del clásico, estuvo constituido sobre la base de la costumbre, sobre todo en el campo del Derecho privado.

Desde hace ya bastante tiempo el Derecho consuetudinario se suele distinguir y hasta contraponer con el Derecho legislado, es decir, se distingue a aquel Derecho que está constituido por la costumbre jurídica de aquel otro que está constituido por leyes escritas emanadas de los pertinentes órganos del Estado, específicamente del poder legislativo. En la actualidad se afirma habitualmente que los ordenamientos jurídicos pertenecientes a los países de la cultura anglosajona como Inglaterra, Estados Unidos, parte de Canadá y en general quienes recibieron la influencia cultural inglesa son ordenamientos jurídicos consuetudinarios. En cambio, el resto de los países del mundo, en general, poseen ordenamientos jurídicos legislados, constituidos sobre la base de leyes dictadas por el Estado. Pero en seguida, debemos advertir que al sostener que las normas jurídicas de los países anglosajones son consuetudinarias, se trata, en su mayor parte, de una costumbre jurídica que, ya no es la costumbre popular como sucedía en los ordenamientos antiguos, sino que es una costumbre especializada y técnica. Así hoy, en los países en que la costumbre jurídica es la principal fuente formal del Derecho, no se trata ya, en la mayoría de los casos, de una costumbre popular, sino que de una especializada y técnica, la que bien se expresa en los fallos de los tribunales de justicia, constituyendo lo que se denomina el precedente, o bien, en la doctrina de los autores, en la llamada ciencia del Derecho. Para los efectos de evitar equívocos, vamos a hacer presente que nosotros trataremos de la costumbre jurídica, en esta oportunidad, entendiéndola como costumbre popular, como aquella que practican todos o la mayor parte de los miembros de un grupo social, la que si bien en la actualidad ha perdido la importancia de antaño, continúa en parte teniéndola, sobre

todo, en ciertas áreas del Derecho. Por esta razón no vamos a utilizar, por regla general, el término "costumbre" para referirnos a la costumbre especializada o técnica. A esta última la incluiremos, según sea el caso, bajo las denominaciones de jurisprudencia o de doctrina. En consecuencia, cuando en adelante utilicemos la palabra costumbre, salvo que se diga otra cosa, estaremos haciendo referencia a la costumbre jurídica popular.

Al llegar a este punto, no podemos dejar de referirnos al gran jurista alemán de la primera mitad del siglo XIX Federico Carlos Savigny. La época de Savigny coincide con los grandes procesos de codificación del Derecho llevados a cabo en Europa. Se suele señalar que el origen de las grandes codificaciones del siglo recién nombrado, cuyo modelo más perfecto se encontraría en la codificación francesa, principalmente en el Código Civil, constituye un producto del racionalismo y de la Ilustración, cuya expresión política fue la Revolución Francesa. El gran argumento de los partidarios de la codificación se fundamenta en la circunstancia de que el Derecho existente en la época, concretamente el Derecho que existía antes de la Revolución Francesa, presentaba un aspecto realmente caótico y, por consiguiente, inseguro y conducente a injusticias. Se ha destacado, en más de alguna oportunidad, que en países como Francia la situación era muy compleja. Existían Derechos para cada región, había también un Derecho emanado de los reyes. Se entendía, además, que continuaba vigente el antiguo Derecho Romano, a lo que se agregaba toda una legislación canónica que regulaba varios aspectos de la vida de las personas como el matrimonio, la familia, etc. que tenía su origen en la Iglesia. Una situación como ésta, requería ser ordenada. Para ello se pensó en unificar el Derecho, dándole una estructura armónica y coherente, lo que se lograría mediante la dictación de buenos códigos, ordenados y racionales, que emanaran de un legislador racional que fuera representativo de la voluntad del pueblo. Desde esta perspectiva, la fuente formal más importante del Derecho pasaba a ser la ley o legislación.

Savigny, en lo fundamental, era contrario a esta idea, pues en su opinión la fuente formal más importante del Derecho es la costumbre, por las razones que ahora se pasan a expresar. De acuerdo a él, el Derecho emana de lo que llama el espíritu del pueblo. Ahora bien, la fuente formal más próxima a este espíritu del pueblo, nos dice, es la costumbre. Pero ya Savigny en su tiempo entendió que la costumbre, según lo expone en su principal obra, intitulada "Sistema de Derecho Romano Actual", sólo en una parte minoritaria es costumbre popular. Lo que ocurre, siempre en opinión suya, es que se ha transformado o ha ido

evolucionando hasta convertirse en una costumbre judicial que se expresa en las sentencias de los tribunales y, sobre todo, en un Derecho científico que se encuentra en los tratados y en las obras de los grandes juristas. Sólo después de todo esto viene para él la legislación o Derecho legislado. Conforme a Savigny la principal fuente del Derecho no debe ser ni la ley, e incluso tampoco las sentencias judiciales, sino que la ciencia del Derecho. Este autor tomaba como modelo universal del Derecho al Derecho Romano, el que logró desarrollarse alcanzando una enorme altura científica gracias a sus grandes jurisconsultos. Como se dijo, Savigny era contrario al Derecho legislado, en especial a la codificación, pues constituían una fosilización, un estancamiento del Derecho. En su tiempo se propuso por diversas personas, incluyéndose en ellas eminentes juristas, entre los que destacaba Justus E. Thibaut, que se dictara un código civil común para todos los Estados alemanes, lo que se haría, apoyándose en parte en el código francés. Savigny publicó un libro, una especie de ensayo, oponiéndose a esta idea, específicamente al Derecho legislado y a la codificación. Esta obra, intitulada "De la Vocación de Nuestro Tiempo para la Legislación y la Ciencia del Derecho", ha pasado a ser clásica dentro de la teoría jurídica, recurriéndose siempre a ella cada vez que se discute acerca de si conviene o no legislar y de qué modo. Pero no se trataba de una oposición total y absoluta a la idea de legislar y codificar el Derecho, sino que sostenía que esta legislación, si es que había necesidad de ella, debía ser mínima y, sobre todo, debía encontrarse muy fundamentada en trabajos previos llevados a cabo por la ciencia del Derecho. Los grandes juristas, en su opinión, debían preparar cualquiera legislación que se dictara con posterioridad.

8.2. **Elementos de la costumbre.** Sobre la base de la definición que formulamos de costumbre jurídica podemos distinguir en ella dos elementos: el elemento objetivo o externo y el elemento subjetivo o interno.

8.2.1. **Elemento objetivo o externo.** Está constituido por un conjunto de actos que practica una comunidad. Dentro de él, podemos distinguir los siguientes subelementos:

a. **Pluralidad de actos.** Obviamente para que determinados actos humanos puedan ser constitutivos de una costumbre jurídica, no debe tratarse de actos aislados y ocasionales, sino que han de ser múltiples, por ello hablamos de una pluralidad de actos.

b. **Los actos constitutivos de la costumbre deben repetirse por un período prolongado.** Esto también resulta obvio, pues para que ciertos actos llevados a cabo por los

hombres puedan, en definitiva, ser considerados como costumbre jurídica deben repetirse a lo largo del tiempo. Si ocurren en una sola oportunidad o en un espacio de tiempo muy breve, indudablemente no se transforman en costumbre jurídica. Ahora bien, cuando decimos que tales actos deben repetirse durante un tiempo prolongado, estamos hablando de una manera poco precisa. De hecho éste es uno de los problemas que se presentan para determinar cuándo nos encontramos ante una costumbre jurídica, porque, por ejemplo, en algunos casos podrá entenderse que estamos ante un tiempo prolongado cuando han transcurrido cien años o más, en cambio, en otros bastará con un par de décadas e incluso menos. Sin entrar en mayores detalles, nos parece que los antiguos tenían una forma de considerar el tiempo algo distinto a la nuestra, daba la impresión que todo transcurría más lentamente.

c. **Uniformidad de actos.** Los actos constitutivos de la costumbre deben ser básicamente los mismos, o si se quiere del mismo tipo. Ello hace que se constituyan en costumbre.

d. **Publicidad de los actos.** Los actos constitutivos de la costumbre deben ser conocidos, por los miembros de la sociedad que son regulados por ella. Sin duda, darlos a conocer resulta más complejo e incierto que dar a conocer el contenido de una ley. Esto último es relativamente sencillo, así en Chile se lleva a cabo publicando la ley en el Diario Oficial. De igual modo, en la mayoría de los demás países se adopta una solución similar. En cambio, en el caso de la costumbre, los miembros de la sociedad en que ella rige, van tomando conocimiento lenta y paulatinamente, y de una manera más bien informal, de los actos que la constituyen.

e. **Generalidad de actos.** Los actos constitutivos de la costumbre, para que efectivamente se constituyan en costumbre jurídica, tienen que ser practicados por todos o por la inmensa mayoría de los miembros de la sociedad en que ella rige. Por el contrario, si sólo los practica una persona aislada, o un grupo reducido, no habrá, costumbre jurídica.

8.1.1. **Elemento subjetivo o interno.** En la última parte de la definición de costumbre jurídica, es decir, en "la convicción de que responde a una necesidad jurídica", encontramos este segundo elemento, al que llamamos subjetivo o interno. Con él, quiere significarse simplemente que la costumbre es obligatoria como norma jurídica. En consecuencia, puede

sostenerse que la obligatoriedad de la misma, reside en este elemento a que acaba de hacerse referencia.

8.2. **Formación de la costumbre. Vamos a distinguir las siguientes etapas en el proceso de formación de la costumbre:**

8.3.1. **El hábito.** Entenderemos por hábito, la práctica repetida y prolongada en el tiempo de ciertos actos por una o muchas personas, considerándolas aisladamente, no como grupo.

8.3.2. **La generalización del hábito.** Esta práctica prolongada de un acto por parte de los individuos considerados de manera aislada, pasa después a realizarse por el grupo social, considerado como entidad colectiva. Ya no son los individuos aisladamente quienes, practican dicho acto, sino que el grupo que lo considera como suyo. Tal vez un ejemplo de estos hábitos generalizados lo podemos encontrar en las normas de uso y trato social, o en ciertas fiestas populares.

8.3.3. **La internalización, o interiorización, del hábito.** Para que nos encontremos ante la costumbre jurídica, o si se quiere, ante la costumbre como fuente formal del Derecho, no basta con que exista un hábito de los individuos, ni siquiera un hábito del grupo, o hábito generalizado, como lo denominamos (el hábito generalizado a veces también es denominado costumbre, pero no en el sentido jurídico de la expresión, sino que como una costumbre no jurídica), sino que, a este hábito generalizado debe añadirsele un elemento subjetivo o interno. Este último, consiste en la convicción del grupo, en cuanto cree que las prácticas constitutivas de la costumbre responden a una necesidad jurídica. Es decir, que ella es obligatoria. Alcanzado este punto podemos preguntarnos, ¿cuándo entra en vigencia la costumbre considerada como fuente formal del Derecho? Si, por otra parte, nos preguntamos primero cuándo entra en vigencia la ley, podemos observar que se trata de un asunto relativamente fácil de resolver, ya que ello ocurre, cuando es publicada en el Diario Oficial. Pero esta pregunta, con relación a la costumbre, no la podemos responder con la misma facilidad. Quizás lo máximo que cabe decir con respecto a ella, es que entra en vigencia cuando el grupo social adquiere la convicción de que responde a una necesidad jurídica. Pero, sin duda, no resulta sencillo precisar tal momento. Así entonces, no podemos sino contrastar la certeza que posee la ley, el Derecho legislado en general, con la imprecisión de que se encuentra revestida la costumbre jurídica.

8.1.

Clasificación de la costumbre.

La costumbre puede ser clasificada atendiendo a diversos criterios. Nosotros consideraremos los siguientes:

8.4.1. Según la posición que la costumbre tenga con respecto a la ley.

8.4.2. Según el sector que abarca.

8.4.3. Según las personas que la observan.

8.4.4. Atendiendo al carácter popular o técnico que posea la costumbre.

8.1.1. **Clasificación de la costumbre según la posición que tenga con respecto a la ley.**

Considerando la posición, o si se quiere, la relación en que la costumbre puede encontrarse con respecto a la ley, va a distinguir tres clases en ella: costumbre según la ley, costumbre fuera de la ley o en silencio de la ley, y, costumbre contra ley o contra legem.

a. **Costumbre según la ley.** Es aquélla en que la ley se remite a la costumbre. Es la propia ley la que señala los casos en que la costumbre tiene fuerza obligatoria. En nuestro ordenamiento jurídico, esta costumbre según la ley la encontramos consagrada en el artículo 2º del código civil, el que expresa: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella." Más adelante, cuando nos refiramos al valor que se le otorga a la costumbre en el Derecho chileno, volveremos a analizar este precepto. Por ahora, simplemente vamos a dejar planteada una discusión que puede ser interesante en teoría, pero que tal vez no se ha mostrado muy fecunda en la práctica: ¿cuál es la auténtica naturaleza de esta costumbre según la ley o de acuerdo a la ley?. Hay quienes han sostenido que la costumbre según la ley no es una auténtica fuente formal del Derecho, ya que, si para ser considerada obligatoria es necesario que sea la ley la que en cada caso le otorgue dicha obligatoriedad, entonces la verdadera fuente formal sería la ley y no la costumbre. Pero no todos aceptan este planteamiento, porque, según afirman la costumbre constituye la fuente formal directa en el caso de la costumbre según la ley, siendo esta última sólo fuente formal indirecta. Añaden, que razonando de la manera de los que sostienen la otra tesis, perfectamente podría llegarse a la conclusión que la única fuente formal de todo el ordenamiento jurídico, sería la Constitución Política, puesto que en ella encuentran su fundamento de validez, es decir su fuerza obligatoria, todas las demás normas.

b. **Costumbre fuera de la ley o en silencio de la ley.** Es aquella en que la ley nada dice acerca de la fuerza obligatoria que posee la costumbre. En este caso, no estamos ante una costumbre según ley, porque ésta no se remite a ella, no le otorga fuerza obligatoria. Tampoco se trata de una costumbre contraria a la ley, porque no la contradice. Más adelante estudiaremos qué tipo de fuerza obligatoria posee esta clase de costumbre en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Por ahora, bástenos con fijar su concepto.

c. **Costumbre contra la ley o contra legem.** Es el caso de la costumbre que se encuentra en contradicción con la ley. Resulta interesante de ser analizado, sobre todo considerándolo desde la perspectiva del Derecho comparado. En el ordenamiento jurídico chileno, y en general en los ordenamientos de Derecho legislado, la costumbre no pone término a la vigencia de la ley. Esto ya lo destacamos al tratar la derogación de la ley y del término de vigencia de la misma. En consecuencia, entre nosotros, ningún valor tiene la costumbre contraria a la ley, salvo el caso muy puntual y específico de la ley indígena.

8.1.1. **Clasificación de la costumbre según el sector que abarca.** Cuando clasificamos a la costumbre atendiendo al sector que abarca, estamos tomando en consideración un criterio territorial. Conforme a él podemos distinguir entre:

- a. Costumbre general. Es aquella que tiene vigencia en todo el territorio de un Estado o país.
- b. Costumbre local. Es aquella que tiene vigencia sólo en un determinado sector o parte del territorio de un país.

Se dice, al respecto, que la costumbre popular, es decir, aquella costumbre jurídica que tiende a practicar el común de los ciudadanos, suele ser fundamentalmente localista. Por ejemplo, alguien podría afirmar que determinadas costumbres se practican en Chiloé y no en Temuco.

8.1.1. **Clasificación de la costumbre considerando las personas que la observan.** De acuerdo a las personas que la observan, la costumbre jurídica puede ser clasificada en: costumbre común y costumbre particular.

- a. **Costumbre común.** Es aquella costumbre jurídica observada por la generalidad de las personas, cualquiera sea su condición dentro de la sociedad, no importando el rol social que

desempeñan. Esto es importante tenerlo en consideración sobre todo desde un punto de vista histórico, porque en el pasado, (pensemos en la situación imperante antes de la Revolución Francesa) las costumbres eran distintas según la clase social a la que se pertenecía. No eran las mismas, las costumbres que observaba la nobleza que aquellas que observaba el estado llano. Se dice que uno de los logros de la Revolución Francesa fue, precisamente, el establecimiento del principio de la igualdad ante el Derecho o, como se dice también, de la igualdad ante la ley. Efectivamente, este principio se encuentra consagrado en casi todos los ordenamientos jurídicos actuales, incluso el chileno, en que la Constitución establece el principio de igualdad ante la ley. Además el código civil señala en su artículo 14 que "La Ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros". La costumbre antiguamente hacía discriminaciones. Hoy entendemos que no puede existir una discriminación personal basada en la costumbre. Con todo, se puede reflexionar hasta qué punto opera realmente en la práctica el principio de igualdad ante el Derecho. Lo importante es que las discriminaciones no sean arbitrarias.

b. **Costumbre particular.** La que practica sólo un grupo o clase social. Pueda ser aceptada cuando no constituye una discriminación arbitraria.

8.1.1. **Clasificación de la costumbre atendiendo a su carácter popular o técnico.** La base de esta clasificación de la costumbre fue propuesta por Federico Carlos Savigny en el siglo XIX, en su obra "Sistema de Derecho Romano Actual". En verdad es, quizás, la más interesante que puede formularse con respecto a la costumbre.

a. - **Costumbre popular.** Es aquella que, como su nombre lo indica, es practicada por la generalidad de los ciudadanos. En otras palabras, que es practicada por el pueblo todo.

b. - **Costumbre técnica o especializada.** Es aquella que practican únicamente los juristas o, mejor aún, los conocedores o expertos en Derecho. Estos, bien son los juristas propiamente tales o científicos del Derecho, o bien son los jueces.

8.1. **Características de la costumbre:** Se le suelen atribuir las que a continuación se pasan a enumerar:

a. **Surge espontáneamente.** La costumbre no es el resultado de una actitud reflexiva por parte de los miembros de la comunidad en que surge, sino más bien es la voluntad popular expresada natural y espontáneamente durante un lapso de tiempo prolongado. Savigny señalaba que la costumbre como fuente formal del Derecho era muy cercana al espíritu del

pueblo. Por ello refleja mejor que la ley a éste, debiendo, por consiguiente, preferírsela a la ley como fuente formal, ya que todo Derecho surge del espíritu del pueblo. Conviene recordar que nos estamos refiriendo a la costumbre popular, y 110 a la costumbre especializada y técnica, ya que esta última, sea considerada como ciencia jurídica o como actividad de las jueces, sin duda que tiene un carácter reflexivo igual o superior al de la ley.

b. **Es de formación lenta.** La práctica tarda en constituirse en costumbre, ya que debe prolongarse en el tiempo, como expresión del acuerdo de la comunidad. La ley tiene, comparativamente hablando, un proceso de formación más rápido, sin perjuicio del retardo de ciertos proyectos de ley en las cámaras del Congreso.

c. **No tiene autor conocido.** En cuanto no puede individualizarse a un sujeto determinado como autor de la costumbre. El autor de la costumbre es el grupo social del que nace la norma de conducta, cuya práctica constante y uniforme, le dará el carácter de fuente formal.

En la costumbre especializada o técnica es posible identificar a los autores de la misma. De igual forma es posible conocer el autor de la iniciativa legislativa que da origen a una determinada ley.

d. **Tiene cierto grado de imprecisión.** Está constituida por elementos que poseen algún grado de incertidumbre. Es difícil, por ejemplo, determinar si los miembros de la comunidad tienen la convicción de que la norma de conducta responde a una necesidad jurídica, o cuan antigua es, o si la practica efectivamente un número elevado de personas. La costumbre especializada o técnica, en cambio, tiene un grado de precisión incluso superior que la ley, por ejemplo, una sentencia judicial que aplica un conjunto de normas jurídicas a un caso concreto.

e. **Tiende a ser particularista y localista.** Surge de prácticas sociales de los miembros de una comunidad determinada, quien la tienen como costumbre jurídica.

8.1. **Paralelo entre costumbre y Derecho legislado.** Este paralelo se formula contraponiendo las características que hemos atribuido a la costumbre, con el Derecho legislado.

- a. - La costumbre surge espontáneamente; la ley, en cambio, lo hace de manera reflexiva.
- b. - La costumbre es de formación lenta; la ley, comparativamente, es de formación rápida.

- c. - La costumbre no tiene autor conocido; por el contrario, se conoce el autor de la iniciativa legislativa y el órgano del que emana.
- d. - La costumbre tiene un carácter impreciso; la ley posee un mayor grado de precisión.
- e. - La costumbre es localista y particularista; la ley, en la mayoría de los casos, es general, aplicándose sobre todo el territorio y a todas las personas.

8.1. **Valor de la costumbre en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

Para determinar cual es el valor de la costumbre en el Ordenamiento Jurídico Chileno, vamos a distinguir entre las diversas ramas del mismo, pues suele variar de una a otra, por ejemplo, no es igual el valor que ella posee en el Derecho civil, con aquel que tiene en Derecho comercial o en Derecho constitucional. Además, consideraremos la posición de la costumbre con respecto a la ley, es decir, si se trata de una costumbre según la ley, fuera de la ley o contraria a ella. Teniendo presente lo que acaba de señalarse, pasemos a examinar el valor, o fuerza obligatoria, que la costumbre tiene en algunas ramas de nuestro ordenamiento jurídico.

8.1.1. **En Derecho civil.** El artículo 2 del código civil, establece la regla sobre qué valor se le otorga a la costumbre en este campo. Señala lo siguiente: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Conforme a este precepto, en la rama del Derecho a que estamos haciendo referencia, se admite, o tiene valor, sólo la costumbre según la ley, o, como lo señala el texto que acaba de transcribirse cuando la ley se remite a la costumbre. Más específicamente, cuando es la ley quien le confiere fuerza obligatoria. Como ya se hizo notar, dada la redacción de la norma recién mencionada, se ha discutido si la auténtica fuente formal en este supuesto es la costumbre, o bien, es la ley que le atribuye obligatoriedad. Nos remitimos a lo antes expresado acerca de este particular. Algunos ejemplos, o casos, en que la ley se remite a la costumbre son, entre otros, los que a continuación se pasan a mencionar. El artículo 1546 del código civil, cuyo tenor expresa que: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". También tenemos a los

artículos 1938, 1940, 1944, 1951, 1954, 1986, 2117 y algunos más del código que estamos considerando.

8.1.2. **En Derecho comercial.** En esta rama del Derecho, tiene fuerza obligatoria tanto la costumbre según la ley como la costumbre fuera de la ley. Como puede observarse, el Derecho comercial admite con mayor amplitud que el civil el valor de la costumbre, pues no se limita a aceptar sólo a la que es según la ley, sino que además a aquélla que se denomina en silencio de la ley, o fuera de la ley. Esto se debe a que las actividades del comercio contienen una serie de prácticas o usos propios, a los cuales el Derecho ha querido darles reconocimiento jurídico. Por esta razón, el Derecho mercantil es el que en nuestro ordenamiento acepta de manera más amplia la costumbre, con la excepción de algunos preceptos de la ley indígena.

En Derecho comercial, cuando estamos ante la costumbre según la ley se aplica la misma regla establecida en el código civil. Es decir, la costumbre tiene fuerza obligatoria cuando la ley se remite a ella. Ahora bien, si nos preguntamos, ¿por qué tiene valor en el Derecho comercial chileno la costumbre según la ley? La respuesta se encuentra en lo que dispone el artículo 2º del código de comercio, que hace supletorias, para aquéllas materias mercantiles que no se encuentren por él reguladas, las normas del código civil. Señala lo siguiente: "En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil". Así entonces, como el código de comercio no regula, no hace referencia, a la costumbre según la ley en materia mercantil, entonces, supletoriamente, se le aplican las disposiciones del código civil.

En cambio, en lo que respecta a la costumbre en silencio de la ley, es el propio código de comercio quien señala, en su artículo 4º, que tiene fuerza obligatoria cumpliéndose con determinados requisitos. Veamos lo que expresa esta norma: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio". Así entonces, para que la costumbre en silencio de la ley, en Derecho comercial, tenga fuerza obligatoria se requiere que los actos que la constituyen sean:

- a. - Uniformes, es decir, de una misma clase.
- b. - Públicos, esto es, conocidos por los miembros de la comunidad.

- c. - Generalmente ejecutados en el territorio nacional a en una localidad determinada, admitiéndose como costumbre nacional o local respectivamente.
- d. - Ejecutados por un largo espacio de tiempo, cuestión que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio, pero como estos no se han creado, la referencia debe entenderse hecha a los tribunales ordinarios de justicia con competencia en materia civil.

A propósito de la expresión empleada por el recién citado artículo 4° del código de comercio cuando señala que, "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley...", se ha planteado el problema sobre si esta clase de costumbre mercantil cumple, o no una función integradora, de llenar los vacíos que puedan existir en el ordenamiento jurídico. Al respecto la mayor parte de los autores afirma que sí cumple esta función integradora. Por nuestra parte no compartimos totalmente este planteamiento, pues para integrar el ordenamiento jurídico es necesario que existan vacíos, que no existan normas que regulen el caso, pero ocurre que la costumbre jurídica mercantil constituye una fuente formal del Derecho, y por lo tanto, una norma jurídica reguladora de una situación determinada. Por consiguiente, no integra al ordenamiento jurídico, sino que la función que realiza, en cuanto norma jurídica, es regular un caso no reglamentado por la ley, lo que resulta ser algo distinto que integrar al ordenamiento considerado como un todo.

A esta disposición del artículo 4° del código de comercio, hay que agregar lo que señala el artículo 5° del mismo cuerpo legal sobre la única forma de probar la costumbre en silencio de la ley (que se diferencia de la forma de probar la costumbre según la ley) y lo que indica el artículo 6° acerca de la función interpretativa que cumple la costumbre en Derecho mercantil. Veamos lo que disponen cada uno de estos preceptos. El artículo 5° señala: "No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios: 1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, haya sido pronunciada conforme a ella. 2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba". Como se indica en el precepto transcrito, la única forma de probar la costumbre en silencio de la ley es la que en él se señala, cuando la misma no consta a los juzgados de comercio. A contrario sensu. si ella consta a tales tribunales, no hay necesidad de probarla. Distinta en cambio, es la manera de probar la costumbre según la ley. Como no se dan reglas especiales a su respecto, se ha entendido que pueden emplearse todos los medios de prueba que la ley admite, tales como

instrumentos, testigos, confesión de las partes, informe de peritos, etc. (art.1698 del C.C.). Ahora, en lo que respecta al artículo 6° del código de comercio, diremos solamente que le asigna a la costumbre una función interpretativa. Expresa lo siguiente: "Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles". Alcanzado este punto, nos vamos a plantear la pregunta que indaga, ¿por qué debe probarse la costumbre jurídica? Al respecto se ha hecho notar, con buen fundamento, que ella no tendría que probarse, pues es una fuente formal, por tanto norma jurídica, siendo, en consecuencia, Derecho. Se agrega, a modo de conclusión, que como el Derecho no se prueba, sino que se presume conocido, la costumbre jurídica no requiere ser probada. A esto se responde, por una parte, diciendo que si bien la costumbre es norma jurídica, es Derecho, ella carece de los órganos y de los medios que permitan fijarla con certeza, como ocurre, por ejemplo, con la ley que emana de un órgano como es el poder legislativo, y se publica en un medio como es el Diario Oficial. Este es el motivo por el cual la costumbre requiere ser probada ante los tribunales. Por otra parte, se argumenta algo distinto, señalándose que lo que se prueba no es la costumbre propiamente tal, en cuanto norma jurídica. Lo que se prueba, afirman, son los hechos constitutivos de la costumbre. Al razonar de esta manera, consideran que se está respetando el principio, universalmente aceptado, que sostiene que el Derecho se presume conocido y que, por ello, no se prueba.

8.1.1. **En Derecho constitucional.** No se admite el valor la costumbre jurídica en ninguna de sus formas. Existe un principio que señala que en Derecho público sólo puede hacerse lo que la ley permite. En Derecho privado en cambio, puede hacerse todo aquello que la ley no prohíbe. Al ser rama del Derecho público, en el Derecho constitucional sólo puede hacerse lo que establece la ley. En consecuencia, la costumbre por no ser ley, carece de fuerza obligatoria. Existen diversas disposiciones de texto positivo que consagran este principio. Uno de ellos es el inciso 2° del artículo 7° de la Constitución, que señala: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas, pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". De acuerdo con este precepto, en el Derecho público chileno rige el principio de sujeción y obediencia a la Constitución y a las leyes, tanto por parte de los ciudadanos como por parte de las autoridades.

No obstante, este principio teórico tan claro que postula que la costumbre no tiene valor en el campo del Derecho constitucional, se han presentado situaciones en los hechos en que se la ha aceptado. Uno de estos casos, y al que ya hemos hecho referencia, lo encontramos en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1925. Esta, no autorizaba al Poder Legislativo para delegar facultades en el Ejecutivo para que pudiese dictar decretos con fuerza de ley. No obstante ello, se introdujo la costumbre, desde un punto de vista doctrinario inconstitucional, de efectuar tal delegación.

8.1.2. **En Derecho administrativo.** Al ser éste una rama del Derecho Público, por el principio antes señalado, no se admite que la costumbre tenga valor en su ámbito. Sin embargo, el ex Contralor General de la República y profesor de Derecho Administrativo, don Enrique Silva Cimma, señala que se le puede reconocer fuerza obligatoria en alguno de los siguientes casos: (a) Cuando complementa la ley. (b) Cuando asegura su eficacia, (c) Cuando suple la falta de ley. Carece en cambio de valor jurídico cuando es contraria a la ley o cuando significa el ejercicio de prácticas políticas o burocráticas abusivas.

8.1.3. **En Derecho procesal.** La costumbre no tiene ningún valor en este campo, por ser una rama del Derecho Público. Sólo se limita en algunos casos a precisar el sentido, alcance y forma de aplicación de las normas procesales.

8.1.4. **En Derecho penal.** Tampoco tiene valor la costumbre en este ámbito. Ello por dos razones. En primer lugar porque esta rama pertenece al campo del Derecho Público. En segundo lugar, porque en ella rige el principio de la "legalidad o reserva". El mismo puede expresarse del siguiente modo: *Nullum crimen milla poena sine lege scripta, stricta y previa*, esto es, no hay delitos sin ley expresa que sancione dicha conducta, y no hay otras penas que las que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Se encuentra consagrado en los artículos 19 número 3, incisos 7° y 8° de la Constitución, y en el artículo 18 del Código Penal.

8.1.5. **En la ley indígena.** En esta ley, encontramos una norma que le da una amplia acogida a la costumbre como fuente del Derecho, más que en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, inclusive más que en el Derecho comercial. Se trata de su artículo 54, que dispone: "La costumbre hecha valer enjuicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la

República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir de antecedente para la aplicación de un eximente o atenuante de responsabilidad". Como puede observarse, conforme a este precepto, cumpliéndose con los supuestos que señala, se admite no sólo la costumbre según la ley y en silencio de la ley, sino que también parece aceptarse la costumbre contraria a la ley. La única clase de costumbre que expresamente queda excluida, es la contraria a la Constitución.

9. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho.

9.1. **Significados del término jurisprudencia.** El término jurisprudencia posee diversas acepciones, entre ellas, consideraremos las que nos parecen más pertinentes para entenderlo como fuente formal del Derecho. Así, desde un punto de vista histórico se puede señalar que en el Derecho romano hacía referencia al Derecho de los prudentes, esto es, al Derecho elaborado por los jurisconsultos romanos a quienes se los designaba por ese nombre. De aquí entonces la denominación latina de iuris prudentia, o lo que es lo mismo, Derecho de los prudentes. Conviene destacar en este punto, que la importancia del aporte de los grandes juristas romanos a la ciencia del Derecho es, prácticamente, inigualable en la historia de nuestra disciplina. Por todo esto, se puede afirmar que los romanos usaron la palabra jurisprudencia con el sentido de ciencia del Derecho, o estudios sobre el Derecho. Este primer significado del término se ha mantenido en alta medida a lo largo de los siglos, llegando hasta nuestros días. Por ejemplo, en Italia a las facultades de Derecho se las conoce con el nombre de facultades de jurisprudencia, queriendo significar con ello que se trata de facultades de ciencia del Derecho. Añadiremos, que todavía se usa en este término para designar a los estudios sobre el Derecho. En este sentido, vamos a destacar el caso de los países anglosajones, como Inglaterra y los Estados Unidos, en que la palabra jurisprudencia, jurisprudence, se emplea, principalmente, para hacer referencia a cierta clase de estudios sobre el Derecho. Específicamente, a los estudios de carácter general acerca del mismo, tales como la filosofía del Derecho, la ciencia general del Derecho o la teoría general del Derecho.

Pero en la actualidad, en los países del continente europeo y en América Latina, por tanto también en Chile, se usa principalmente el término jurisprudencia para designar a los fallos o

sentencias de los tribunales de justicia y de otros órganos jurisdiccionales. Sólo secundariamente se lo emplea en su significado tradicional de ciencia del Derecho. Ahora bien, es, este concepto de jurisprudencia en la acepción de fallos de los tribunales, el que debe entenderse como fuente formal. El mismo posee un sentido amplio y otro restringido. En su significado amplio entenderemos por jurisprudencia al conjunto de los fallos de los tribunales de justicia y de otros órganos jurisdiccionales sobre cualquier materia y en cualquier sentido en que hayan sido pronunciados. A este respecto debemos tener presente que son, normalmente, los tribunales de justicia quienes resuelven mediante fallos o sentencias, que constituyen la culminación del respectivo juicio o proceso, los conflictos entre partes, que pueden ser tanto particulares como instituciones estatales. Pero, ocurre que además de los tribunales de justicia existen otros órganos con facultades jurisdiccionales. En Chile, por ejemplo, tenemos órganos tales como el Servicio de impuestos Internos, la Dirección del Trabajo, la Contraloría General de la República, etc., quienes también resuelven conflictos de intereses entre partes de la manera antes señalada. Con todo, hay que tener en cuenta que las resoluciones o sentencias dictadas por estos órganos son siempre susceptibles de ser recurridas ante los tribunales ordinarios de justicia.

En su acepción restringida la palabra jurisprudencia, que ahora consideramos, se refiere a un conjunto de fallos dictados por los tribunales de justicia en una misma clase de materias y en un mismo sentido. Por ejemplo, en una materia de Derecho civil, relativa al contrato de compraventa, en que se discute si ella constituye o no enajenación, la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de establecer que no lo es. A este resultado se llegó a propósito de los problemas suscitados en la aplicación por nuestros tribunales de justicia del artículo 1464 número 3° del código civil que dispone: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 3° De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello..." La duda que se planteó con respecto a este precepto fue la relativa a si las cosas embargadas por decreto judicial podían o no venderse. La norma es clara en cuanto dispone que esas cosas no pueden ser enajenadas. Entonces, la pregunta que surge es si el contrato de compraventa constituye o no enajenación. La respuesta, prácticamente unánime, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, fue que no constituye enajenación, pues ella por si sola no transfiere el dominio. Sobre el particular, debe señalarse que en el Derecho civil chileno, al igual que en el Derecho romano, para transferir el dominio de una cosa se requiere de un *título* y de un *modo de adquirir*. Sobre el punto recordaremos que el

título es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente y habilita la transferencia del dominio. El modo de adquirir, en cambio, es el hecho o acto jurídico que efectivamente transfiere el dominio. En nuestro sistema, el contrato de compraventa es un título, específicamente lo que se denomina un título traslativo de dominio, por tanto, un acto jurídico que sirve de antecedente y habilita para la transferencia del mismo, pero que no lo transfiere. Para que la transferencia se produzca debe operar, después del título, otro hecho o acto jurídico que es el modo de adquirir. No entraremos aquí en más detalles sobre este importante tema, sólo agregaremos que existen diversos títulos traslativos de dominio, entre ellos la compraventa es uno de los más importantes y, tal vez, el de mayor utilización. Asimismo, existen diversos modos de adquirir el dominio de las cosas, entre ellos la tradición es uno de los más importantes, y quizás el más utilizado. De acuerdo al artículo 670 del código civil: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas -a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo." Como puede observarse, la tradición se realiza por la entrega que el dueño hace de la cosa, cuyo dominio se pretende transferir, a otro que tiene la intención de adquirirla. Esta intención mutua, de transferir el dominio por *un* a parte, y de adquirirlo por la otra, se encuentra en el título, en nuestro ejemplo en la compraventa, que precede a la tradición. Todo este análisis es el que ha llevado a concluir, como se dijo, que la compraventa no es enajenación, puesta que esta no transfiere el dominio, sino que la enajenación se produce cuando opera el modo de adquirir, en nuestro caso la tradición, es decir, la entrega de la cosa vendida por parte del dueño al adquirente. Por último, haremos notar que si bien la compraventa no constituye enajenación, no es posible responder ahora, sin entrar en muchas otras consideraciones (por ejemplo el artículo 1810 del c.c.) que no son pertinentes en esta oportunidad, si pueden o no venderse las cosas embargadas por decreto judicial a que se refiere el artículo 1464 número 3º del código civil.

9.2. **¿Es la jurisprudencia una auténtica fuente formal del Derecho?.-** Determinar si la jurisprudencia constituye *un* a auténtica fuente formal del Derecho es un tema que se encuentra íntimamente relacionado con el problema relativo a si la jurisprudencia es meramente declarativa o bien es creadora de Derecho, asunto que trataremos más adelante. El principio de una respuesta a esta interrogante lo encontramos en el, ya conocido por

nosotros, inciso segundo del artículo 3° del Código Civil: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren." En reiteradas oportunidades hemos señalado que este precepto lo que en el fondo afirma es que las sentencias judiciales obligan sólo en la causa o juicio en que ellas se pronuncian. Más concretamente, obligan a las partes implicadas en la causa y no a terceros extraños a ella.

Así expuestas las cosas, opinamos que en el Ordenamiento Jurídico Chileno, y en otros similares al nuestro, las sentencias judiciales constituyen una fuente formal, pero de aplicación limitada, ya que obligan únicamente para el caso, no constituyendo precedente. En esto se diferencia el Ordenamiento Jurídico Chileno de los ordenamientos jurídicos anglosajones donde la jurisprudencia, sobre todo la de los tribunales superiores de justicia, en especial la de la Corte Suprema, llega a constituir precedente. Esto es, una vez resuelto un asunto por los tribunales en un sentido, los fallos posteriores que se dicten sobre la misma materia deben sujetarse al precedente. En Chile, los tribunales inferiores de justicia no se encuentran obligados a fallar en la misma forma en que antes lo han hecho los superiores en un caso similar. Pero a pesar de que no tienen esta obligación legal, en los hechos, los tribunales inferiores siguen el sentido de los fallos de los superiores, en especial de la Corte Suprema, la que normalmente termina conociendo de toda clase de asuntos, sea por la vía del recurso de casación, que es lo normal, o por la vía del recurso de queja. Por ello, es importante para los abogados que litigan en un juicio darle a conocer al tribunal como han sido fallados con anterioridad otros casos similares al actual. Por esta razón los abogados permanentemente están consultando fallos anteriores y es por ello, también, que existen tantas revistas en nuestro país que se dedican a publicar fallos de los tribunales de justicia, por ejemplo, la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", la "Gaceta Jurídica", la revista "Fallos del Mes", etc.

Volviendo al tema sobre si en nuestro Derecho la jurisprudencia es fuente formal o no, y más allá de lo que diga el inciso 2° del artículo 3° del código civil, abordaremos el problema intentando resolver la interrogante referente a si las sentencias judiciales son creadoras de Derecho o bien son meramente declarativas. En nuestro país, y en otros, hay toda una tradición que sostiene que las sentencias judiciales son meramente declarativas. Quienes así opinan, lo que afirman es que el juez en su sentencia, se limita a repetir, o si se quiere, a declarar para el caso concreto, lo que ya está en la ley, sin añadir nada nuevo a ella, sin crear nada. El juez en su sentencia lo que hace es un razonamiento deductivo del mismo tipo que

el silogismo. En este existe una premisa mayor, una menor y una conclusión, que se obtiene o deduce al relacionar esta premisa menor con la mayor. Un típico razonamiento silogístico del modo en que Aristóteles lo concibió, tiene, de acuerdo a un ejemplo clásico, la estructura siguiente:

Premisa mayor: "Todos los hombres son mortales".

Premisa menor: "Todos los griegos son hombres".

Conclusión: "Todos los griegos son mortales". En el caso de la sentencia, la premisa mayor estaría constituida por la ley, la premisa menor por el caso que se somete al conocimiento del tribunal y la conclusión sería la resolución o decisión del asunto que pronuncia el juez. En un razonamiento de este tipo nada se crea. Pues como han dicho desde antiguo los expertos en lógica, nada hay en la conclusión que previamente no se encuentre contenido en las premisas. En la actualidad, desde un punto de vista doctrinario, en general, los autores sostienen que la jurisprudencia es, al menos en parte, creadora de Derecho. Ya que si bien es verdad que el juez dicta la sentencia apoyándose en la ley, siempre en ella añade algo más que no se encuentra en el precepto legal. Algunos autores, Kelsen por ejemplo, dicen que el juez al dictar la sentencia no efectúa un razonamiento deductivo, en el sentido que no deduce, desde un punto de vista lógico, su fallo de la ley. Por esta misma razón es que se afirma que las sentencias judiciales no tienen la estructura de un silogismo, ya que este es una clase de razonamiento deductivo. Lo que el juez hace, de acuerdo al recién nombrado jurista austriaco, es interpretar la ley cuando la aplica para dictar una sentencia. Ahora bien, nos agrega que la ley no tiene un único sentido, sino que siempre es posible encontrar en ella más de uno, dos o más. Por este motivo, opina, que toda ley, toda norma jurídica, constituye para el juez un marco de posibilidades. Cuando el juez interpreta la ley para aplicarla, se encuentra con que tiene que optar por uno de los varios sentidos o significados que se hallan en la misma. Esta opción es, fundamentalmente, un acto de voluntad y no de conocimiento. Por ser un acto de voluntad, que se manifiesta en la sentencia, el juez en ella está añadiendo algo nuevo que no está en la ley, está creando Derecho.

9.3. **¿Es la jurisprudencia meramente declarativa o bien creadora de Derecho?** En parte ya hemos aclarado el problema, destacando que en la actualidad la mayoría opina que

es creadora de Derecho. Aquí nos limitaremos a señalar que sobre el particular se formulan tres posiciones:

- 1° Aquella que dice que la jurisprudencia es meramente declarativa. En este planteamiento se encuentran aquellas teorías que hemos denominado tradicionales, en especial la escuela de la exégesis.
- 2° Otra posición afirma que siempre es creadora de Derecho. Esta es la que tiende a aceptarse actualmente, entre otros Kelsen adhiere a este planteamiento.
- 3° Existe una posición a la que suele llamarse ecléctica, que es sustentada por Eduardo García Maynez. Ella señala que la jurisprudencia a veces es meramente declarativa y en otras oportunidades es creadora de Derecho. Sostiene este autor que es meramente declarativa en todos aquellos casos en que existe una norma en que el juez pueda fundamentar su sentencia, en cambio, afirma que es creadora de Derecho cuando el juez llena un vacío o laguna en el ordenamiento jurídico.

En relación con lo anterior debemos recordar que prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, incluido el chileno, existe lo que se llama el *principio de la inexcusabilidad* conforme a éste, cuando un Juez o Tribunal es requerido en forma legal y en materias de su competencia para que resuelva un asunto controvertido entre partes, dicho juez o tribunal no puede negarse o excusarse de resolver el asunto bajo pretexto que no hay ley que resuelva el caso. Este principio se encuentra contemplado entre nosotros en los artículos 76 inciso 2° de la Constitución Política y 10 del Código Orgánico de Tribunales.

Volviendo al planteamiento de García Maynez y observando lo que sucede en Chile y en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, encontramos que los jueces cuando dictan una sentencia la fundamentan en la ley, encuentran una ley que resuelva el asunto. Son muy pocos los casos en que los jueces sostienen que hay un vacío, recurriendo a la equidad o a otros elementos integradores del Derecho (como la analogía o los principios generales del Derecho) para dictar sus fallos. De este modo en los hechos, de acuerdo a la posición de García Maynez, la jurisprudencia sería en la inmensa mayoría de los casos meramente declarativa. Sólo en una minoría, cuando no hay ley que los resuelva, sería creadora de Derecho. Por todo ello, estimamos que la posición de este autor no puede ser calificada de

ecléctica o intermedia, sino que termina afirmando que jurisprudencia es meramente declarativa, al menos para la gran mayoría de los casos.

10. ***La doctrina como fuente formal del Derecho.***

Tradicionalmente se viene señalando a la doctrina como una de las fuentes formales del Derecho. Como se sabe la doctrina, o más precisamente la doctrina jurídica, está constituida por las opiniones, comentarios y en general por los trabajos de los autores (los juristas) relativos a materias de Derecho. Por tanto, podemos decir que la doctrina viene a ser más o menos equivalente a la ciencia del Derecho, entendiendo esta expresión en un sentido amplio. No hay ninguna duda que la doctrina es un elemento importante dentro de la vida del Derecho, pero de lo que siempre se ha dudado es que ella pueda constituir una fuente formal. Sabemos que las fuentes formales son normas jurídicas que, por ser tales, son obligatorias. Lo cierto es que, la inmensa mayoría de los autores opina que la doctrina no es norma jurídica y, con ello, que no es fuente formal. Esto es así porque los juristas son personas particulares, que actúan en esta calidad, no como autoridades del Estado. No tienen facultades para dictar normas. Sólo por excepción, en algunos períodos de la historia, se le ha otorgado a la doctrina fuerza normativa, dándosele, por tanto, el carácter de fuente formal. Una de estas situaciones excepcionales se dice que la podemos encontrar, por ejemplo, en Roma cuando el emperador Augusto le concedió a determinados jurisconsultos el "ius publici respondendi", pasando de este modo las respuestas que ellos daban a poseer algún tipo de obligatoriedad. Otro caso, es el de la ley de citas del año 426 de nuestra era, en que se otorgó fuerza obligatoria a las opiniones de ciertos grandes juristas romanos. A nuestro juicio, un caso más notable que los anteriores es el Digesto del emperador Justiniano, del siglo VI D.C. En esta obra, el emperador recién nombrado mandó a recopilar las opiniones de los más importantes juristas romanos clásicos, otorgándoles expresamente a ellas fuerza obligatoria. Pero, a propósito de estos casos y de otros similares que se han dado en la historia, sin entrar en mayores detalles, nos parece que en ellos no es la doctrina por sí misma, o por sí sola, la que tiene fuerza normativa, sino que lo decisivo en estas situaciones se encuentra en que la autoridad política, con poder para dictar el Derecho, la promulgó dándole la condición de norma jurídica. En otras palabras, la doctrina fue transformada en norma porque la autoridad con facultades para hacerlo la promulgó como tal.

En la actualidad, como se dijo, se sostiene mayoritariamente que la doctrina jurídica no es una fuente formal del Derecho, sino que es una fuente material. Recordando el concepto de ésta, diremos que son "los diversos factores de orden social, político, económico, cultural, etc. que motivan la dictación de normas jurídicas y que, influyen en contenido". Ahora bien, la doctrina suele motivar la dictación de normas jurídicas e influir en su contenido. Claro está, que esta influencia varía dependiendo de los autores de que se trate, es decir de los autores que la formulen. Pues hay algunos que tienen más importancia, y con ello más influencia, que otros. Así entonces, puede decirse que la doctrina de los autores más relevantes posee más influencia como fuente material que la de aquellos otros que no lo son tanto. Desde Roma hasta nuestros días, encontramos casos de grandes juristas cuya influencia se ha hecho notar en el Derecho positivo de sus respectivos pueblos. Estudiarlos no sólo es conveniente, sino que también necesario. En nuestro propio país han existido algunos profesores de Derecho que han tenido enorme importancia, que han influido con su doctrina jurídica en el contenido de muchas leyes y de la jurisprudencia, destacándose, entre otros, don Luis Claro Solar y don Arturo Alessandri Rodríguez.

Con todo, y a pesar de que en la actualidad la doctrina tiende a no considerarse una fuente formal del Derecho, a veces pareciera que se abre un campo para ella en cuanto fuente de este tipo. Es lo que parece ocurrir con el artículo 342 letra d) del Código Procesal Penal de nuestro país. Este precepto pareciera que le da cierta cabida a la doctrina como fuente formal del Derecho. La norma a que estamos haciendo referencia señala los requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas en materia procesal penal. En lo que nos interesa expresa lo que a continuación se indica. *La sentencia definitiva contendrá: d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.*

11. ***Los actos jurídicos como fuente formal del Derecho.***

Ya en varias oportunidades hemos señalado que los actos jurídicos constituyen una fuente formal del Derecho. No vamos a reiterar aquí una exposición de toda la teoría del acto jurídico así como se trata en Derecho romano y en Derecho civil, porque se estudia en todo su detalle en esas asignaturas. Con todo, cuando nos referimos a la teoría del acto jurídico debemos hacer presente que estamos haciendo alusión a una teoría que ha sido elaborada

en el campo del Derecho privado, en especial del Derecho civil. De tal modo que en nuestro país cuando se habla de acto jurídico se lo relaciona inmediatamente con aquello que los civilistas dicen sobre el particular. Esto no es unánimemente aceptado en la actualidad, porque se hace presente, y con razón, que en otros campos del Derecho y no sólo en el civil se realizan muchos actos que tienen, sin duda, el carácter de jurídicos. Pensemos en todos los actos que se llevan a cabo ante los tribunales de justicia que son actos jurídicos, aunque de carácter procesal, pero que suelen quedar fuera de nuestra consideración porque tradicionalmente la doctrina no los ha tratado dentro de esta categoría. Pensemos también en todos los actos de carácter administrativo que se llevan a cabo ante los órganos de la administración del Estado, son, sin duda, actos jurídicos aunque en el campo del Derecho público y no en otras ramas del Derecho.

Ahora bien, centrándonos en los actos jurídicos en el ámbito del Derecho privado, celebrados u otorgados por personas que actúan en este ámbito, podemos decir que constituyen en nuestro ordenamiento una fuente formal. Claro está, que se trata de una fuente con alcance limitado ya que obligan únicamente, por regla general, a las partes que los celebran y porexcepción a terceros. Los actos jurídicos que con mayor frecuencia constituyen fuente formal del Derecho son:

1º Los contratos y en general las convenciones.

2º Los testamentos y otros actos jurídicos unilaterales. Con respecto a los contratos, ya sabemos lo que dispone el artículo 1545 del código civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes."

12. ***Los actos jurídicos de las personas jurídicas como fuente formal del Derecho.***

Las personas jurídicas, denominadas también personas colectivas o morales, realizan una serie de actos para lograr los fines que les son propios. Estos actos constituyen una fuente formal. Claro está, que se trata de una fuente formal con alcance restringido, puesto que las normas que dictan, o si se quiere, ponen en vigencia, no obligan a todos los habitantes de la República, sino que únicamente a sus miembros y a algunas personas ligadas a ella, como sus funcionarios. Pongamos un ejemplo, la Universidad de Concepción es una persona jurídica de Derecho privado, concretamente se trata de una corporación. Para

que esta corporación pueda funcionar deben dictarse una serie de decretos, reglamentos, etc. De este modo, la Universidad tiene un estatuto que es, por así decirlo, la norma suprema por la cual se rige la institución. Este estatuto viene, más o menos, a equivaler a la Constitución Política del Estado (aunque de ningún modo es exactamente igual); tiene también un reglamento de personal; hay un reglamento estudiantil, etc. Todos son normas jurídicas que regulan el funcionamiento de la institución.

13. ***Los tratados internacionales como fuente formal del Derecho.***

13.1. **Generalidades.** A los tratados internacionales los vamos a considerar también como una fuente formal del Derecho. El profesor Santiago Benadava los define como "un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el Derecho Internacional y destinado a producir efectos jurídicos"¹². En seguida este autor precisa que si bien los tratados internacionales se celebran generalmente entre Estados, esto no significa que sean sólo ellos quienes pueden acordarlos, pues también se encuentran habilitados a este efecto otros sujetos de Derecho internacional, como lo son diversas organizaciones y entidades que operan en este ámbito, tales como la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, la UNESCO, etc. No entraremos en mayores detalles en esta materia, pues la misma se estudia en profundidad en una asignatura de nuestra carrera denominada Derecho Internacional Público.

Pasando a comentar brevemente la definición del profesor Benadava, insistiremos, en primer lugar, en que estos tratados son acuerdos entre sujetos de Derecho internacional, los que, principalmente, son Estados. Se exige además, que el acuerdo internacional sea regido o regulado por el Derecho internacional (público). De tal manera que si se encuentra regulado por normas de Derecho privado no es un tratado internacional. Así por ejemplo, si un Estado celebra con otro un contrato de compraventa de madera, se trata de un simple negocio jurídico de Derecho privado que no se haya regido por el Derecho internacional público, sino por normas de Derecho privado relativas a la compraventa. En cambio, distinta es la situación si dos Estados acuerdan fijar los límites que marcan las fronteras de sus respectivos territorios, éste sin ninguna duda es un tratado internacional, porque se trata de un acuerdo celebrado entre Estados regido por el Derecho internacional público.

¹² Benadava, Santiago. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1993.

El último requisito que el profesor Benadava exige para la existencia de un tratado internacional consiste en que el indicado acuerdo produzca efectos jurídicos. De tal manera que una simple declaración de buenas intenciones hecha entre dos Estados, que no produce efectos jurídicos, no sería un tratado internacional.

13.2. **Clasificación de los tratados internacionales.**- Los tratados internacionales se clasifican de diversas formas. Nosotros consideraremos únicamente aquella clasificación que distingue entre tratados bilaterales y tratados multilaterales.

- a. **Tratados internacionales bilaterales** son aquellos en que los sujetos de la relación jurídica, es decir, los sujetos que celebran el tratado son únicamente dos, normalmente dos Estados. Por ejemplo, Chile celebra un tratado internacional con Argentina fijando sus respectivos límites territoriales.
- b. **Tratado internacionales multilaterales**, son aquellos en que los sujetos de la relación jurídica son más de dos partes. Por ejemplo, puede darse el caso que todos los Estados de América acuerden celebrar un tratado de libre comercio. En la actualidad es común la celebración de esta clase de tratados. Podemos mencionar entre muchos otros a la Carta de las Naciones Unidas y al llamado Tratado de Roma de 1957, que dio origen a la Comunidad Económica Europea.

8.1. **Fases en el proceso de formación de los tratados internacionales.** Los especialistas en Derecho internacional opinan que no existe un procedimiento universalmente aceptado para la formación de los tratados internacionales, que señale con todo detalle cada una de sus etapas. Pues en cierta medida ello se suele dejar a lo que libremente acuerden las partes. No obstante esta situación, existe cierta uniformidad en la materia debido a las normas que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969. Apoyándose en antiguos antecedentes doctrinarios, y también en lo que la Convención recién nombrada dispone. Los autores suelen distinguir entre una fase externa y una fase interna en la formación de los tratados. La primera, consiste básicamente en los análisis, estudios y discusiones que se efectúan entre los representantes de los Estados, o entidades, que proyectan celebrar el tratado. La segunda, se encuentra en los distintos procedimientos que se llevan a cabo en los órganos competentes de cada país, en orden a aprobar o rechazar el proyecto de tratado acordado por los negociadores.

Por nuestra parte, siguiendo en líneas generales la forma en que el profesor Benadava trata esta materia, abordaremos del modo que ahora pasamos a exponer, el proceso de formación de los tratados internacionales. Sobre el particular, comenzaremos distinguiendo entre un procedimiento formal y un procedimiento simplificado de formación de estos tratados. Nosotros nos referiremos únicamente al procedimiento formal o común, no al simplificado. Considerando, entonces, sólo al primero destacaremos los siguientes pasos en el proceso a que estamos haciendo referencia.

13.3.1. **Negociación y adopción del texto.** Las partes que proyectan celebrar un tratado, que pueden ser tanto Estados como otros sujetos de Derecho internacional, como es obvio, negocian los términos del mismo. Para ello designan los miembros de las respectivas comisiones, con poderes suficientes, de ahí el nombre de plenipotenciarios, que llevarán a cabo esta tarea. El ordenamiento jurídico de cada país señalará, en sus normas pertinentes, la manera de efectuar esa designación. En el caso chileno, de acuerdo a lo que expresa el artículo 32 número 15 de la Constitución, el responsable de estas negociaciones es el Presidente de la República, quien, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, nombra a los miembros de las aludidas comisiones. Una vez que los negociadores llegan a un acuerdo, adoptan el texto del tratado. Asimismo, hay que destacar que los plenipotenciarios lo firman como una manera de certificar su autenticidad y de manifestar la intención de continuar con los trámites posteriores, para lo cual lo hacen llegar a sus respectivos gobiernos.

13.3.2. **Manifestación del consentimiento en obligarse.** El texto del proyecto de tratado acordado y firmado por los negociadores, llega a manos de los gobiernos respectivos para que estos le presten su consentimiento manifestando su voluntad de obligarse. Esta se efectúa mediante un acto, que según la forma que revista, puede llamarse manifestación o adhesión. La manera como cada Estado forma el mencionado consentimiento varía de un ordenamiento jurídico a otro, aunque la mayoría establece, junto a otros trámites, la aprobación de sus respectivos parlamentos. Nosotros aludiremos sólo, y de manera breve, a lo que al respecto dispone el Derecho chileno.

En nuestro país, según lo dispone el artículo 32 número 15° de la Constitución corresponde al Presidente de la República *"conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los*

tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 n"lº". Este precepto, a su vez, establece como atribución exclusiva del Congreso: "1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de La República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quorum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente a los trámites de una ley". Conforme a las disposiciones citadas, el Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de tratado internacional acordado con la otra parte, para su aprobación o rechazo. En el Parlamento se lo somete a los mismos trámites que a una ley. Conviene destacar, que el Congreso tiene la facultad de aprobar o rechazar un tratado propuesto por el Presidente, lo que no puede hacer es introducirle modificaciones. Asimismo, una vez aprobado por el Congreso, si así se solicita por los facultados para hacerlo (que son el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio), se envía al Tribunal Constitucional para el pertinente control de constitucionalidad. Luego de la aprobación por parte del Congreso y declarado, en su caso, conforme a la Constitución por el tribunal que acaba de mencionarse, el Presidente procederá a su ratificación o adhesión. Esta se consigna en un instrumento sellado y firmado, por medio del cual se acepta el tratado y se promete cumplirlo.

13.3.3. **Canje o depósito de los tratados.**- El canje procede en el caso de los tratados bilaterales. Consiste en el acto de entregar a la otra parte el instrumento en que consta el tratado. El depósito, suele tener lugar en el caso de los tratados multilaterales. Consiste en el acto de entrega del tratado a un depositario

13.3.4. **Registro de los tratados.** El artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas dice que si un país, por cualquier motivo, quiere recurrir a la ONU, invocando un tratado vigente del cual es parte, deberá tenerlo en ella registrado. Así entonces, puede decirse que el registro de los tratados, de la manera que acaba de señalarse, no es un requisito que se exige para la existencia o validez de los mismos, sino que sólo produce consecuencias con respecto a las Naciones Unidas.

13.3.5. **Entrada en vigencia de los tratados.** En la gran mayoría de los casos el propio tratado señala cuando entrará en vigencia. Lo más frecuente es que contenga una cláusula que

indique que el tratado entrará en vigencia junto con el canje de los instrumentos, o con su depósito, o en un plazo determinado a contar de la fecha de los mismos. Si nada se establece al respecto, lo que es muy infrecuente, la Convención de Viena dispone que los tratados entrarán en vigencia cuando efectivamente conste que las partes que los celebran tienen la intención de obligarse por ellos.

8.1. **Control de constitucionalidad de los tratados.** Los tratados internacionales que celebra nuestro país también se encuentran sujetos a un control de constitucionalidad según se dispone en el artículo 93 números 1º y 3º, a cuyos textos nos remitimos.

8.2. **El rango normativo de los tratados en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

Por último haremos una breve mención al problema relativo acerca de cuál es el rango normativo que tienen entre nosotros los tratados internacionales. En principio se ha pensado que poseen el rango de una ley común porque ellos siguen en el Parlamento la tramitación propia de un proyecto de ley, no indicándose nada más sobre el particular. Pero, hay algunas opiniones que afirman que ciertos tratados internacionales, específicamente los relativos a los derechos fundamentales de las personas o derechos humanos, tienen el mismo rango que las normas de la Constitución Política del Estado. Se apoyan para sostener esta tesis en lo que dispone el artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental.

9. ***Los principios generales del Derecho como fuente formal.***

9.1. **Generalidades.** Los principios generales del Derecho pueden ser conceptualizados como las pautas o directrices que informan y orientan a todo un ordenamiento jurídico. Como casos o ejemplos de estos principios es posible mencionar, entre muchos otros, al principio de la buena fe, a la autonomía de la voluntad, a la reparación del enriquecimiento sin causa, al principio de la responsabilidad, etc. Cada ordenamiento en particular establece si les otorga o no el valor de fuente formal a estos principios, así por ejemplo, el ordenamiento jurídico español expresamente les da ese carácter. En el caso del ordenamiento jurídico chileno, para determinar si lo tienen o no, es necesario analizar lo que dispone el artículo 24 del código civil, pues en opinión de algunos autores, principalmente profesores de Derecho civil, en este precepto se encontrarían recogidos. Pero antes de entrar a considerar la norma a que acabamos de hacer referencia, efectuaremos un alcance a las maneras que se han propuesto

para entenderlos o concebirllos. Dos son, a grandes rasgos, las maneras de entender a los principios generales del Derecho. Por una parte están las concepciones iusnaturalistas, por otra las doctrinas positivistas. Esto sin perjuicio de muchas posiciones intermedias, entre las que destaca la llamada doctrina romanista, que afirma que los principios generales del Derecho se encuentran en el Derecho romano. Para los iusnaturalistas estos principios generales del Derecho, en el fondo, no son otra cosa que el propio Derecho natural. En otras palabras, serían un conjunto de principios anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico positivo, a los cuales este ordenamiento debe sujetarse. Los positivistas, por el contrario, al prescindir del Derecho natural como algo racionalmente cognoscible no van a encontrar en él a los principios generales, sino que los extraerán del propio Derecho positivo. Sobre este particular, se suele destacar la diferencia de método en la obtención de los principios generales del Derecho que se da entre los iusnaturalistas y los iuspositivistas. Los iusnaturalistas, los obtienen mediante deducción, es decir, partiendo de las grandes premisas del Derecho natural deducen los principios generales. Los positivistas, en cambio, los obtienen por inducción, es decir, partiendo de normas particulares concretas del Derecho positivo, extraen los principios generales. La deducción va de lo general a lo particular, la inducción en cambio, va de lo particular a lo general. Los típicos razonamientos inductivos son aquellos que encontramos en las ciencias empíricas, como por ejemplo, en la física, donde después de una serie de experiencias individuales que se confirman reiteradamente, extraemos una ley o conclusión de carácter universal.

9.2. **Los Principios Generales del Derecho y el Ordenamiento Jurídico Chileno.** Vamos a analizar este tema ateniéndonos a lo que se expresa en el artículo 24 del Código Civil. Este precepto dispone: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretaran los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Debemos advertir, que en nuestro ordenamiento prácticamente no se emplea la expresión principios generales del Derecho, concretamente, el artículo 24 del Código Civil utiliza la de "espíritu general de la legislación". Ella ha sido entendida por la mayoría de la doctrina como equivalente a la de principios generales del Derecho, aunque con muy buenas razones el profesor Alejandro Guzmán Brito en un interesante trabajo suyo intitulado "La historia dogmática de las reglas de interpretación en el título preliminar del código civil de Chile",

sostiene que no hay tal equivalencia. Asimismo, el artículo 24 no dice expresamente que este espíritu general de la legislación constituya, entre nosotros, una fuente formal. Así entonces, el que eventualmente pueda ser una fuente formal es algo que no encontramos señalado en la ley, sino que es una conclusión a la cual, razonando de determinada manera, llegan ciertos autores chilenos. Decíamos que buena parte de la doctrina chilena ha llegado mayoritariamente a la conclusión de que la expresión "espíritu general de la legislación" es equivalente a la de principios generales del derecho, pero incluso aceptando esta equivalencia, se señala que el autor de nuestro Código Civil, don Andrés Bello, habría optado por una posición iuspositivista. Ello porque al emplearla se estaría aludiendo a la legislación, concretamente a la ley positiva, de la cual habría que extraer su espíritu general, que sería más o menos lo mismo que extraer sus principios generales. Pero lo que nos interesa considerar ahora, es si a este "espíritu general de la legislación" o "principios generales del Derecho", así como viene establecido en el artículo 24, se le puede o no atribuir el carácter de fuente formal entre nosotros. Al respecto cabe observar, que el mencionado artículo se encuentra en un sector del código civil relativo a la interpretación de la ley. Por consiguiente, la función primordial que cumple es interpretativa, aunque además es posible que cumpla una integradora pasando a ser con ello, también, una fuente formal. Veamos como puede argumentarse sobre este particular. Concretamente, el precepto a que hacemos referencia se coloca en dos situaciones:

1° La de los pasajes oscuros de la ley.

2° La de los pasajes contradictorios ley.

1° Tratándose de los pasajes oscuros, estimamos que el "espíritu general de la legislación" cumple sólo una función interpretativa. Le corresponde aclarar dichos pasajes, con la finalidad de determinar su verdadero sentido y alcance. No es en consecuencia una fuente formal.

2° Distinta es la situación si nos hallamos ante pasajes contradictorios de la ley. En este caso habría que distinguir entre las contradicciones (o pasajes contradictorios) que encuentran una solución aplicando las reglas generales para resolver conflictos entre normas, de aquellas otras situaciones en que las contradicciones o pasajes contradictorios no hallan una solución aplicando tales reglas, sino que las mismas persisten.

En la primera situación, cuando las contradicciones pueden ser solucionadas o superadas aplicando las reglas destinadas al efecto, como el principio de la jerarquía, el principio de la especialidad, el principio de la temporalidad, entonces se aplicarán estas reglas sin necesidad

de recurrir a los principios generales. Pero bien puede suceder, en casos excepcionales, que ninguna de esta tres reglas solucione las contradicciones, entonces podría pensarse que los principios generales del Derecho (espíritu general de la legislación) operan como una especie de cuarta regla para lograr dicha finalidad. Si es así, ellos continuarían desempeñando una función interpretativa, no siendo, por tanto, fuente formal. Pero aún sería posible pensar en una situación más excepcional. En que la mencionada contradicción se mantiene de todos modos, porque ninguno de los aludidos principios o reglas la soluciona. De ser este el caso, el de una contradicción entre normas que persiste y para la cual no se encuentra solución, lo que ocurre, según algunos autores, entre ellos Norberto Bobbio, es que se produce un vacío o laguna, que requiere ser llenado para resolver un asunto que se plantea ante los tribunales. En este evento, el espíritu general de la legislación (o principios generales del Derecho) cumpliría la función de integrar el Derecho, es decir, de llenar el vacío o laguna que se produce, en nuestro supuesto, por la contradicción insalvable de normas. Con todo, pensamos que un caso como éste, aun cuando es posible teóricamente, es difícil que se presente en la práctica. Esto, en buena medida, porque en los hechos los tribunales, cuando se da una situación de una contradicción entre normas siempre la solucionan recurriendo a alguno de los tres criterios clásicos que la doctrina jurídica desde antiguo utiliza para este efecto. Así, si estiman que ni el criterio de la jerarquía, ni el criterio de la temporalidad resuelven el conflicto, seguramente lo hallarán en el de la especialidad, pues siempre podrán decidir que una norma es especial con respecto a otra, haciéndola de este modo prevalecer.

10. ***La equidad como fuente formal del Derecho.***

10.1. **Generalidades.** Nosotros ya conocemos un concepto de equidad, el que se encuentra vinculado a la noción que nos proporcionó Aristóteles, para quien la equidad no es sino *"la justicia para el caso concreto."* Aristóteles hizo notar que la justicia implica tratar a todos los hombres de igual manera, pero este tratamiento igual para todos, observó, en algunas ocasiones, curiosamente, en lugar de conducir a la justicia puede llegar a la comisión de un acto de injusticia. Pongamos un ejemplo, debemos regirnos por el principio de que todos los alumnos de un curso deben ser tratados de igual manera. Esto implica entre otras cosas que todos deben rendir la prueba de una determinada asignatura en un mismo día, pero bien puede suceder que un alumno ese día se halle enfermo, entonces, ocurriría, que si a ese

alumno le damos un tratamiento igual que a sus compañeros, se puede cometer una injusticia. Así entonces, en esa situación habrá que adaptar el caso a las circunstancias, habrá que rectificar el tratamiento de igualdad para todos, acomodándolo al caso concreto, dándole la oportunidad de rendir la prueba en otra fecha. A esta justicia para el caso particular, es a la que Aristóteles denomina equidad. Por ello es que en la obra que trata del tema, la "Ética Nicomaquea", nos dice que si la justicia es buena, la equidad es mejor aún. El valor que la equidad tenga como fuente formal no es otro que aquel que el respectivo ordenamiento jurídico positivo le asigne. Así entonces, hay algunos ordenamientos jurídicos que expresamente le asignan tal valor, otros, en cambio, nada dicen sobre ella. Nosotros examinaremos lo que ocurre en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

10.2. **La equidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**- Al contrario de lo que sucede con los principios generales del Derecho, la equidad es mencionada en diversos preceptos de nuestro ordenamiento. Se la acepta, aunque sea de manera restringida (cumpliendo con algunos requisitos) como fuente formal. Hay diversos preceptos que hacen referencia a ella, pero nosotros analizaremos sólo a los tres siguientes:

- a) el artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil y
- b) el artículo 24 del Código Civil.
- c) el artículo 458 número 6 del Código del Trabajo.

a) **El primero de estos preceptos, el artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil** señala que las sentencias definitivas de primera o única instancia, deberán cumplir con los siguientes requisitos: "5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo". El juez cuando dicta una sentencia debe, en primer lugar, señalar las leyes en que la fundamenta. No puede dictarla recurriendo sólo a su propio arbitrio o criterio, por acertados que puedan resultar. Los tribunales en Chile deben fallar todo caso que se les presente para su decisión, haciéndolo conforme al Derecho vigente o a la equidad para el evento de que no haya ley. Por este motivo, también conviene recordar que, "reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión" (artículo 73, inciso segundo de la Constitución). Así entonces, si no hay ley que resuelva el asunto sometido a su

resolución, deben fundamentar su fallo en la equidad, conforme lo indica el precepto anteriormente citado del Código de Procedimiento Civil.

- b) **Distinto al anterior, es el análisis que puede hacerse de la equidad considerando el artículo 24 del código civil.** Éste es, prácticamente, el mismo que efectuamos en relación con los principios generales del Derecho, por tanto a él nos remitimos.
- c) **El artículo 458 del Código del Trabajo**, señala los requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas en materia laboral. En la parte que nos interesa destacar dice lo que a continuación se expresa. *Art. 458. La sentencia definitiva deberá contener: 6° los preceptos legales o, a falta de éstos, los principios de equidad en que el fallo se funda.*

CAPITULO V

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. Generalidades. El concepto de ordenamiento Jurídico.

Las normas jurídicas que regulan la convivencia en una determinada sociedad no son normas aisladas e inconexas entre sí, más todavía, se suele sostener por algunos autores, entre otros por Norberto Bobbio en su obra "Teoría General del Derecho", que las normas jurídicas aisladas no existen, que la norma jurídica sola simplemente no se entiende, no tiene sentido. La norma jurídica existe sólo dentro de un conjunto al cual podemos denominar ordenamiento jurídico, sólo así ella adquiere sentido.

Al iniciar nuestro curso hicimos presente que la palabra Derecho no tiene un solo significado, sino que muchos. A los diversos significados del término, que en aquella oportunidad destacamos, vamos a añadir ahora otro que entiende a la palabra Derecho como sinónima de ordenamiento jurídico. Ahora bien, a esto que estamos denominando ordenamiento jurídico, no todos los autores lo designan con el mismo nombre. Así por ejemplo Kelsen repetidas veces lo llama, en sus obras, orden jurídico. Carlos Santiago Niño, en su libro "Introducción al Análisis del Derecho", utiliza la expresión sistema jurídico, la que por lo demás es empleada por muchísimos otros autores. Quienes de una manera sistemática comenzaron por utilizar por primera vez la expresión ordenamiento jurídico fueron un conjunto de juristas pertenecientes a una tendencia que se conoce bajo el nombre de teoría institucional del derecho. Entre estos destaca el autor italiano Santi

Romano, que en el año 1917 publicó una obra que se denomina precisamente así: "El Ordenamiento Jurídico".

En la actualidad, la expresión ordenamiento jurídico, para hacer referencia al conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia en una determinada sociedad, tiende a desplazar, tal vez por la influencia de Norberto Bobbio, a las otras expresiones, tales como orden jurídico o sistema jurídico. Ahora bien, esta relevancia que se le está dando en nuestros días a la noción de ordenamiento jurídico, en ciertos aspectos o sentidos podríamos decir que es novedosa, pero desde otras perspectivas no lo es tanto.

Estimamos que es novedosa en cuanto destaca un aspecto para la comprensión del Derecho al que antes no se le había dado suficiente importancia, pues para entenderlo o conceptualizarlo los distintos autores tradicionalmente ponían el acento en la noción de norma y no en el conjunto que constituye la noción de ordenamiento (o sistema). En el fondo, pensamos que se trata de un problema acerca de dónde colocar el acento para comprender al Derecho. Si en el todo, es decir en el ordenamiento, o en la parte, es decir en la norma. En todo caso nos interesa destacar que, aunque sin la relevancia que se le da en nuestros días a la noción de ordenamiento es un concepto que siempre ha estado presente en los jurisconsultos. Así por ejemplo, uno de los más grandes juristas de todos los tiempos, Federico Carlos Von Savigny, en su "Sistema de Derecho Romano Actual", entiende al Derecho precisamente desde la noción de sistema. Aunque a nuestro parecer, con este término sistema, el autor recién mencionado no quiere sólo hacer referencia a aquello que hoy preferentemente denominaríamos ordenamiento jurídico (es decir, al conjunto de normas vigentes en una sociedad), sino que también, y tal vez preferentemente, utilizaba esta expresión para designar a la ciencia del Derecho, o si se quiere, a los grandes sistemas científicos del Derecho elaborado por los juristas a lo largo de los siglos. En la actualidad, a nuestro parecer, se reserva preferentemente la expresión ordenamiento para designar al conjunto de normas vigentes en una sociedad, en cambio, se suele emplear mayoritariamente la expresión sistema jurídico para hacer referencia no ya a las normas, sino que para designar al sistema de la ciencia del Derecho que han elaborado los juristas.

Teniendo presente las anteriores consideraciones, vamos a insistir en que el Derecho que rige en una determinada sociedad no se encuentra conformado por una serie de normas aisladas, inconexas y dispersas, sino que constituye un conjunto unitario y coherente de

normas. Por ello es que podemos conceptualizar al ordenamiento jurídico como el conjunto unitario, coherente y jerarquizado de normas jurídicas que rigen la convivencia social en una determinada comunidad.

2. ***Características del ordenamiento jurídico.***

Del concepto de ordenamiento jurídico que acabamos de formular, es posible deducir algunas características del mismo. Una vez más señalaremos que los autores difieren acerca de qué características atribuirles exactamente al ordenamiento. Así por ejemplo Carlos Santiago Niño dice que los ordenamientos jurídicos, o sistemas jurídicos como él prefiere denominarlos, tienen las características de ser normativos, coactivos e institucionalizados. Esta última característica, la especifica indicando que la institucionalización de un ordenamiento jurídico significa que existen en el ciertos órganos a los cuales denomina órganos primarios, que son los encargados de crear y aplicar el Derecho. Según Norberto Bobbio las características fundamentales de todo ordenamiento jurídico son la unidad, la coherencia, la plenitud y su relación con otros ordenamientos jurídicos.

Como podemos observar, estas características asignadas por cada uno de los autores mencionados son sólo en parte coincidentes. En opinión nuestra, las mismas en lugar de excluirse se suman.

Atendiendo a lo que acabamos de expresar y fundándonos en los anteriores autores, pero también en otros, destacaremos como características del ordenamiento jurídico a las siguientes

- 2.1. Normatividad y coactividad.
- 2.2. La unidad.
- 2.3. La coherencia.
- 2.4. La institucionalidad. Los órganos primarios.
- 2.5. La integridad.
- 2.6. La jerarquía.

2.1. Normatividad y coactividad

El Ordenamiento se encuentra compuesto por normas, específicamente por normas jurídicas, las que tienen las características de ser coactivas. Ya nos hemos expresado acerca de estos

conceptos, por tanto nos remitiremos a lo dicho en el capítulo que trata sobre la norma jurídica. Ahora insistiremos en la idea de que las normas jurídicas sólo adquieren su sentido y pueden cumplir con las finalidades y funciones que le son propias, si conforman un ordenamiento. Pues bien, el conjunto de normas que conforman lo que estamos denominando un ordenamiento jurídico son muchas y muy variadas, ya que provienen de diversas fuentes y regulan una amplia diversidad de materias. Al ser estas normas sistematizadas vienen a constituir esto que estamos denominando ordenamiento. Esta sistematización de las normas se efectúa atendiendo a diversos criterios, como por ejemplo la materia que ellas regulan; el tiempo en que han sido dictadas; pero sobre todo la jerarquía de las distintas normas, pues hay unas que son de rango superior a otras.

2.2. La unidad del ordenamiento jurídico.

En cada sociedad políticamente soberana, o si se quiere en cada Estado, existe un solo ordenamiento jurídico, de tal manera que las normas que regulan la vida social de ese Estado, conforman una sola unidad. En otras palabras, en cada Estado soberano, el ordenamiento jurídico que en él rige es uno solo y no varios. Aquí nos podemos preguntar a qué se debe esta unidad del ordenamiento jurídico. La respuesta es que tal unidad proviene de la circunstancia de que todas sus normas encuentran su fundamento de validez, y con ello también su origen, en la norma jurídica positiva superior del sistema; esto es, en la respectiva constitución política. Así por ejemplo, el ordenamiento jurídico chileno constituye una unidad porque todas sus normas deben sujetarse a la Constitución Política, es decir, en ella encuentran su fundamento de validez. Esto es así, como decíamos, para todos los Estados soberanos; tanto para aquellos que tienen una organización político - jurídica de Estados unitarios, como para aquellos que tienen una organización político - jurídica de Estados federales. La Constitución Política es la norma suprema del sistema. Mas adelante, cuando hablemos acerca de la característica de la jerarquía y también cuando hablemos acerca del fundamento de validez del Derecho, volveremos acerca de éste tópico.

2.3. La coherencia.

En lo fundamental, con la característica de la coherencia del ordenamiento jurídico, vamos a referirnos a la ausencia de contradicciones que éste debe presentar. Lo anterior significa que las normas jurídicas pertenecientes a un determinado ordenamiento no deben

contradecirse entre sí, por ejemplo no pueden existir dos normas en que una disponga, como regla general, que la venta de cosa ajena vale y otra que disponga, también de manera general, que tal venta no posee validez alguna. Esto es en principio, las normas jurídicas no deben ser contradictorias; pero todos sabemos que en los hechos, dadas las numerosísimas que existen en toda sociedad, tales contradicciones pueden presentarse, aunque de manera no prevista y excepcionalmente, porque al legislador se le escapan tales situaciones. Pensemos por ejemplo en el caso del Ordenamiento Jurídico Chileno, y dentro de él únicamente en aquellas normas jurídicas que tienen rango de ley. Así nos percataremos del inmenso volumen, de la inmensa cantidad de normas legales existentes en nuestro país. Si consideramos sólo a las leyes dictadas desde que ellas principiaron a numerarse, en la actualidad vamos en torno a la ley número veinte mil, hay que considerar también que muchas de estas leyes tienen cientos y hasta miles de artículos (preceptos), a ellas hay que añadir todavía los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley. Todo esto nos da una idea de la inmensa cantidad de normas jurídicas existentes. En consecuencia, no es difícil que al legislador se le introduzcan algunas normas contradictorias. Por ello, para estos casos, desde antiguo los ordenamientos jurídicos establecen principios destinados a solucionar tales contradicciones. Dichos principios, ya conocidos por nosotros, son: jerarquía, temporalidad y especialidad. Los que en síntesis señalan que para el caso de contradicción la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la inferior, la posterior en el tiempo prevalece sobre la anterior y la de carácter especial prevalece sobre la general (art. 4 y 13 CC.)

2.4. **La institucionalidad. Los órganos primarios.**

Otra característica de los ordenamientos jurídicos que vamos a destacar es aquella que señala que ellos constituyen sistemas institucionalizados. Con esto quiere decirse que sus normas establecen autoridades u órganos para operar. Quiere decir también que en todo ordenamiento hay ciertos órganos encargados de crear normas jurídicas y de aplicarlas, entre los cuales hay algunos que poseen mayor relevancia, puesto que dictan y aplican las normas más importantes. Estos suelen denominarse por algunos autores, entre ellos Joseph Raz en su obra "The Concept of a Legal System" órganos primarios. Así es posible mencionar entre tales órganos primarios al poder legislativo y al poder judicial. El Derecho, y con ello el ordenamiento jurídico para autores como Hart, Raz y otros, en la actualidad simplemente no sería concebible sin la existencia de estos órganos primarios. Sobre todo Hart insiste que en

sociedades muy primitivas, en que imperaba un Derecho consuetudinario muy elemental y en que las personas se hacían justicia por su propia mano, mediante un sistema que hoy día conocemos como la autotutela, el ordenamiento jurídico podía carecer de estos órganos primarios de creación y aplicación del Derecho, pero para la sociedad actual ello simplemente es impensable. Recordemos un concepto de Derecho que nos da Hart en su obra que precisamente se intitula así, "El Concepto de Derecho", donde nos dice que éste consiste en la unión de las reglas primarias y secundarias. Al expresarse de esta manera nosotros entendemos que este autor nos está conceptualizando al Derecho entendiéndolo como ordenamiento jurídico.

2.5. **La integridad.**

Hay autores, como Kelsen, que le asignan al ordenamiento jurídico la característica de constituir una integridad. Con ello quieren significar que conforma un todo hermético, indicando a la vez que en el mismo no existen vacíos o lagunas, sino que todo caso que se suscite en la vida social se encuentra de alguna manera regulado en él. Otro nombre para designar aquello que nosotros ahora estamos denominando integridad es el de plenitud del ordenamiento jurídico.

Frente a la tesis que afirma que el ordenamiento jurídico posee la característica de la plenitud o integridad, hay quienes sostienen lo contrario, afirmando que él en ningún caso constituye una plenitud, que siempre se van a presentar ciertas situaciones en la vida social que no se encuentran reguladas. Ello es así, afirman, porque es imposible que el legislador y, en general, las autoridades encargadas de dictar normas jurídicas puedan prever todos los casos que van a surgir en la vida social. En suma, nos dicen, que en el ordenamiento jurídico siempre existen vacíos o lagunas. Más adelante, cuando no refiramos de manera más específica al tema de las lagunas del Derecho vamos a analizar con mayor detalle, tanto estas dos tesis fundamentales que se dan con respecto a la integridad, como algunas otras intermedias que se han propuesto.

2.6. **La jerarquía.**

Una característica del ordenamiento jurídico que es aceptada de manera prácticamente universal, es aquella que afirma que él posee una jerarquía, o como se dice también, que

tiene una estructura jerárquica. Con esto quiere significarse que en todo ordenamiento jurídico hay normas de rango superior y normas de rango inferior, sosteniéndose al mismo tiempo que las normas de rango inferior deben sujetarse siempre a las normas de rango superior. Nunca una norma de rango inferior jerárquica puede entrar en contradicción con otra superior. Si por algún motivo ocurre esto último, la superior va a prevalecer siempre.

La tesis que afirma que el ordenamiento jurídico posee una jerarquía, en nuestra opinión, es una tesis muy antigua que de una u otra forma los juristas la sostuvieron siempre; aún cuando no la hayan formulado de una manera explícita y lo suficientemente clara como se ha hecho en la teoría jurídica moderna. Por ejemplo, pensamos que en el Derecho romano ya era claro para sus jurisconsultos, pero también para las autoridades e incluso para los ciudadanos, que en él existían normas de rango superior y normas de rango inferior. Pensamos que para ellos era claro que una constitución imperial tenía una jerarquía normativa superior al edicto de un magistrado de provincia, o que, en la época republicana, una ley aprobada por los comicios, era jerárquicamente superior a la norma que emanaba de un edil.

Pero probablemente en nuestro siglo, la idea de que el ordenamiento jurídico tiene una jerarquía normativa no la haya expresado nadie de manera más clara que como lo ha hecho Hans Kelsen. Este autor siempre va a constituir en esta materia un punto permanente de referencia, pues reiteradamente, buena parte de su teoría sobre el Derecho se explica desde la perspectiva de que el ordenamiento jurídico posee una estructura jerárquica. Más aún, la afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye una unidad y de que cada Estado soberano tiene sólo uno, es algo que se postula sobre la base de la jerarquía del mismo. El hecho de que posea una jerarquía significa que en él existe una norma suprema, una norma que está por sobre todas las demás. Esta norma superior del sistema, dentro de cada ordenamiento positivo es la respectiva constitución política del Estado. La fundamentación de todas las demás normas en ésta, hace que el ordenamiento jurídico sea uno solo. Ahora bien, el problema importante surge cuando se formula la pregunta que indaga acerca de dónde encuentra su fundamento de validez esta norma positiva superior del sistema. En otras palabras, dónde encuentra su fundamento de validez la constitución política del Estado. Sobre el particular, se han dado muchas respuestas de distinta índole que analizaremos de manera separada.

En nuestra opinión se dan a esta pregunta tantas respuestas como concepciones acerca del Derecho existen. De tal modo que los autores iusnaturalistas dan un tipo de respuestas y los

autores partidarios del positivismo jurídico dan otro tipo de respuestas. Volveremos sobre este tema cuando estudiemos luego el problema de la validez y del fundamento de validez del Derecho.

3. ***Validez y eficacia de las normas de un ordenamiento jurídico.***

Los términos validez (y fundamento de validez) y eficacia de las normas jurídicas y también de los ordenamientos jurídicos no son usados siempre con el mismo significado. En doctrina constituyen conceptos lo suficientemente amplios y complejos debido a lo cual sobre ellos existen muchas opiniones distintas. Debemos agregar además que son conceptos importantes para la comprensión del Derecho, y que, según la manera como los entendamos, reflejan concepciones diversas acerca del mismo. Así por ejemplo, son discrepantes las nociones sobre el fundamento de validez y la validez del Derecho que tienen los autores de tendencia positivista de la que tienen los autores de tendencia realista o iusnaturalista.

Teniendo presente lo anteriormente dicho y como una manera de destacar lo complejo del tema, Carlos Santiago Niño, en relación con el concepto de validez, señala que la expresión "validez" es de una extrema ambigüedad y vaguedad, tanto cuando se la aplica para calificar a una norma jurídica, como cuando se la usa con relación a todo un ordenamiento. En seguida, para destacar la extrema ambigüedad y vaguedad de que el término adolece menciona seis "focos de significados" del mismo. Interesa hacer presente que Niño en este caso no habla de significados, sino que de lo que él llama "focos de significados", por tanto se puede sacar la conclusión que dentro de cada uno de ellos sería posible distinguir también diversos matices o significados. Mencionaremos a continuación cuales son para este autor esos focos de significados del término que nos ocupa.

- a) En muchos casos con la palabra validez que se le atribuye tanto a las normas jurídicas como al ordenamiento jurídico considerado como un todo, se quiere significar que la norma existe y que el ordenamiento existe. En otras palabras, con el término "validez" se designan la existencia de la norma y la existencia del ordenamiento jurídico.
- b) Otro significado de la palabra "validez" es aquel que designa la justificación de las normas y del ordenamiento. Quiere decirse con ello que las normas se encuentran éticamente justificadas por perseguir la justicia, el bien común, la libertad, etc., y que por lo mismo deben ser obedecidas. Hay autores que en este caso, en lugar de hablar de validez de las normas prefieren hablar de fundamento de validez de las mismas.

- c) Niño señala que puede decirse también, que una norma jurídica es válida cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria.

- d) Otro significado del término "validez" es aquel que hace referencia al hecho de que la norma se ha dictado en conformidad a otras normas jurídicas. Por ejemplo, puede sostenerse que una sentencia judicial es válida porque ha sido dictada en conformidad a la ley, a su vez, puede decirse que una ley es válida porque ha sido dictada en conformidad a la Constitución.
- e) Otra forma de entender el significado de "validez" de una norma jurídica, es aquel que señala que una norma jurídica es válida cuando pertenece a un determinado ordenamiento. Muchos autores en este caso, en lugar de hablar de validez de las normas jurídicas prefieren hablar de pertenencia de las normas jurídicas a un cierto ordenamiento. En más de alguna oportunidad ya hemos hecho presente la importancia que tiene este significado del término "validez", puesto que según dijimos, hoy se entiende que las normas jurídicas existen sólo si pertenecen a un determinado ordenamiento; de tal modo que puede afirmarse que la norma jurídica aislada fuera del ordenamiento, no tiene existencia.
- f) Un último significado del término validez que vamos a destacar es aquel que lo entiende, según Niño, como sinónimo de vigencia. Aquí vamos a hacer presente que este autor denomina vigencia a lo que la mayoría llama eficacia. Así, nos dice que la vigencia de una norma consiste en que ella es generalmente aplicada y observada en los hechos. En cambio, la opinión mayoritaria entiende por vigencia el que la norma debe ser obedecida, que es obligatoria. Pensamos, que hubiese sido preferible que no hubiera cambiado la terminología a este respecto.

2. ***Validez y fundamento de validez del Derecho. Criterios de pertenencia e individualización de las normas.***

2.1. **Generalidades.** Nosotros, al menos de manera provisoria, vamos a entender por validez del Derecho (tanto a la validez de las normas jurídicas como la validez del ordenamiento), el que éste sea obligatorio, que deba ser obedecido. Vamos a entender por fundamento de validez del derecho al por qué, al motivo por el cual las normas jurídicas y el ordenamiento deben ser obedecidos. Finalmente entendemos por eficacia

del derecho la circunstancia de que este sea cumplido en los hechos, bien porque los destinatarios de las normas jurídicas las acatan voluntariamente, o bien, porque si no las acatan de manera voluntaria, les son impuestas por la fuerza, por la autoridad del Estado.

Analizaremos a continuación algunas teorías acerca del fundamento de validez del Derecho. En primer lugar debemos señalar que el preguntarse por el fundamento de validez del Derecho consiste en intentar responder a la interrogante de por qué el Derecho es válido, en otras palabras, por qué el Derecho o las normas jurídicas son obligatorias y por ello obedecidas. Otra manera de plantear el mismo tema, consiste en preguntarse con qué requisitos deben cumplir las normas jurídicas para ser válidas u obligatorias.

Esta pregunta acerca de por qué el Derecho obliga, por qué debe ser obedecido, ha sido contestada de manera muy distinta a lo largo de la historia. Quizás puede decirse que hay tantas respuestas como doctrinas jurídicas se han formulado a lo largo del tiempo. Más todavía, en nuestra opinión, nada caracteriza mejor a una determinada doctrina, o al pensamiento de un determinado jurista, que la respuesta que da acerca de por qué el Derecho obliga, o si se quiere, acerca de cuál es su fundamento de validez.

Otra terminología para hacer referencia a aquello que estamos denominando fundamento de validez del Derecho, y en algún sentido también de validez, la podemos encontrar en quienes emplean la expresión "criterios de pertenencia e individualización de las normas jurídicas y de los ordenamientos jurídicos". Mediante los criterios de pertenencia se determina si una norma pertenece o no a un determinado ordenamiento. Si pertenece, se la considerará norma válida de ese ordenamiento. Mediante los criterios de individualización, es posible distinguir a un ordenamiento jurídico válido, o vigente, de otro. Como, en nuestra opinión, estos criterios coinciden prácticamente con las teorías sobre el fundamento de validez del Derecho, nos remitimos acerca del particular a lo que ahora pasamos a exponer.

2.2. **Algunas teorías sobre el fundamento de validez del Derecho.** Examinaremos a continuación, a grandes rasgos, las teorías sobre el fundamento de validez del Derecho propuestas por Santo Tomás de Aquino (1224-1274), Hans Kelsen (1881-1973) y Alf Ross (1899-1979). Estos autores, en alguna medida y con sus propias características, son representantes de cada una de las tres tendencias en que suelen agruparse las distintas concepciones sobre el Derecho. Así Sto. Tomás es

representativo de una concepción ius naturalista católica del Derecho, Kelsen de una tendencia positivista y Ross, de una realista.

2.2.1. **Teoría de Santo Tomás de Aquino.** A este autor, en lo fundamental, sobre la materia que ahora nos interesa considerar, ya lo conocemos. Sobre este particular, comenzaremos diciendo que distingue entre ley o lex (en una terminología actual podríamos decir también norma) y Derecho o ius, tratando estas materias en lugares distintos de la "Suma Teológica", su principal obra. A la ley se refiere en la primera parte de la segunda parte, cuestiones noventa y siguientes. Al Derecho se refiere en la segunda parte de la segunda parte, cuestión cincuenta y siete. Sin entrar en detalles, diremos que, en su opinión, el Derecho es la cosa justa, el acto justo. Nos agrega que el Derecho es el objeto de la justicia, queriendo entre otras cosas significar con ello, en nuestra opinión, que constituye el contenido de la justicia. La ley, en cambio, tiene un sentido normativo o prescriptivo, pretendiendo encausar actos o acciones. Específicamente, en la concepción tomista, encausarlas hacia el bien y con esto también hacia lo justo. Por ello es que nos dice, en el artículo primero de la citada cuestión noventa, que la ley (en general) es "regla y medida de los actos", añadiendo luego, en el artículo cuarto de esta misma cuestión, que se trata de "una prescripción racional a favor del bien común, dada y promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad". La definición recién transcrita, si bien conceptualiza a la ley en general, es la que mejor conviene, de acuerdo a una opinión mayoritaria, a la que nuestro filósofo llama ley humana positiva. Ahora bien, retornando al tema sobre el fundamento de validez en la concepción de Santo Tomás, lo que aquí vamos intentar fundamentar, desde su perspectiva, es a esta ley humana positiva. Para lo cual comenzaremos aludiendo a las diversas clases de leyes que él distingue.

Al respecto debemos tener presente que distingue cuatro clases u órdenes de leyes: la ley eterna, la ley natural, la ley humana positiva y la ley divina. Esta última, la ley divina, no es sino aquella que ha sido revelada por Dios y que se encuentra en las Sagradas Escrituras. Ella reitera y clarifica a la ley natural y a la ley humana positiva.

La ley eterna para Santo Tomás es el fundamento de toda ley, por consiguiente, de la ley natural y con ello de la ley humana positiva. En la primera parte, de la segunda parte, cuestión noventa, de la "Suma Teológica" nos dice que, la ley eterna es "la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos". Así entonces, esta ley es, para nuestro filósofo, la razón divina. Pero dado que Dios es simple (la simplicidad es uno de sus

atributos), la ley eterna no es otra cosa que la esencia de Dios, en consecuencia, es Dios mismo. La pregunta que surge, alcanzado este punto, es, ¿si podemos conocer la ley eterna? Santo Tomás responde, tomando en consideración lo que acaba de señalarse, que la ley eterna puede conocerse de la misma manera en que puede conocerse a Dios. Pero ocurre que el hombre no puede conocer a Dios en su esencia, no lo puede conocer en su totalidad, pues Dios es infinito, en cambio el hombre es finito y limitado. Dios excede en mucho la capacidad cognoscitiva del ser humano. Pero si bien el hombre no puede conocer a Dios en su esencia, lo puede conocer parcialmente a través de sus manifestaciones, es decir, de las cosas creadas. Específicamente, el hombre conoce a la ley eterna al manifestarse ésta en su conciencia, dice que la ley eterna participa en la criatura racional, esto es en el hombre. A esta manifestación de la ley eterna en la conciencia del hombre, es a la que denomina ley natural, a la que ahora pasamos a referirnos brevemente.

Lo primero que vamos a considerar a su respecto es que, hablando estrictamente, la ley eterna y la ley natural no son dos clases diversas de leyes, sino que dos modos distintos de ser de la misma ley, en esto radican sus diferencias y por ello no deben confundirse. En cuanto está en Dios es ley eterna. En cuanto participa en las criaturas, en especial en el hombre, es ley natural. El conocimiento de ésta es lo que nos permite acceder, de la manera limitada que señalamos, a la ley eterna. Así entonces, nos define a la ley natural diciendo que "es la participación de la ley eterna en la criatura racional" ("Suma Teológica" I-II, q.90, a.1). La ley que acabamos de definir es para nuestro filósofo una proposición prescriptiva, vale decir, constituye un mandato que encausa las acciones humanas. De manera específica, las encausa hacia el bien, hacia todas aquellas cosas a que el hombre siente una inclinación natural y que son percibidas como buenas por su inteligencia. De ahí entonces, que el primer precepto, o si se quiere el precepto de máxima extensión, de la ley natural es aquel que nos dice que, "se debe hacer el bien y evitar el mal". Todos los demás preceptos de la ley a que estamos haciendo referencia se fundan en éste. Por ejemplo, hay ciertas tendencias naturales que se perciben como buenas, entre las más importantes destacan la conservación de la vida, la tendencia a la perpetuación de la especie y la tendencia a conocer la verdad respecto a Dios y a vivir en sociedad. De ellas se obtienen preceptos como el no matar, el respeto a los demás y otros.

La ley natural tiene para Santo Tomás una serie de características, que en este caso nos vamos a limitar sólo a mencionar, sin entrar en su exposición y análisis. Con todo, debemos

hacer presente que ellas no revisten un carácter absoluto, sino que admiten diversa matizaciones. Como características más importantes le atribuye el ser cognoscible, inmutable, universal e indeleble, esto es no se puede borrar del corazón o conciencia del hombre.

En lo que respecta a la ley humana positiva, ya hemos dado un concepto de la misma diciendo que, "es una prescripción racional a favor del bien común, dada y promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad". Toda ley humana para ser verdadera ley debe derivar de la natural, y por esta vía de la eterna. En ella encuentra su fundamento de validez. Además, hay que destacar que para nuestro autor la ley humana es necesaria para la regulación de la conducta humana en sociedad, pues no basta con la sola ley natural. Ello debido a la forma misma de ser del hombre, a su naturaleza. En efecto, no todos los hombres tienen una inteligencia lo suficientemente poderosa que les permita conocer a cabalidad la ley natural. Así entonces, algunos preceptos derivados de ella para ciertos hombres será difícil conocerlos. En este caso, la ley humana positiva se los da a conocer y los precisa. Pero también en muchos casos ocurre, que los hombres aun conociendo los preceptos de la ley natural, en ciertas circunstancias optan, libremente, por obrar mal en lugar de obrar bien. En esta situación, la ley humana positiva deberá impedir y en su caso castigar las malas acciones. Lo que no puede hacer directamente la ley natural, sino que lo realiza a través de la ley positiva, como un instrumento suyo.

Para concluir diremos que, conforme a nuestro filósofo, a pesar de que la ley humana positiva no es inmutable, es decir, que puede variar y puede ser derogada, debe sujetarse siempre a la ley natural. Afirma asimismo, que la ley humana positiva contraria a la ley natural, es decir la ley injusta, no es auténtica ley, sino que es corrupción de ley. No obliga en conciencia. Santo Tomás no dice directamente que no deba obedecerse la ley injusta, contraria al bien común, lo que señala es que no es obligatoria en conciencia, es decir, en principio no debe ser obedecida, por ello hay que considerar algunos casos en que la desobediencia produce un mal mayor que su cumplimiento. En este evento es preferible cumplirla.

2.2.2.

Teoría de Hans Kelsen.

La teoría del autor recién mencionado, conocida bajo el nombre de teoría pura del Derecho, sobre el fundamento de validez de éste, es una que pretende ser exclusivamente jurídica y normativa. Su planteamiento central al respecto nos dice que una norma jurídica

sólo puede encontrar su fundamento de validez en otra norma jurídica y no en factores o elementos que no sean jurídicos. Así, nos señala que el fundamento de validez de una norma no hay que buscarlo en factores políticos, económicos o sociales, ni en valores como la justicia, la libertad o cualquiera otro. Más específicamente, expresa que una norma jurídica de rango inferior encuentra su fundamento de validez en otra de rango inmediatamente superior a ella. Así por ejemplo, una sentencia judicial encuentra su fundamento de validez en la ley, la ley a su turno lo encuentra en la Constitución Política del Estado. En seguida, nos señala que las normas de rango inferior tendrán que sujetarse a las superiores tanto en su contenido, como en la forma de su creación. Así por ejemplo, la ley se encuentra sujeta a la Constitución. Esta señala la forma como debe dictarse la ley debiendo sujetarse, asimismo, a su contenido.

La tesis kelseniana que sostiene que una norma jurídica de rango inferior encuentra su fundamento en otra de rango inmediatamente superior, ha sido compartida, de una u otra manera, desde siempre por los juristas. Más todavía, este planteamiento en la actualidad, en sus líneas generales es normalmente aceptado. Hoy en día, todo el mundo está dispuesto a aceptar que una sentencia judicial encuentra su fundamento de validez en la ley y que, a su turno, la ley lo encuentra en la Constitución. Los problemas y las críticas a esta teoría de Kelsen comienzan a presentarse cuando se pregunta, dónde encuentra su fundamento de validez la Constitución hoy vigente en un Estado cualquiera. Intentando responder a esta pregunta nuestro autor afirma que deben distinguirse dos situaciones:

Si la Constitución hoy vigente en un Estado es producto de una reforma a la anterior, hecha conforme a los procedimientos de reforma que esta misma Constitución indicaba.

Si no se da el caso que acaba de mencionarse y la Constitución surge a raíz de un golpe de Estado, de una guerra civil o de cualquier otro evento de carácter fáctico que no se ha ajustado a los procedimientos de reforma constitucional que señalaba la anterior Constitución.

En el primer caso, cuando la nueva Constitución es producto de un proceso de reforma de la anterior, conforme a los procedimientos que ella señalaba al efecto. Esta nueva Constitución, nos dice Kelsen, encuentra su fundamento de validez en la anterior. Por ejemplo, la Constitución chilena de 1925 que se dictó ateniéndose a los procedimientos de reforma constitucional establecidos en la Constitución de 1833, encuentra su fundamento de

validez en la segunda. Pero lo cierto es que si examinamos los distintos sistemas constitucionales del mundo nos encontramos con que en algún momento se producen rupturas constitucionales, revoluciones, golpes de Estado, procesos de independencia en que se dicta una nueva Constitución no ateniéndose a los procesos de reforma señalados por la antigua. Se dice que actualmente, los países con mayor continuidad, sin rupturas constitucionales son Inglaterra desde el año 1688 y los EE.UU. de América desde el año 1787.

De esta forma, muy pronto nos encontramos en el segundo supuesto. Aquel en que una Constitución hoy vigente no encuentra su fundamento de validez en la anterior, es decir, no es producto de otra norma jurídica, sino que es producto de ciertos hechos como revoluciones o golpes de Estado. Pero como para Kelsen en ningún caso la Constitución, que es una norma jurídica, puede encontrar su fundamento de validez en hechos de cualquier tipo, se presenta aquí un problema importante. Tratando de superarlo, señala que la nueva Constitución, a la que denomina primera Constitución en sentido histórico, que surge de una revolución, de un golpe de Estado u otro hecho, como no tiene tras de sí una norma jurídica positiva que le otorgue fundamento de validez, nos dice que, en este caso, debe suponerse una norma que le proporcione tal fundamento. A esta norma supuesta la llama norma hipotética fundamental. Ella le da validez a la primera Constitución en sentido histórico, y con esto, a todo el ordenamiento jurídico que surge a raíz de la misma. Nuestro autor, coloca sólo un requisito para que la norma hipotética fundamental otorgue este fundamento de validez. Tal requisito señala que la primera Constitución en sentido histórico tiene que ser eficaz, es decir, cumplirse efectivamente en los hechos.

Este planteamiento de Kelsen, de otorgarle un fundamento último de validez al Derecho sobre la base de la mencionada norma hipotética fundamental, ha sido objeto reiteradamente de diversas críticas. Nosotros destacaremos las que a continuación se pasan a considerar.

Primero, se le critica el que la norma hipotética fundamenta] sea una mera hipótesis o supuesto que no puede ser demostrado. Incluso, más que una hipótesis es un axioma del cual parte la construcción de su teoría. Kelsen se defiende sosteniendo que prácticamente todas las ciencias se apoyan en supuestos o hipótesis o, si se quiere, en axiomas que no son demostrables. Se le replica señalando que, aquellas ciencias que parten de supuestos o axiomas no demostrables afirman que los mismos son autoevidentes. Así por ejemplo, en matemáticas, cuando se parte del axioma que afirma que la línea más corta entre dos puntos

es la recta que los une, se trata de un postulado que aparece como evidente a la mente humana. Igual cosa puede sostenerse con respecto a otros postulados de la matemática o la física. Pero la norma hipotética fundamental no es en absoluto un postulado que aparezca como autoevidente a la mente humana, por ello simplemente no puede aceptarse como la base sobre la cual se construya toda una teoría jurídica.

La otra crítica dice relación con el requisito que se exige, de acuerdo a Kelsen, para que norma hipotética fundamental le otorgue un fundamento de validez a la primera Constitución en sentido histórico. Tal requisito es el que señala que ésta tiene que cumplirse efectivamente en los hechos. A este respecto se le critica a Kelsen que esté haciendo depender a la validez del Derecho de su eficacia, lo que es absolutamente contradictorio con los postulados básicos de su teoría. Pues la eficacia del Derecho, su cumplimiento efectivo en la vida social, es un hecho, una cuestión fáctica. Kelsen, desde su perspectiva, desde la perspectiva de su teoría pura del Derecho, no puede hacer depender a la validez, que es algo exclusivamente jurídico, de un hecho como es la eficacia.

Recordemos de paso que Kelsen denomina a su teoría "Teoría pura del Derecho", porque quiere eliminar de ella todo elemento no jurídico o no normativo. En este punto, curiosamente, hace depender nada menos que su norma hipotética fundamental de un hecho, consistente la eficacia de la primera Constitución en sentido histórico. Esto es absolutamente contradictorio con los postulados básicos de su doctrina.

2.2.3.

Teoría de Alf Ross sobre el fundamento de validez del Derecho.

Ross es uno de los exponentes más importantes del realismo jurídico. Los realistas pretenden explicar al Derecho considerándolo como un hecho, por lo tanto el modelo de ciencia jurídica que ellos postulan es del mismo tipo que los modelos de las ciencias físico naturales. En lo que respecta a la validez del Derecho hay que hacer presente que los realistas en general, y Ross en particular, usan el término "validez", pero a esta palabra terminan dándole un significado distinto que aquel que le atribuyen los iusnaturalistas o los positivistas. Por ejemplo Kelsen. quien con la palabra "validez" quiere significar que el Derecho debe ser obedecido, y no que realmente es obedecido en los hechos. A esto último Kelsen no lo llama validez sino que eficacia. Los realistas no entienden de este modo a la palabra "validez". Según Ross, Derecho válido es aquel que los jueces aplican porque creen o sienten que es obligatorio. De esta manera, el autor recién nombrado, en su obra principal

titulada "Sobre el Derecho y la Justicia", nos dice que norma jurídica válida es aquella que los jueces aplican porque la sienten (psicológicamente) como obligatoria. Así definida la validez del Derecho, nos encontramos con que de acuerdo a la teoría de Ross el fundamento para sostener que una norma es válida se encuentra en dos aspectos:

- La norma debe ser efectivamente aplicada por los jueces, o si se quiere, que en los hechos la apliquen.
- Que los jueces sientan o crean que esa norma que están aplicando es obligatoria

Es más, podemos ver que para este autor el fundamento de validez del Derecho es exclusivamente fáctico. Por un lado, es un hecho externo consistente en la aplicación de la norma. Por otro, es un hecho interno o psicológico, consistente en la creencia o sentimiento que el juez tiene que tal norma es obligatoria.

Sin entrar en mayores detalles, vamos a hacer presente otro aspecto de la teoría de Ross sobre el Derecho. Para él los destinatarios de las normas jurídicas no somos todas las personas, o si se quiere no somos todos los habitantes de la República como señala el artículo 14 del Código Civil, sino que, nos dice, los destinatarios de ellas son los jueces, quienes tienen la obligación de aplicarlas, cuando corresponda, a todos.

2. ***El problema de las lagunas y de la integración del ordenamiento jurídico.***

El llamado problema de las lagunas del Derecho o vacíos del ordenamiento jurídico se presenta cuando un caso sometido a la decisión de un tribunal de justicia o de un órgano jurisdiccional no encuentra una solución en las normas positivas del sistema. Se dice que en este evento nos encontramos ante un vacío o laguna. En general, de modo casi natural, pensamos que es perfectamente posible que los ordenamientos jurídicos no regulen, no contemplen soluciones para todos los casos que puedan presentarse en la vida social. Con ello en el fondo quiere significarse que el legislador y, en general, las autoridades encargadas de dictar las normas que conforman un ordenamiento jurídico, no pueden prever todos los casos o situaciones que se van a presentar en su respectiva sociedad. Aunquedurante una época, concretamente aquella que tuvo lugar durante el proceso de codificación del Derecho en Europa, en los tiempos de la Revolución Francesa y en los tiempos que inmediatamente le siguen, surgieron ciertas pretensiones extremadamente racionalistas, que creyeron en algo

así como el legislador racional, el que todo lo sabe y lo previene. De tal manera que la legislación que de él emanara no tendría vacíos o lagunas. Pero lo cierto es que esta posición extremadamente racionalista nunca tuvo acogida total, ni siquiera de parte de los autores del código civil francés en el que se discutió el asunto, por ello a sugerencia de su principal redactor, Portalis, se introdujo la norma del artículo 4 de ese código que prevé la posibilidad de lagunas. En la actualidad, la confianza en la razón es menor que entonces. Por este motivo, según decíamos, la actitud casi natural es adherir al planteamiento que afirma que en el ordenamiento jurídico pueden existir vacíos o lagunas. Enseguida veremos que esta tesis es muy discutible, una gran cantidad de juristas la rechaza.

Desde hace ya casi un siglo se discute entre los juristas acerca de si en el ordenamiento jurídico existen o no lagunas. Varias tesis se han propuesto sobre el particular, pero a grandes rasgos los planteamientos básicos son dos. Uno que sostiene que en el ordenamiento jurídico siempre se van a presentar vacíos o lagunas. Otro que afirma que no existen, sino que éste constituye lo que se denomina una plenitud hermética. Ahora bien, las razones que se dan para sostener esta última tesis varían de un autor a otro. Algunos de estos planteamientos los examinaremos más adelante. Haremos presente también que entre estas dos tesis, por así decirlo, extremas, se han formulado algunas que pudieren ser calificadas de eclécticas. Es el caso, entre otros, de Eduardo García Maynéz. Pasemos a examinar algunos de estos planteamientos.

2.1. **La tesis que acepta la existencia de lagunas en el Derecho.** El realismo ingenuo. La tesis que postula que en el ordenamiento jurídico existen vacíos o lagunas, parece ser la más obvia, por ello es que algunos la denominan también realismo ingenuo. En efecto, como ya lo señalamos, parece natural afirmar que el legislador no puede prever todos los hechos que van a ocurrir en la vida social, para así regularlos anticipadamente. Lo más probable es que siempre se le escape algo de lo que pueda ocurrir, de tal modo que siempre habrá situaciones no reguladas. Esta opinión a nosotros nos parece muy atendible. Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo adoptan esta posición realista con respecto a la posibilidad de existencia de lagunas. Por tal motivo, todos también establecen los mecanismos necesarios para llenarlas cuando se presentan.

Entre tales mecanismos o elementos destinados a llenar las lagunas de un ordenamiento jurídico, los más frecuentemente utilizados son los principios generales del Derecho, la equidad y la analogía integradora. Los dos primeros ya han sido tratados con anterioridad, por ello ahora nos referiremos brevemente sólo a la analogía integradora..

Para comenzar haremos una distinción entre la que llamamos analogía interpretativa y la analogía integradora, que es la que en esta oportunidad nos interesa. La primera, se utiliza para interpretar una ley, o norma jurídica, mediante otra semejante. Semejanza que viene dada por tener elementos en común, por ejemplo por versar sobre la misma materia. A nuestro parecer, la analogía interpretativa se encuentra recogida en el artículo 22 inciso segundo del código civil, cuando expresa que "los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

La analogía integradora, en cambio, consiste en llenar un vacío o laguna del ordenamiento jurídico aplicando a un caso no regulado, la norma que regula un caso semejante o análogo, cuando existe la misma razón para resolverlo de igual manera. Como es posible observar, para que la analogía integradora pueda utilizarse en la solución de un asunto que no se encuentra reglamentado por una norma positiva, no sólo se requiere de la semejanza entre los casos (el regulado y el no regulado), sino, además, debe existir la misma razón para resolverlo del mismo modo. Un ejemplo clásico en que se aplicó la analogía integradora, se dio a comienzos del siglo XX con el surgimiento de la aviación. En ese entonces se aplicaron, analógicamente, muchas normas de la navegación marítima a la navegación aérea, la que en aquella época carecía de una regulación propia. El Ordenamiento Jurídico Chileno, es uno de aquellos que tiene como supuesto que en él pueden existir vacíos o lagunas. Varias de sus normas, ya conocidas por nosotros, así lo expresan. Las más relevantes al respecto son los artículos 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil y 76 inciso segundo de la Constitución. Este último precepto viene reiterado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, el que, dada su importancia, lo transcribimos nuevamente, "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión". A ellos hay que añadir el artículo 5° del código civil. Norma que señala: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta

al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas".

2.2. **Pasemos a examinar ahora dos tesis que niegan la existencia de lagunas o vacíos en el Derecho.**

a) **El empirismo científico.** Esta tesis fue planteada, a fines del siglo XIX, por el jurista alemán E. Zitelmann en su obra "Lagunas del Derecho". Este autor, al igual que Kelsen posteriormente, formula la tesis que sostiene que el Derecho, o si se quiere el ordenamiento jurídico, regula todos los casos o situaciones que se dan en la vida real. En otros términos afirma que no hay vacíos o lagunas en el Derecho. Esto es así porque, en opinión de los autores antes mencionados, existe en el ordenamiento jurídico una norma periférica (o supletoria) que señala que "todo aquello que no se encuentra prohibido, se encuentra permitido". Así entonces, nada queda sin regular. De acuerdo a Zitelmann, esta norma periférica o supletoria, a la que bien podría llamarse norma de libertad, se obtiene por inducción de las demás normas del ordenamiento. Al ser obtenida de esta manera, nos dice que bien puede ser considerada una norma positiva del sistema. Kelsen agrega que a pesar de que no existen lagunas Derecho, a veces se tiene la percepción de que existen. Esto ocurre, en su opinión, por un error de apreciación. A veces lo que sucede es que un caso se encuentra regulado de manera insatisfactoria, supongamos que injustamente. En esta situación, no es un vacío lo que hay, es simplemente una regulación que no nos gusta. Hay por tanto, un problema axiológico o valorativo y no de lagunas en el Derecho. Existe lo que denomina una laguna axiológica y no una laguna jurídica.

b) **El apriorismo filosófico.** Es otra de las doctrinas que niegan la existencia de vacíos o lagunas en el Derecho. Su principal exponente es el jurista argentino Carlos Cossio, en su obra intitulada "La Plenitud del Ordenamiento Jurídico". En síntesis afirma lo mismo que la tesis anterior, sosteniendo que tales vacíos no se dan porque existe la mencionada norma de libertad. En lo que difieren es en la manera como esa norma se obtiene. Para Cossio es una que se deduce de la forma de ser del hombre (de ahí que sea a priori), de su libertad, no obteniéndose, en consecuencia, por inducción de las normas positivas. Ello es así, nos dice, porque lo propio y constitutivo del hombre es la libertad.

2.1. **La tesis de García Maynez.** Este autor plantea una especie de posición ecléctica entre quienes afirman y niegan la existencia de lagunas. Nos dice que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico, pero sí que las hay en la ley. No hay lagunas en el ordenamiento jurídico considerado como un todo, que comprende no sólo a las leyes sino que a todas las demás normas, como decretos, reglamentos, sentencias judiciales, etc. Esto porque, en último término alguna de estas normas va a solucionar el caso, en especial las sentencias judiciales, ya que los jueces siempre se encuentran obligados a resolver los asuntos que se les presentan para su decisión. En cambio, si consideramos sólo a las leyes, y no a las demás normas, es perfectamente posible que en ellas encontremos vacíos.

CAPITULO VI

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

1. **Generalidades.-**

Vamos a dar una noción de lo que entendemos por conceptos jurídicos fundamentales diciendo que son aquellos que necesariamente deben encontrarse en todo ordenamiento jurídico, sin los cuales éste no podría existir. Ello es así porque hay algunos conceptos jurídicos de tal relevancia que no es posible que un ordenamiento carezca de los mismos. Por ejemplo, un ordenamiento jurídico no puede subsistir, más aún estimamos que es impensable, sin el concepto "sujeto de derecho" o "persona". Asimismo, estimamos que también es un concepto jurídico fundamental el de relación jurídica. De igual modo, se sostiene que el concepto de sanción, queda también incluido dentro de los fundamentales.

Hay otros teóricos del Derecho que definen a los conceptos jurídicos fundamentales de manera diferente a como aquí lo hemos hecho. Por ejemplo, Carlos Santiago Niño dice que conceptos jurídicos fundamentales son aquellos que se encuentran en todas las ramas del Derecho. Carlos Cossio opina que son aquellos que se encuentran en toda norma jurídica. Nosotros siguiendo en parte a Jorge del Vecchio optamos por la definición que anteriormente propusimos, reiterando que son aquellos que necesariamente se encuentran en todo ordenamiento jurídico. Los conceptos fundamentales se distinguen y hasta contraponen a los llamados "conceptos jurídicos contingentes o accidentales". Estos últimos son aquellos que pueden o no encontrarse en un ordenamiento jurídico, de tal modo que si nose hallan presentes en él, este ordenamiento va a subsistir, aún cuando pueda resultar menoscabado o afectado en cierta medida. Por ejemplo, hoy prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo tienen instituciones tales como la prenda y la hipoteca, si un ordenamiento jurídico las elimina de sus normas, sin duda, va a salir afectado, pues está eliminando importantes derechos reales de garantía cuya finalidad más relevante es asegurar el cumplimiento de obligaciones, pero continúa subsistiendo.

Es difícil determinar con exactitud cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales. Así entonces, es muy difícil formular una enumeración completa de los mismos, pero sí en cambio resulta más sencillo mencionar aquellos que son los más importantes. También hay algunos conceptos jurídicos respecto de los cuales es dudoso decir si se encuentran dentro de los que estamos llamando fundamentales, o bien, pertenecen a la categoría de los contingentes. Pensemos, por ejemplo, en un concepto como el de compraventa, la pregunta que en este caso nos formulamos es, ¿podría un ordenamiento jurídico prescindir de la compraventa? Pensemos en otro concepto, como el contrato de arrendamiento, ¿podría un ordenamiento jurídico prescindir de este contrato?. Resulta dudoso incluirlos en unos o en otros.

2. Enumeración de los conceptos jurídicos fundamentales

Nosotros no vamos a entrar en una larga discusión sobre cual es exactamente la lista de los conceptos jurídicos fundamentales, simplemente vamos a mencionar aquellos que nos parecen los más importantes. A nuestro entender son:

1. Sujeto de Derecho o persona.
2. Objeto de Derecho.
3. Relación jurídica.
4. Sanción.

3. Sujeto de Derecho o persona

1.1. Concepto

Ser persona .para el Derecho significa tener capacidad jurídica, la capacidad jurídica se divide en dos clases: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce se conceptualiza diciendo que consiste en la aptitud para ser titular de derechos y, correlativamente, sujeto pasivo de obligaciones. Todas las personas son capaces de goce, no hay persona que carezca de esta clase de capacidad. Por ejemplo un niño de dos años es titular de derechos, tiene el derecho a la vida, a la libertad, etc. También, puede ser titular de derechos de índole patrimonial como el derecho de dominio u otro; el niño, por ejemplo, puede haber recibido en herencia una casa de su padre fallecido, es titular, en este

caso, del derecho de dominio. Esta capacidad de goce se distingue de la capacidad de ejercicio, que nuestro código civil define diciendo que, "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra" (artículo 1445 inciso 2). En suma, podemos afirmar, que la capacidad de ejercicio consiste en la facultad que una persona tiene para poder ejercer por sí misma los derechos de que es titular.

Así como decíamos que toda persona tiene capacidad de goce por el solo hecho de ser persona, debemos señalar ahora que no toda persona tiene capacidad de ejercicio. Sobre el particular, las reglas fundamentales aplicables las encontramos en los artículos 1446 y 1447 del código civil. El artículo 1446 nos expresa que toda persona es legalmente capaz (es decir, es capaz de ejercicio) salvo aquellas a quienes la ley declara incapaces. En el artículo 1447 se señala quienes son incapaces de ejercicio. Se distinguen en él tres clases de estas incapacidades: absolutas, relativas y especiales. El precepto a que estamos haciendo referencia, dice: "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

1.2. **Clasificación de las personas**

Las personas se clasifican en naturales o jurídicas, según lo dispone el artículo 54 del código civil. El concepto que sobre cada una de ellas se da en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra, respectivamente, en los artículos 55 y 545 del código que acaba de nombrarse.

1.3. **Las personas naturales**

1.3.1. **Concepto de persona natural en el Código Civil Chileno.** El artículo 55 de este código expresa que: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

La definición recién transcrita destaca la igualdad de los hombres ante el Derecho, y pese a que puede parecer redundante (ya que habría bastado con señalar que persona es todo individuo de la especie humana), ello no es así si consideramos las condiciones históricas del momento en que se formuló, toda vez que en la época todavía existían la esclavitud y muchas otras desigualdades que hoy no se admiten.

Haremos, en primer término, un breve análisis de la definición legal citada, sin perjuicio de otras consideraciones, que posteriormente podamos formular. Así, comenzaremos destacando que, persona es todo individuo de la especie humana, es decir, todos los seres humanos. Los romanos, el antiguo derecho español y casi todos los ordenamientos jurídicos antiguos, no consideraban personas a los monstruos, es decir, seres humanos con considerables malformaciones. Esto porque se creía en la posibilidad de relaciones entre hombres y bestias, afirmación que la ciencia biológica pudo comprobar como falsa.

En relación con la edad y el sexo, el código tampoco hace ninguna distinción, son personas tanto los hombres como las mujeres de cualquiera edad.

En cuanto a la estirpe, a la que podemos definir como la raíz o tronco de una familia o linaje, es decir, la ascendencia y descendencia de una persona, el código tampoco hace distinción alguna.

En lo que respecta a la condición, puede decirse que es la posición que los hombres ocupan en la sociedad por razones de riqueza, clase social, educación, habilidades personales, etc. Ella tampoco se toma en cuenta para los efectos de considerar o no persona a un ser humano. Todos los hombres son personas, independientemente de su condición.

La categoría más importante de hombres, a quienes los derechos del pasado solían no atribuirle la condición de personas, eran los esclavos.

1.3.2. **Comienzo de la existencia de las personas naturales.** Existencia legal y existencia natural.

La existencia legal de las personas principia con el nacimiento. Esta existencia legal se distingue de la natural, que comienza con la concepción.

El artículo 74 señala: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". En su inciso segundo hace alusión a la existencia natural, pero con el efecto que el mismo señala:

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

Veamos con mayor detalle lo que acaba de exponerse, analizando los conceptos de parto y nacimiento, los requisitos exigidos para que el nacimiento constituya un principio de existencia, la existencia natural anterior al nacimiento y el caso de los nacimientos dobles o múltiples.

a. ***Parto y nacimiento.***

No debemos confundir estas dos expresiones, el nacimiento importa la separación completa de la criatura de la madre. A su vez, el parto es el conjunto de actividades y procesos que tienen por finalidad hacer pasar a la criatura por el canal pelviano, lo que culmina con el nacimiento.

b. ***Requisitos para que el nacimiento constituya un principio de existencia.***

Ahora bien, de acuerdo al artículo 74 antes citado, para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

i. **Que el niño sea separado de su madre.**

ii. **Que la separación sea completa.** Al respecto existen dos doctrinas que pretenden explicar en que consiste esta "separación completa". Ellas son la teoría de la separación material y la teoría de la separación fisiológica. La primera, postula que para que exista una separación completa no debe existir ningún nexo entre la madre y la criatura, es decir, debe haberse cortado el cordón umbilical. El extremo de esta doctrina postula que debe haberse expulsado la placenta.

La teoría de la separación fisiológica sostiene que basta que la criatura haya salido del claustro materno y posea autonomía de vida para que haya separación completa. Lo que significa que el niño tiene respiración y circulación propia, independiente de la placentaria, sin

importar que éste siga unido a su madre por el cordón umbilical, puesto que según estos autores el cordón en esos momentos ya no cumple función fisiológica importante alguna.

Quienes adhieren a la doctrina de la separación material se apoyan en el tenor del artículo 74, que emplea la expresión "separación completa". Como sabemos, el significado natural de la palabra "completa"(artículo 20), hace referencia a que "no debe faltar nada". Sin embargo, adherir a esta teoría puede resultar peligroso ya que implica entregar al arbitrio de un tercero la determinación del principio de la existencia de una persona, dejando de ser el nacimiento un acto puramente natural. Por esto, se prefiere la teoría de la separación fisiológica. Consideramos, que lo importante es hacer la diferencia entre la vida independiente en oposición a la dependiente, que se desarrolla en el vientre materno. Si al separarse la criatura de la madre logra una autonomía de vida, estamos ante la presencia de una separación completa, aunque materialmente subsista el nexo del cordón umbilical.

iii. **Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera.**

Para ser persona se requiere haber vivido un momento siquiera después de la separación, de tal modo que la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás, (artículo 74 inciso 2º)

Sobre este punto, debemos mencionar que el código adhirió a la teoría de la vitalidad, la cual postula que para que el nacimiento constituya un principio de existencia se requiere que la criatura haya nacido viva, no importando cuanto tiempo dure la vida extrauterina. En contraposición a ésta, se encuentra la doctrina de la viabilidad, según la cual para que el nacimiento constituya un principio de existencia es necesario que la criatura nazca viva y que sea, además, capaz de seguir viviendo extrauterinamente, es decir, que sea viable.

La tendencia actual es la de aceptar la teoría de la vitalidad, ya que determinar cuando una criatura es viable es un hecho complejo que deberá examinarse en cada caso. Por ello cualquiera determinación legal al respecto sería arbitraria.

En relación con el problema relativo a quien debe probar el hecho, para el caso que se presenten dudas, si la criatura nació viva, esto es, si hubo o no principio de existencia,

podemos señalar que debe probarlo tanto quien alega la vida como quien alega la muerte, dependiendo del caso. Así, por ejemplo, el que pretende heredar al niño deberá probar que éste nació vivo, por el contrario, el que heredaría si el niño nace muerto deberá probar su muerte (esto es así porque la prueba de un derecho compete a quien lo alega, de acuerdo al artículo 1698 del código civil). Ahora bien, con respecto a los medios de prueba que se pueden emplear a este efecto, cabe hacer presente que es posible utilizar todos los medios establecidos en la ley (artículo 1699 del c.c. y artículo 341 del c.p.c.). Entre tales medios de prueba podemos mencionar, por ejemplo, a testigos, como es el caso de las personas que presenciaron el parto, etc. Pero, también se puede recurrir a informes de peritos, como el realizado por un médico. Uno tradicionalmente muy utilizado es la docimasia pulmonar hidrostática, consistente en hacer flotar los pulmones extraídos a la criatura en un recipiente con agua, si flotan es un signo que nació viva, pues al respirar los pulmones se llenaron con aire. Si, en cambio, no flotan yéndose al fondo del recipiente, es un signo que no respiró y, por tanto, nació muerta.

a. ***La existencia anterior al nacimiento.-***

El legislador toma en cuenta la existencia natural, es decir, la existencia previa al nacimiento, con la finalidad de proteger la vida y los derechos del que está por nacer. La razón por la cual se legisla, se debe al reconocimiento respecto a la criatura que está por nacer de un germen de derecho, de una persona que jurídicamente vendrá a la vida.

1 ° Protección de la vida del que está por nacer.-

Existen diversas disposiciones que consagran esta protección. La primera de ellas la encontramos en el artículo 19 número 1, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, al señalar que, "La ley protege la vida del que está por nacer". Asimismo, el código civil consagra este principio en su artículo 75, el que expresa: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra". De este mismo modo en su inciso 2° dispone: "Todo castigo a la madre, por el cual pudierapeligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento".

Por su parte, el artículo 85 del Código Penal dispone que no puede ejecutarse la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni notificársele la sentencia en que se le impone dicha pena hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento. Esta disposición, al haberse eliminado la pena de muerte en Chile, (salvo para casos excepcionales en tiempo de guerra), ha perdido su sentido. Ha operado una derogación por vía de la consecuencia.

Debemos tener presente también que el código penal en sus artículos 342 a 345 establece el delito de aborto, y que, asimismo, la legislación laboral contempla diversas normas a favor de la mujer embarazada.

2°.- Protección de los derechos del que está por nacer.

"Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe", (artículo 77 primera parte).

Para determinar la suerte de estos derechos, es preciso atender a dos situaciones que pueden producirse:

Que el nacimiento de la criatura constituya un principio de existencia. En este caso, entra el recién nacido en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron, (artículo 77 segunda parte).

Si la criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de su madre, o no sobrevive a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás (artículo 77 última parte, en relación con el 74 inciso 2°).

Finalmente, con respecto a esta materia debe tenerse presente lo que a continuación pasa a señalarse. Para que el derecho se adquiriera por la criatura que nace viva, es menester que ésta se encuentre concebida al momento en que se le defirieron los derechos. Ello se deduce del artículo 77: "Los derechos deferidos a la criatura que está en el vientre materno"¹³. Ahora

¹³Es preciso hacer presente como la interpretación literal de este artículo puede generar problemas cuando la concepción se produce fuera del claustro materno mediante las técnicas modernas de fertilización asistida (como la fertilización *in vitro*). Si

bien, el problema que se nos presenta es cómo saber si la criatura estaba concebida, o no, al momento de deferirse tales derechos. Este problema lo abordaremos en el punto que viene.

Como la concepción no es un hecho ostensible, el legislador optó por establecer una presunción de Derecho en orden a fijarla. Esta determina a partir de un hecho conocido, como es el nacimiento, otro desconocido, como es la época de la concepción. Sobre el particular, el artículo 76 señala: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".

Lo que el legislador presume de derecho es una época (no un día preciso), dentro de la cual se produjo la concepción. Por ello, no se admite prueba alguna destinada a demostrar que la concepción ha tenido lugar fuera de dicho período. Es decir, menos de ciento ochenta días cabales, o más de trescientos, contados hacia atrás desde la medianoche en que principia el día del nacimiento. Sin embargo, no existe ninguna limitación para poder demostrar que la concepción se produjo en un día determinado dentro del mencionado período. Esto, con los avances de la ciencia, es hoy mucho más posible que en el tiempo en que el código entró en vigencia.

En relación al cómputo del plazo, debe decirse que se cuenta según las reglas generales (artículo 48 del c.c.). Con respecto a los días, ellos son cabales, lo que significa que son completos, se cuentan de doce a doce de la noche.

Se ha criticado por la doctrina la posición que adoptó el código de establecer una presunción de derecho (que no admite prueba en contrario, ver artículo 47) respecto a la época de la concepción, ya que no acepta la posibilidad que se produzcan gestaciones inferiores a ciento ochenta días o superiores a trescientos, cosa que la ciencia ha podido comprobar que ocurre, dándose lugar así a graves injusticias. Por otra parte, es comprensible que el legislador haya adoptado esta posición (que viene del Derecho romano), dado que los conocimientos científicos no estaban tan avanzados a la época de la dictación del código, a como ahora se encuentran.

se concibe una persona en una probeta ¿pueden deferírsele derechos antes de que el embrión sea implantado en el útero materno? ¿Basta que esté concebida o es necesario también que se encuentre en el claustro materno?.

Por ello, algunas legislaciones han optado por establecer presunciones simplemente legales (posición que estimamos la más conveniente, dado que esta clase de presunciones admiten prueba en contrario), o bien, no establecer ningún tipo de plazo.

b. ***Nacimientos dobles o múltiples.***

Nuestro código no contiene norma general alguna, que resuelva el problema que se presenta en el caso que se deba determinar que criatura debe considerarse mayor, cuando en un mismo parto han nacido varias.

El legislador no se preocupó de esta materia ya que después de la supresión de los mayorazgos y vinculaciones, el tema de la progenitura dejó de tener mayor importancia. Sin embargo, hoy sigue teniéndola con respecto al goce de los censos y para la adquisición de las donaciones o herencias que puedan hacerse a favor del primogénito.

Este problema puede ser resuelto aplicando el artículo 2051 (ubicado en el título "de la constitución del censo"), que señala: "Cuando nacieren de un mismo parto dos o más hijos llamados a suceder, sin que pueda saberse la prioridad de nacimientos, se dividirá entre ellos el censo por partes iguales....". De esta disposición se deduce que se considera mayor a la criatura que nace primero, es decir, al primero que es completamente separado de su madre. Esto porque el código establece que sólo *cuando no puede saberse la prioridad*, el censo se divide en partes iguales. Por el contrario, cuando tal prioridad se conoce, habrá que atenerse a ella.

Como se indicó, el artículo antes citado se refiere a los censos, pero se ha estimado por la doctrina, entre ellos Alessandri, Somarriva, Vial y Lyon y otros, que debe ser aplicado analógicamente a hipótesis semejantes.

1.1. **Fin de la existencia de la persona natural.**

1.1.1. **Generalidades.-** Actualmente nuestra legislación sólo reconoce a la muerte natural como causal de término de la existencia de la persona. El artículo 78 establece: "La persona termina en la muerte natural". Esta puede ser real o presunta, considerando la prueba, o si se quiere el grado de constancia, de la misma. Cuando consta efectivamente estamos ante la muerte real. Si sólo hay presunciones a su respecto, pero ellas conllevan un altísimo grado de probabilidad de que haya ocurrido, estamos ante la muerte presunta.

Antiguamente existía en nuestro país la institución de la muerte civil, que se consagraba en los artículos 95 y siguientes, del modo que se pasa a señalar: "Termina también la personalidad relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne ejecutada conforme a las leyes en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica". Esta institución fue derogada por la Ley 7.612 del 21 de octubre de 1943.

Tradicionalmente se ha conceptualizado a la muerte natural diciendo que consiste en la cesación de las funciones vitales del ser humano, pero el ordenamiento jurídico chileno no la define. Sólo en la ley 19.451 sobre trasplantes y donación de órganos (del 10 de abril de 1996), encontramos una definición de la llamada muerte clínica, entendiéndose por tal un estado en que se conservan algunas funciones vitales, que se mantienen por lo general en forma artificial, pero no obstante ellas el individuo ha perdido toda conciencia o proceso intelectual. La mencionada ley la define como "la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados". Las siguientes son las condiciones que deben presentarse, como mínimo, para que se pueda declarar la muerte encefálica de una persona:

Ningún movimiento voluntario observado durante una hora.

Apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador.

Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

1.1.2. La muerte real.

- a. **Concepto.-** Muerte real es aquella cuya ocurrencia consta efectivamente. Se prueba de la manera que a continuación pasamos a indicar.
- b. **Prueba de la muerte.** La muerte se prueba fundamentalmente a través del certificado de defunción expedido por el funcionario competente del Registro Civil. Dicho certificado da fe de la inscripción de la defunción, la que se obtiene previa presentación del certificado otorgado por el médico encargado de comprobar las defunciones, o el que haya asistido al difunto en su última enfermedad, y con los demás requisitos legales (artículos 44 a 50 Ley de Registro Civil). En ausencia de esta prueba instrumental, se prueba con la presencia del cadáver. Compete probar la muerte a quien la alega.

c. **La comurencia.** Determinar con precisión el momento en que una persona fallece tiene importancia jurídica, sobre todo en materia sucesoria. En efecto, puede acontecer que dos personas llamadas a sucederse recíprocamente, fallezcan sin que se sepa cual deceso ocurrió primero. Se presenta en este caso el problema de los comurientes. El código civil reglamenta esta situación en el artículo 79, que dispone: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras". Asimismo, el artículo 958 señala, "Si dos o más personas llamadas a suceder una o otra se hallan en el caso del artículo 79, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras". Sobre estos preceptos, haremos únicamente la consideración relativa a que si se conoce el orden en que fallecieron las personas a que se hace referencia, habrá que atenerse al mismo.

d. **Efectos jurídicos de la muerte.-** La muerte es un hecho jurídico natural, y como tal produce consecuencias o efectos jurídicos. Entre los más importantes de ellos, pueden indicarse los siguientes:

- Extingue la personalidad, artículo 78.
- Opera la apertura de la sucesión, según lo indica artículo 955. Al mismo tiempo se defieren las asignaciones hereditarias o testamentarias, excepto las condicionales, de acuerdo al artículo 956.
- El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, conforme al artículo 42 número 1, de la ley de matrimonio civil.
- La muerte determina la extinción de los derechos intransmisibles, así por ejemplo, el derecho a pedir alimentos (artículo 334), la expectativa del fideicomisario (artículo 762), los derechos de usufructo, uso, habitación (artículos 773 y 812).
- Existen, también, contratos que se extinguen con la muerte de uno de los contratantes, así por ejemplo, el de confección de obra material (artículo 2005), el de sociedad (artículo 2103), el de mandato (artículo 2163), el de comodato (artículo 2180), el de renta vitalicia (artículos 2264 y 2274), entre otros.
- En materia de formación del consentimiento, la oferta se extingue por la muerte del oferente, según lo dispuesto por artículo 101 del código de comercio.

- En materia de familia la muerte determina la emancipación legal de los hijos. Por la muerte del padre, salvo que corresponda a la madre ejercer la patria potestad, y por la muerte de la madre, en el caso que ella la ejerza, (artículo 270 números 1 y 2.)

1.1.1. La muerte presunta.

a. **Concepto y fundamento.** Como señalamos anteriormente, la muerte natural puede ser real o presunta. La institución de la muerte presunta se encuentra reglamentada en los artículos 80 a 94, bajo el título "De lapresunción de muerte por desaparecimiento". Se la define como la declarada por el juez, en conformidad a las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no. De esta definición, se desprenden ciertos requisitos que deben concurrir para que sea procedente, siendo los más importantes, los que pasan ahora a enumerarse:

- Que un individuo haya desaparecido.
- Que no se tengan noticias de su existencia.
- Que sea declarada por sentencia judicial.
- Que la declaración se haga conforme a las normas legales que regulan la institución.

El fundamento de la muerte presunta se encuentra en la necesidad de certeza jurídica, ya que es importante 'determinar a quien pasarán los bienes del presunto desaparecido, qué ocurrirá con su matrimonio, familia, etc. De tal modo que existen diversos intereses en juego, éstos son, el de la persona que ha desaparecido, el de los terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido y, finalmente, el de la sociedad entera, que pretende que no existan bienes y derechos abandonados.

a. **Sujeto activo y tribunal competente.**

Según el artículo 81 número 3, la declaración de muerte presunta puede ser provocada por cualquier persona que tenga interés en ella. Siendo tal, todo quien tenga un interés pecuniario subordinado a la muerte del desaparecido.

Por ejemplo, los herederos presuntivos, el propietario de los bienes que el desaparecido usufructuaba, el fideicomisario, a quien por la muerte del desaparecido se defiere el fideicomiso, los legatarios, etc. Sin embargo, no se encuentran en el mismo caso los acreedores del desaparecido, ya que su interés no está subordinado a la muerte de éste.

Ellos pueden dirigirse en contra de los representantes o apoderados, y a falta de los mismos podrán solicitar el nombramiento de un curador de bienes. Por otra parte, los artículos 81 número 1 del c.c. y 151 del código orgánico de tribunales, señalan que el tribunal competente para declarar la muerte presunta, es el del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. De esto se deduce que si el desaparecido no ha tenido domicilio en nuestro país, son incompetentes los tribunales chilenos para declararla. Además, es importante destacar que como entre nosotros se acepta la pluralidad de domicilios, artículo 67, es posible que en ciertas oportunidades exista más de un tribunal competente. En este caso cualquiera de ellos puede declararla.

b. **Periodos de desaparecimiento.** En la muerte presunta se distinguen en general tres periodos, el de mera ausencia, el de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y el de posesión definitiva de tales bienes. En el periodo de mera ausencia existen grandes posibilidades que el desaparecido reaparezca, por lo que en general sólo se tiende a la administración de sus bienes. En el período de posesión provisoria las posibilidades que el desaparecido reaparezca se equiparan con las de que se encuentre muerto. Por ello, es que se otorga la posesión provisoria de sus bienes a los presuntos herederos. Sin embargo, estos deben cumplir con ciertas obligaciones, como la rendir una caución y sujetarse a ciertas restricciones para poder enajenar los bienes del desaparecido. Finalmente, en el período de posesión definitiva las posibilidades que el desaparecido se halle muerto son muchas. Por lo mismo, se otorga la posesión definitiva a los herederos, poniéndose término a las restricciones a que estaban afectos.

Es importante destacar que tanto el período de posesión provisoria como el de posesión definitiva, son una consecuencia de la declaración de muerte presunta que decreta el juez (a petición de parte), cuando han transcurrido los plazos necesarios (en términos generales 5 años, con ciertas excepciones) y cumpliéndose los demás requisitos legales.

1.1. Atributos de la personalidad

1.1.1. **Concepto.-** Siguiendo con un concepto que tradicionalmente se estudia en la asignatura de Derecho civil, diremos que los atributos de la personalidad consisten en un conjunto de condiciones (también, según algunos, elementos o cualidades) que necesariamente tiene toda persona por el sólo hecho de serlo. Son inherentes a ella e integran el concepto mismo de personalidad en sentido jurídico. Se los suele denominar atributos de la personalidad, pero esta expresión puede conducir a equívocos, porque ellos no consisten solamente en derechos o prerrogativas, sino que imponen al mismo tiempo deberes o cargas.

Desde el momento en que se tiene personalidad se tienen los atributos integrantes de ella, pero, a la vez, se está sujeto a los deberes o cargas que imponen. No pueden negarse los atributos a una persona, ni ésta tampoco puede despojarse de ellos. Lo mismo sucede con los deberes o cargas inherentes que conllevan: la ley los impone por sobre la voluntad de los interesados.

Desde el punto de vista económico son extrapatrimoniales, sin un significado o valor económico directo. Ello no impide que puedan llegar a tenerlo, especialmente, cuando se lesionan dichos atributos y hay lugar a una indemnización. Muchos autores en lugar de atributos de la personalidad hablan de derechos de la personalidad. Más aún, en los últimos tiempos la expresión "atributos de la personalidad", de origen en el ámbito del Derecho civil en los siglos XIX y XX, tiende a ser desplazada por la utilización de otras expresiones tales como las de "derechos fundamentales", "derechos humanos", etc. Esto ocurre, tal vez, porque revisten mayor amplitud, noli limitándose sólo al campo civilístico. Nosotros, para no apartarnos de una tradición muy asentada en la enseñanza del Derecho en nuestro país, continuaremos, por ahora, abordando el tema desde esta perspectiva tradicional.

1.1.2. **Enumeración.**

Desde este punto de vista, podemos decir que los atributos de la personalidad que generalmente se consideran son:

- a) el nombre

- b) la capacidad de goce
- c) la nacionalidad
- d) el domicilio
- e) el estado civil
- f) el patrimonio
- g) los derechos de la personalidad

1.1.3. **El nombre.** El nombre es la designación que sirve para individualizar a una persona en la vida social y jurídica. Es el signo que la ley impone a las personas para distinguirlas entre sí (Vial y Lyon). El nombre de las personas está constituido por dos elementos: el pronombre o nombre propiamente tal, que individualiza a una persona dentro del grupo familiar; y el o los apellidos, o nombre patronímico o de familia, que señala a los que pertenecen "a un grupo familiar determinado. El conjunto de ambos individualiza a una persona en el grupo social.

El código civil no conceptualiza el nombre; con todo, numerosas disposiciones se refieren a él. Así por ejemplo, tenemos los artículos 103, 447, 455, 690, 691, 1016, 1023, 1024, 1037, y 1432. La ley número 4808 sobre Registro Civil dispone en su artículo 31 que las partidas de nacimiento deberán contener "El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiera la inscripción". Por su parte, el número 4 de ese precepto establece que la inscripción contendrá también los nombres y apellidos de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. La misma disposición prohíbe imponer nombres extravagantes, ridículos, impropios o equívocos.

El nombre, considerado como un bien extrapatrimonial, es indivisible, irrenunciable, imprescriptible, inenajenable, intransferible e intransmisible (salvo el derecho de los hijos para usar el patronímico de sus padres), inembargable, e inmutable por regla general.

De acuerdo con lo expresado, el nombre se adquiere en primer término por filiación, sea esta matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. El hijo tiene el nombre que sus padres le asignen, siendo el patronímico formado por los apellidos de éstos. Esta no es una costumbre universal; en otras partes, especialmente en Europa y en los países anglosajones, el patronímico está compuesto exclusivamente por el apellido del padre. El apellido de soltera de la madre se usa

solo a veces, pues generalmente ésta adopta el apellido del marido. También, para una mayor singularización, las personas suelen usar un segundo nombre entre el primero y el patronímico. De esto resulta que el apellido paterno es siempre el último del nombre total, y que la costumbre nuestra de usar ambos apellidos les produce la confusión de hacer creer que el apellido materno es el paterno.

Hemos dicho que en general, el nombre es inmutable, pero la ley 17.344 autorizó el cambio de nombre y apellido cumpliéndose con ciertos requisitos.

Este derecho al nombre otorga a su titular la facultad de usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizado en su inscripción de nacimiento y autoriza, en su caso, que se impida a otros el uso ilegítimo del mismo.

1.1.4. **La capacidad de goce.**

Desde su nacimiento el ser humano es sujeto de relaciones jurídicas, puede ser titular de derechos, lo que significa que desde entonces, desde una perspectiva jurídica, tiene personalidad. Uno de los atributos de ésta es la denominada "capacidad de goce", es decir, la aptitud para ser titular de derechos.

Pero, ser titular de derechos no significa, necesariamente, que se esté habilitado para ejercerlos por sí mismo sin el ministerio o autorización de otra persona. A esta facultad de poder ejercer por sí mismo los derechos de que se es titular, se la denomina capacidad de ejercicio. Si bien toda persona, por ser tal, tiene capacidad de goce, no todas tienen capacidad de ejercicio. En otros términos, aunque pueden ser titulares de derechos no pueden ejercitar dichos derechos por sí mismas.

Por tanto, en relación a la capacidad de ejercicio debemos distinguir entre capaces e incapaces. En materia de capacidad de ejercicio, la regla general es la capacidad. Sobre el particular, el artículo 1446 del código civil, dispone: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Las incapacidades a que ahora aludimos, se establecen debido a que el legislador considera que determinadas personas no tienen discernimiento para actuar en la vida jurídica, o, a que el mismo no es suficiente. El artículo 1447, señala los casos de esas incapacidades,

distinguiendo tres clases entre ellas: la incapacidad absoluta, la incapacidad relativa y las incapacidades especiales.

Los incapaces absolutos jamás pueden actuar personalmente en la vida jurídica; sólo pueden actuar representados por otro. Los incapaces relativos, además de actuar representados, pueden hacerlo también personalmente, si son debidamente autorizados.

El artículo recién referido, nos dice que "son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución". Además hay que añadir que, de acuerdo al inciso segundo del artículo 1682, los actos de los absolutamente incapaces se encuentran sancionados con la nulidad absoluta.

Asimismo, agrega que son relativamente incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero como la incapacidad de estas personas no es absoluta, sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. La sanción a los actos de estas personas es la nulidad relativa, conforme a lo que dispone el citado artículo 1682 del código civil.

Dementes *son* los seres humanos privados de razón, que padecen cualquiera enfermedad mental grave que produzca este efecto. El término demente, en consecuencia, no debe entenderse con el significado que actualmente le dan los especialistas, es decir, los siquiátras, que consideran que la demencia es una entre varias clases de enfermedades mentales, sino que claramente se encuentra tomado en el sentido anteriormente señalado. También cabe hacer presente que todos los dementes son absolutamente incapaces, se encuentren o no declarados en interdicción por el defecto psíquico a que aludimos.

En relación a la edad, las personas son plenamente capaces, como lo dispone el artículo 26 del código civil, al cumplir 18 años. Los menores de esta edad se dividen en impúberes y menores adultos.

Impúberes son el hombre que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12. La ley los considera absolutamente incapaces. Los mayores de esa edad, y hasta cumplir' 18 años, se denomina menores adultos. Son relativamente incapaces.

El dissipador, como lo establece el artículo 445 del código civil, es el que manifiesta una total falta de prudencia por actos repetidos de dilapidación. Debe ser declarado en interdicción, para que ante la ley se lo considere relativamente incapaz.

Hemos visto que los incapaces pueden actuar en la vida jurídica representados, y, en el caso de los relativamente incapaces, también autorizados. Las "personas a quienes corresponde esta representación o autorización, son las que la ley denomina representantes legales. Sobre el particular, el artículo 43 del código civil dice, "Son representantes legales de una persona, el padre, la madre, el adoptante y su tutor o curador". De acuerdo con lo anterior, el representante legal de los hijos no emancipados es el padre o la madre que ejerza legalmente la patria potestad. El adoptante es el representante del adoptado. Para las personas sujetas a tutela o curaduría, es el guardador que desempeña el cargo quien las representa.

El inciso final del artículo 1447 del código civil, hace referencia a otras incapacidades particulares o especiales. Para algunos, no constituyen verdaderas incapacidades, sino que son prohibiciones impuestas a ciertas personas para realizar ciertos actos. Encontramos ejemplos de estos casos en los artículos 404, 412, 1294, 1796 y otros del código civil.

1.1.5.

La nacionalidad.

La nacionalidad, que se estudia aquí como un atributo de la personalidad, es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado determinado. Este vínculo crea derechos y deberes entre el Estado y esa persona. Los deberes de ésta, que son a la vez los derechos de aquél, se encuentran por lo general establecidos en la Constitución y en las leyes. Consisten, principalmente, en defender y prestar determinados servicios al Estado y en respetar su ordenamiento jurídico.

Los deberes del Estado, que son recíprocamente los derechos del sujeto (derechos del hombre), son generalmente de carácter constitucional. Esencialmente comprenden el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, a la libertad, la protección de los derechos, la admisión a los empleos y funciones públicas, la igual repartición de los impuestos y contribuciones, etc. (Constitución, artículo 19). El artículo 56 del Código Civil dispone que, "Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros".

La Constitución en su artículo 10 señala cuatro formas de adquirir la nacionalidad chilena. 1º.- En primer término por nacer en el territorio chileno. Dice el texto constitucional que son

chilenos: "Los nacidos en territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena". 2º.- "Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º". 3º.- "Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, y 4º.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley."

Lo mismo que la nacionalidad se adquiere, puede perderse .El artículo 11 de la Constitución señala las cuatro causales de pérdida de la nacionalidad, a cuyo texto nos remitimos.

La nacionalidad tradicionalmente debía ser sólo una, pero en la actualidad muchos ordenamientos jurídicos, el chileno incluido, permiten tener más de una.

En el ámbito del derecho privado, el artículo 57 del código civil establece que "la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código". Pero este principio tiene algunas, aunque pocas, excepciones en ciertas normas de nuestra legislación positiva.

1.1.6. El domicilio.

1.1.6.1. **Concepto y generalidades.**- El domicilio es el asiento jurídico de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. El artículo 59 del código civil lo define diciendo que es "la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella". Agrega que se divide en político y civil. La definición antedicha se aplica con mayor propiedad al domicilio civil.

Sobre la base del concepto que de él se nos da, es posible distinguir dos elementos en la noción de domicilio: 1º la residencia, y, 2º el ánimo real o presuntivo de permanecer en ella. Otras legislaciones sólo consideran el elemento físico. Así, el código civil español dice que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual.

Entre los dos elementos del domicilio que estamos mencionando, el más importante es el "ánimo". La sola residencia sin ánimo no puede constituir domicilio. Por eso nuestra

jurisprudencia ha dicho que el domicilio más que un mero y simple hecho, es un concepto jurídico.

En orden a precisar con mayor exactitud la noción de domicilio, debemos distinguir todavía entre tres conceptos diferentes aunque relacionados: habitación, residencia y domicilio.

La habitación o morada, es una relación de hecho de una persona con un lugar donde permanece y generalmente pernocta, pero que puede ser accidental, ocasional o transitorio. Podemos pensar, al efecto, en el pasajero que habita un tiempo en un hotel.

La residencia es siempre una noción concreta. Se diferencia de la habitación, pues en este caso desaparece el concepto de transitorio, o mejor, de ocasional. La residencia implica la idea de algo estabilizado. El establecimiento físico de una persona en un lugar determinado, en forma permanente o habitual. Lo que no significa que siempre, en todo momento, deba encontrarse allí. La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte (art.. 68 del C. C.).

El domicilio, en cambio, conlleva la intención de la persona de tener el lugar de su residencia como asiento de su vida social y jurídica.

El caso más corriente es que ambos elementos coincidan. Por eso, el artículo 62 del Código Civil dispone: "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad".

De acuerdo a diversas disposiciones del código, el ánimo puede ser real o presunto. Sobre esta base, se determinan diversas presunciones de domicilio.

1.1.6.2. ***Clasificaciones del domicilio.-***

La distinción inicial que hace el código es entre domicilio político y civil. En su artículo 60 señala que el domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El domicilio civil, de acuerdo al artículo 61, es el relativo a una parte determinada del territorio del Estado. A su vez, el domicilio civil se clasifica en domicilio general y domicilio especial.

1.1.6.3. ***Pluralidad de domicilios.***

Apartándose de su modelo, el código de Napoleón y de la doctrina francesa que establecen que una persona sólo puede tener un domicilio, nuestro código civil acepta la pluralidad de

domicilios. En efecto, el artículo 67 dispone, "Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella solo será para tales casos el domicilio civil del individuo".

1.1.7. El estado civil.

1.1.7.1. **Concepto y características.** El artículo 304 del código civil lo define diciendo: "El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles". En realidad la definición es muy deficiente, porque no señala a que calidad del individuo se está refiriendo; podría perfectamente referirse con más propiedad a la capacidad. Por otra parte, la habilidad de un individuo para ejercer derechos o contraer obligaciones puede ser muy diversa, aunque su estado civil permanezca invariado; así, un mayor de edad, hijo, soltero, tiene plena capacidad, pero si cae en demencia, su capacidad va a desaparecer, aunque no varía en nada su estado civil.

Por ello se prefiere definir, por lo general, el estado civil como "la calidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad derivada de sus relaciones de familia". Aunque, la calidad de permanente no es tan exacta, porque existen circunstancias que pueden hacerlo variar. Así, las calidades de hijo matrimonial y extramatrimonial podrán ser reclamadas e impugnadas por las correspondientes acciones de filiación (título VIII, libro I, c.c.). Por lo tanto el estado civil de una persona puede variar, o ser permanente para ella mientras no le afecte un nuevo acto constitutivo del mismo. El estado civil es un atributo de la personalidad y, por lo tanto, toda persona tiene uno. Existe el estado civil de casado, viudo, padre, madre o hijo. Se ha dicho también que es uno e indivisible, lo que es exacto en cuanto se atienda a una clase de relaciones de familia, filiación o matrimonio; por ejemplo, en cada una de estas relaciones se puede tener sólo un estado civil, pero se pueden yuxtaponer dos estados basados en relaciones diferentes. Una persona, por ejemplo, puede ser no matrimonial en cuanto a su filiación y, al mismo tiempo casada, si consideramos el matrimonio. Cabe tener presente, a este respecto, la modificación introducida por la ley 19.585 en materia de filiación. Se entiende por filiación: "la relación de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra". La filiación se clasifica en:

a. **Filiación por naturaleza:**

1. filiación no determinada
2. filiación determinada: puede ser:
 - a. matrimonial
 - b. no matrimonial

B. **Filiación adoptiva:** regulada por la ley 19.620. El artículo 179 inciso segundo establece que "la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva". El art. 37 de la citada ley 19.620 señala: "la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos por la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles..." (salvo en cuanto a los impedimentos dirimentes para contraer matrimonio del artículo 5° de la ley de matrimonio, los cuales subsistirán). La ley 19.585 eliminó la antigua distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima. El fundamento del cambio de legislación radica en que era indispensable establecer una regulación igualitaria de las cargas y derechos de los hijos, en cumplimiento del artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El cambio de regulación se ajusta, asimismo, a los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes en estas materias. Los principios inspiradores podrían sintetizarse, como los señala el profesor René Ramos Pazos en su libro "Derecho de Familia", en los siguientes:

- a. derecho de toda persona a conocer sus orígenes
- b. garantizar un trato igualitario a todos los hijos.
- c. dar prioridad a los intereses del menor.

El estado civil da origen a derechos y cargas u obligaciones. Tal sucede en los derechos y cargas de familia y obligaciones patrimoniales que se producen entre los padres y los hijos, o entre los cónyuges. Cabe, también, señalar que todo lo relativo al estado civil es de orden público. Su regulación se encuentra establecida por la ley, ubicándose fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares. Aunque el matrimonio por ejemplo, es en sí un acto voluntario, las consecuencias que de él se derivan están establecidas por la ley, incluso las de índole patrimonial, salvo las escasas estipulaciones posibles en las capitulaciones matrimoniales.

Lo anterior determina que el estado civil sea personalísimo. De esto se deriva, que en los actos de estado civil no sea posible la representación legal sino la voluntaria (artículos 103 y 271 número 3 del c. c.). Al mismo tiempo son estrictamente personales las acciones judiciales para adquirirlo o protegerlo. Por lo mismo son intransferibles e intransmisibles (artículos 182, 272, 317 del C. Civil), al mismo tiempo son intransables. El artículo 2450 del código civil dispone: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas.

Por último, podemos señalar que el estado civil es imprescriptible, ya que el artículo 2498 dice que se ganan por prescripción los bienes que están en el comercio humano, no encontrándose el estado civil en él. Además, el artículo 320 señala que, "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce". Esta disposición limita además el efecto de las sentencias en materia de estado civil.

1.1.1.1. **Prueba del estado civil.** Esta materia se regula en el Título XVII del Libro I del código civil. Los medios de prueba principales, son las partidas del registro civil. Al efecto, el artículo 305 señala: "El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte, de nacimiento o bautismo" (filiación matrimonial). Y el inciso segundo agrega: "El estado civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determine la filiación" (filiación no matrimonial).

A falta de partidas, se admite la prueba supletoria, distinguiéndose entre la prueba del matrimonio y la prueba de la filiación.

La prueba del matrimonio está regulada en los artículos 309 al 313. El artículo 309 inciso primero señala: "La falta de partida de matrimonio podrá suplirse por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado la celebración del matrimonio y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil". El art. 310 dice que la posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales, y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su

marido y por el vecindario en general. Vemos que se encuentra constituida por hechos notorios, es decir, públicos, que tradicionalmente se ha dicho consisten en el trato, nombre y fama que la persona ha tenido ante terceros. Según el art. 312, debe haber durado 10 años continuos a lo menos. El art. 313 señala que la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de un modo irrefragable.

En relación a la prueba de la filiación, el artículo 309 inciso segundo dispone: "La filiación, a falta de partida o subinscripción, sólo podrá acreditarse o probarse por los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente. A falta de éstos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII".

1.1.2. **El patrimonio. Concepto e importancia**

Se ha definido el patrimonio como, el conjunto de derechos y obligaciones de una persona susceptibles de estimación pecuniaria. Dentro de la teoría clásica elaborada por Aubry y Rau, el patrimonio es un atributo de la personalidad distinto de la capacidad. Esto le otorga el carácter de ser: a) único; b) inalienable; c) imprescriptible (no se pierde ni adquiere por prescripción); d) inembargable, y e) intransmisibile. Esta última característica no es aplicable en nuestro derecho positivo.

Desde otro punto de vista el patrimonio es: a) una universalidad jurídica; está compuesta no por cosas u obligaciones determinadas, sino por la totalidad de los bienes y obligaciones de que la persona es sujeto o titular; b) consecuentemente es independiente, distinto, de los derechos y obligaciones que lo componen; c) tiene un activo y un pasivo, ya que se encuentra integrado por derechos y obligaciones; d) por ser un atributo de la personalidad e independiente de los bienes que lo componen, no necesita un saldo positivo para existir, pues una persona tiene patrimonio aunque no tenga bienes; e) por ser una universalidad jurídica tiene su origen en la ley; la voluntad de los particulares no puede crear universalidades jurídicas.

Nuestro código civil, al igual que el código francés, no define ni trata en forma sistemática el patrimonio. Hay, sin embargo, numerosas disposiciones que a él se refieren. Así tenemos los artículos 85 inciso 2º; 534; 347, 1341; 1170, 1172; 1114, 1115; 1750, 548, 546, 2465, etc.

La condición de universalidad jurídica del patrimonio conlleva su carácter de intransferible. Aunque no hay precepto legal que lo establezca directamente, ello resulta de diversas disposiciones: el artículo 1407, que prohíbe las donaciones a título universal, el artículo 1811, que declara nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de uno y otros, ya se venda el total o una cuota, el artículo 2056, que prohíbe toda sociedad a título universal. Pareciera oponerse a este carácter intransferible del patrimonio la cesión del derecho de herencia que autoriza la ley. En realidad no es así, porque en tal caso el cedente no enajena su patrimonio personal u originario, el que siempre es intransferible.

1.1.3. **Derechos de la personalidad.** Concepto. Estudiaremos ahora un amplio conjunto de derechos, aún no totalmente determinados, pero que son inherentes a la persona humana y que por esto se denominan derechos de la personalidad. Constituyen un atributo de la persona por ser tal y, en consecuencia, son los mismos para todos.

Podemos agruparlos en categorías genéricas, pero es muy difícil formular una enumeración completa de los mismos. Su violación es sancionada no sólo penalmente, cuando corresponde, sino que también haciendo efectiva la responsabilidad civil. Los tribunales, sobre todo en los países de una jurisprudencia más avanzada, van agregando periódicamente nuevas situaciones que estiman merecedoras de protección jurídica, que sólo pueden englobarse dentro del concepto general de los derechos a que estamos haciendo referencia.

Algunos autores, como Biondi, reconocen que no hay duda que existe un derecho al honor, al nombre, a la libertad y que la ley acepta aquellos derechos que se resumen en la categoría de los derechos de la personalidad, pero puesto que tales derechos, como otros, deben tener un objeto, es imprescindible reconocer que honor, nombre, libertad, son entidades jurídicas que pueden encuadrarse en el amplio círculo de las cosas. Esto no constituye un sin sentido entre nosotros por el significado amplio de la palabra cosa, en cuanto objeto.

Otros autores, como Enrico Allorio, señalan con relación a los llamados derechos de la personalidad que ellos no son autónomamente declarables en juicio y, por consiguiente, no son auténticos derechos o estados. Serían sólo un hecho constitutivo de la obligación de reintegro o de resarcimiento de daños, que se contrae comportándose de modo contrario a las prerrogativas fundamentales de otra persona.

En realidad estos derechos no tienen directamente un interés pecuniario, pertenecen a los que comúnmente se denominan extrapatrimoniales, pero ello no significa que no puedan llegar a tener valoración económica, porque en caso contrario no tendrían una tutela jurídica. Algunos autores los denominan "derechos políticos", por estar muchos de ellos consagrados en la Constitución Política.

Podemos intentar una clasificación de los derechos a que estamos haciendo referencia, distinguiendo entre aquellos relativos a la individualidad de la persona (que comprenden dos ordenes de concepto: la integridad física y la libertad personal), los que se refieren a la protección de la personalidad civil y, por último, los que protegen de su personalidad moral. Así entonces, tenemos derechos de la individualidad, derechos de la personalidad civil y derechos de la personalidad moral, los que pasamos a examinar a continuación.

1.1.3.1. ***Derechos de la individualidad.***

La individualidad comprende, en primer término, el derecho a la integridad física, que conlleva la protección de la vida y de la integridad corporal.

La Constitución garantiza, entre los derechos constitucionales, en el número 1 del art. 19, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Los atentados a estos derechos constituyen delitos sancionados específicamente por el código penal. La sanción penal de los delitos de homicidio, mutilaciones y lesiones, protegen la integridad física.

La protección de la individualidad, no ya en cuanto persona física, sino que considerando la libertad, comprende una serie de derechos que en general, pero no necesariamente, tiene el individuo con relación al Estado. Son definidos y reglamentados por el Derecho público y se encuentran establecidos en la Constitución.

En primer término el derecho a la libertad misma. La Constitución, en el número 7° del artículo que estamos considerando, establece el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Dentro de este mismo orden de derechos, relativos a la libertad, podemos señalar los de reunión y asociación (números 13° y 15° del artículo 19 de la Constitución); los derechos de

pensar, opinar y creer (números 6º y 12º); el derecho de residir y trasladarse (número 7º); el derecho y la libertad de trabajo (número 16), etc.

Es posible también incluir dentro de esta enumeración lo que se denomina derecho a la intimidad privada. Este derecho comprende los actos y sentimientos de la vida íntima de una persona, para que ellos no sean revelados a la faz pública y para cada uno pueda llevar su vida sin, o con el mínimo, de interferencias o perturbaciones de terceros.

1.1.3.2. ***Derechos de la personalidad civil.***

Los derechos que se refieren a la protección de la personalidad civil consisten, especialmente, en el derecho al nombre, al estado civil y a la propia imagen.

Hemos estudiado el nombre como atributo de la personalidad. Aquí nos referimos al derecho subjetivo que una persona tiene para usar su nombre y para oponerse a la usurpación o uso indebido del mismo, por parte de terceros. La usurpación del nombre es un delito contemplado en el código penal. Como toda responsabilidad penal es sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda acarrear el acto, es fácil entender la protección del nombre frente a las usurpaciones voluntarias. El problema es más confuso si se considera un uso del nombre ajeno, no dolosa sino culpablemente.

En cuanto al estado civil, el código penal contempla también los crímenes o simples delitos que se cometan contra el estado civil de las personas.

Considera especialmente la usurpación de estado civil y la ocultación o sustitución de una persona para hacerla perder su estado.

En ésta categoría se ha incluido el derecho a la propia imagen. La jurisprudencia francesa ha considerado en general que la reproducción de los rasgos de una persona sin su consentimiento, es una acción ilícita, que constituye la violación de un derecho subjetivo y que, en consecuencia, para obtener una reparación no es necesario justificar otro daño distinto que el propio desconocimiento del derecho. Sin embargo, esta teoría tan amplia ha debido ser limitada en consideración a diversas situaciones. Por ejemplo, la libertad de información, que justifica reproducir la imagen de personas que tienen una actuación pública; igualmente en consideración al sitio u ocasión en que una fotografía ha sido tomada, si se trata de lugares o sucesos públicos, su publicación no puede estar subordinada al consentimiento de cada una de las personas presentes.

1.1.3.3. ***Derechos de la personalidad moral.***

La protección de la personalidad moral implica la protección de su honor, de su reputación e incluso de sus sentimientos y de su afección. A todo lo cual puede denominarse integridad síquica.

Nuestra Constitución, junto con proteger la integridad psíquica en el artículo 19 número 1, consagra como derecho fundamental, en el número 4 de este precepto, "el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia". Conviene señalar que esta disposición tiene una mayor amplitud que las normas penales que configuran los delitos contra el honor de las personas, ya que consagra el respeto y protección de la vida privada y pública de la persona y de su familia.

El código penal en sus artículos 412° y 416° contempla los delitos de calumnia e injuria. El primero consiste en la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio. El segundo, en toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

La protección de los sentimientos de afección constituye, cuando son vulnerados, el vasto campo de lo que se ha llamado indemnización del daño moral, dentro de la responsabilidad civil, al que nos referiremos más adelante.

1.2. Las personas jurídicas

1.2.1. **Concepto y generalidades.-** Desde antiguo en el ámbito jurídico se da también la categoría de personas a entes ideales, a ciertas asociaciones de hombres o de bienes jurídicamente organizados a los que el Estado, y con ello el ordenamiento jurídico, reconoce la condición de sujetos de Derecho. Estas entidades reciben el nombre de personas jurídicas, aún cuando además se las suele denominar personas colectivas, civiles, morales, ficticias, incorporales, etc.

El código civil define a la persona jurídica en su artículo 545 diciendo que es, "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente."

Se señala que los requisitos básicos para la existencia de una persona jurídica son: a) Que surja como una entidad distinta e independiente de los individuos que la componen, b) Que esta entidad sea reconocida por el Estado como sujeto de derecho.

Mucho se ha discutido *acerca* de la naturaleza jurídica de esta clase de personas. El debate continúa vigente, con innumerables consecuencias tanto teóricas como prácticas para el Derecho. De este modo, se han formulado una serie de teorías que intentan explicar tal naturaleza. Entre ellas tenemos a la teoría de la ficción; la del patrimonio de afectación, la teoría normativa, etc. Por nuestra parte, sin entrar en explicaciones sobre las mismas, nos limitaremos a señalar que nuestro código sigue la teoría de la ficción formulada por Savigny, quien sostuvo que las personas jurídicas constituyen una ficción que no tiene realidad efectiva del modo que la tienen las personas naturales. Ficción a la que hay que recurrir por razones prácticas, debido a la enorme utilidad que prestan en todos los aspectos de la vida social. Pues hay numerosas actividades que sólo pueden llevar a cabo de manera adecuada, grupos de personas que se asocian para una tarea común.

1.2.2. **Clasificación.**- Las personas jurídicas pueden ser clasificadas, en primer lugar, en personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado. En el inciso segundo del artículo 547, se mencionan algunos casos o ejemplos de personas jurídicas de Derecho público. Así, se señala a la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario. En lo que respecta a las iglesias y a las comunidades religiosas, se ha entendido por nuestra doctrina y jurisprudencia que la referencia se hace a entidades de la Iglesia Católica, y no de otras religiones.

A su vez, las personas jurídicas de Derecho privado se clasifican entre aquellas que persiguen fines de lucro y las que no tienen tal finalidad.

Dentro de las primeras tenemos a las sociedades civiles y a las sociedades comerciales. En las comerciales, distinguimos las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita (simple o por acciones) y las sociedades anónimas (abiertas o cerradas).

Dentro de las segundas, es decir, de aquéllas que no tienen fines de lucro, encontramos las corporaciones, las fundaciones y ciertas entidades especiales o mixtas. Únicamente a estas personas colectivas de Derecho privado sin fines de lucro, nos referiremos ahora brevemente.

Las corporaciones son colectividades de personas asociadas para conseguir un fin no lucrativo y común, que incluso puede ser de ayuda a sus miembros, con medios propios y dotadas de personalidad jurídica. En cuanto al acto jurídico que les da origen, debe contener la declaración común de voluntad de sus miembros en orden a unirse' a una asociación. En el caso de las corporaciones este acto constitutivo no crea la persona jurídica sino sólo la asociación. La concesión de la personalidad jurídica únicamente se obtendrá por ley o por decreto del Presidente de la República. Siendo esta última forma la empleada en la inmensa mayoría de los casos, (artículo 546 del código civil).

Las fundaciones, por su parte, son establecimientos y obras creadas por una persona, que las dota de un patrimonio destinado al cumplimiento de una finalidad no lucrativa. Su actuación debe regirse por un estatuto establecido en el acta de constitución. Del concepto que acaba de darse de fundación, se puede deducir de inmediato, que a diferencia de las corporaciones, es indispensable para su existencia que haya un conjunto de bienes y no la reunión de personas. La constitución de una fundación se efectúa por medio de un acto jurídico unilateral de fundación o acto fundacional, el que puede ser entre vivos o testamentario. En cuanto a la concesión de personalidad jurídica se rige por las mismas normas que las corporaciones.

En lo referente a la extinción de las personas jurídicas pertenecientes a la clase que estamos considerando, su disolución, según la doctrina, puede ser voluntaria o por disposición de la autoridad. Como nuestro código sigue la teoría de la ficción, el Estado es quien otorga la personalidad jurídica y también es quien puede ponerle término. Por este motivo sus miembros, por su sola voluntad, no pueden ponerles fin, ya que requieren adicionalmente la de la autoridad, aunque sí tienen la posibilidad de tomar la iniciativa a este respecto. Además se establecen, en el artículo 559, dos causales sobre cuya base la autoridad, unilateralmente, puede disolverlas: cuando comprometan la seguridad o los intereses del Estado; o cuando no correspondan, sus actuaciones, al objeto de la institución. Se contempla también, en el artículo 564, una causal de extinción propia para las fundaciones, consistente la destrucción de los bienes destinados a su manutención.

1.2.3. **Personas jurídicas y atributos de la personalidad.**- Múltiples veces se ha formulado la pregunta referente a si las personas jurídicas, poseen o no los atributos de la personalidad que se asignan, conforme a lo anteriormente expuesto, a las personas naturales. La respuesta generalmente aceptada sostiene que los poseen, pero con los matices y las

excepciones propias que surgen de su propia naturaleza. Así por ejemplo, debido a su naturaleza las personas jurídicas carecen de estado civil.

2. **Objeto de Derecho.**

4.1. **Concepto.-** Otro de los conceptos jurídicos fundamentales que nos corresponde considerar es el de objeto de Derecho. Esta materia se estudia con mayor detalle en las asignaturas de Derecho romano y Derecho civil, nosotros de una manera más bien general vamos a dar un concepto algo diferente de lo que se entiende en esas disciplinas por objeto de Derecho, pues los romanistas y civilistas cuando abordan el tema, normalmente, lo circunscriben al área del Derecho privado. Por nuestra parte, intentaremos bosquejar un concepto que pueda ser aplicable a todas las ramas del Derecho. Por este motivo, lo definiremos diciendo que es todo aquello sobre lo cual ejerce su prerrogativa la persona, es decir, el sujeto de Derecho. Teniendo esto presente, el filósofo del Derecho argentino Arturo Orgaz propuso la clasificación que ahora pasamos a examinar.

4.2. **Clasificación de los objetos de Derecho según Arturo Orgaz.** Propone clasificarlos en las siguientes cuatro categorías:

- a. - Los bienes.
- b. - Los hechos jurídicos.
- c. - Los valores adscritos a la personalidad.
- d. - Los valores institucionales.

a. **Los bienes.** Son las cosas corporales e incorporeales que pueden prestar alguna utilidad al hombre y que, por ello, son susceptibles de apropiación.

b. **Los hechos jurídicos.** Al igual que en el caso de los bienes, el tema relativo a los hechos y actos jurídicos se estudia con mayor profundidad en las asignaturas de romano y civil. Ahora destacaremos sólo su condición de objetos del Derecho.

c. **Los valores adscritos a la personalidad.** Para este autor los valores adscritos a la personalidad son un objeto de Derecho, aunque, por lo general, sin contenido económico. Se trata de ciertos valores fundamentales que tienen todas las personas por la sola circunstancia

de serlo, como por ejemplo la vida, la libertad, el honor, el Derecho a la propia imagen, etc. La mayor parte de ellos no tiene contenido económico, pero algunos, en ciertas circunstancias, pueden llegar a tenerlo. La persona a quien pertenecen, bajo esas circunstancias puede comercializarlos. Por ejemplo, considerando el caso del Derecho a la propia imagen, un actor puede permitir que una foto suya circule, o se distribuya, para hacer propaganda a un determinado producto. En este supuesto, el actor se encuentra facultado cobrar una suma de dinero por el uso de su imagen.

- d. **Los valores institucionales.** Son los propios de entidades como el Estado, las universidades, las instituciones de beneficencia pública, etc. Estos valores institucionales, tendrán más relevancia o presencia pública en la medida que la institución a que ellos se adscriben sea más importante.

En la actualidad se piensa que la institución más importante en una sociedad es el Estado, pero esto no siempre ha sido así. Incluso más, aún ahora es discutible porque, por ejemplo, para alguien que tenga firmes convicciones religiosas, con seguridad, su iglesia será más importante que el Estado. Pero dejando esta discusión aparte, veamos cuales pueden ser algunos valores institucionales de una institución como el Estado. Lo serán por ejemplo, la bandera, el himno nacional y en general los símbolos de la nación. También hay otros valores institucionales del Estado que no cumplen la función de símbolos patrios, sino que otras de carácter más pragmático y económico, como pueden ser los sellos que acuña o el dinero que emite.

1. ***La relación jurídica.***

Otro de los conceptos jurídicos fundamentales es el de la relación jurídica. Sobre el mismo se han formulado muchas definiciones, nosotros vamos a dar la que luego consignaremos porque nos parece más sencilla que otras que se han propuesto. Ella expresa que, "es el vínculo jurídico entre dos o más sujetos en virtud del cual uno tiene la facultad de exigir a otro, u otros, el cumplimiento de un determinado deber". Teniéndola en consideración, diremos que es frecuente señalar que la relación jurídica posee los siguientes elementos:

- a. Sujeto de Derecho.
- b. Hecho condicionante.
- c. Correlatividad de situaciones jurídicas.

- d. Prestación.
- e. Sanción.
- f. Norma jurídica.

Todos estos elementos, en general, ya son conocidos por nosotros, bien porque se han expuesto en este curso, o bien, porque han sido tratados en la teoría del acto jurídico que se estudia en Derecho romano. El único de ellos que no se ha tratado de manera sistemática es el de la sanción, por este motivo pasamos ahora a estudiarlo.

1. **La sanción.**

1.1. **Generalidades.-** La sanción que acaba de ser mencionada como un elemento de la relación jurídica es también, de acuerdo a lo que hemos señalado, un concepto jurídico fundamental. García Maynez la define diciendo que, "la sanción es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber (jurídico) produce en relación con el obligado" (Introducción al Estudio del Derecho, página 295). Podemos decir que este concepto se formula en el plano únicamente jurídico, pues para el autor que estamos considerando se trata de una consecuencia o efecto que produce el no cumplimiento de una obligación. Por esto nos dice García Maynez, que no debe confundirse a la sanción con la coacción, porque la primera se nos da en el plano jurídico mientras que la segunda se presenta en el plano fáctico. La coacción consiste en la aplicación de la fuerza, es una forma de llevar a cabo la sanción. No siempre para aplicar una sanción es necesario recurrir a la coacción, aunque en muchos casos sí lo es. Tenemos entonces dos nociones distintas: la de sanción y la de coacción. Según García Maynez hay todavía un tercer concepto vinculado a las dos anteriores, este es el de coercibilidad, que consiste en la posibilidad de usar la fuerza. Más específicamente, es la posibilidad de que una obligación jurídica sea hecha cumplir mediante el uso de la fuerza cuando no es cumplida voluntariamente. Al respecto, el autor recién nombrado afirma que todas las normas jurídicas son coercibles, porque siempre existe la posibilidad de que se apliquen mediante la fuerza, pero, agrega, que no siempre son coactivas. Ello debido a que, en muchas ocasiones, no es necesario aplicar la

fuerza para hacerlas cumplir, porque la generalidad de las personas las acata voluntariamente.

Hay, además del propuesto por García Maynez, otros conceptos de sanción. Aquí sólo a modo de ejemplo vamos a consignar el formulado por Abelardo Torr  y el de Kelsen. Torr  sostiene que "la sanc n es el hecho más o menos impuesto al obligado, aun mediante la fuerza, como consecuencia del incumplimiento de un deber". A lo expresado por Torr , le formularemos únicamente la observación que señala que su concepto de sanc n, a contrario del propuesto por García Maynez, se encuentra mucho más referido al pleno fáctico que al jurídico. El concepto formulado por Kelsen, ajuicio nuestro, se encuentra muy bien sintetizado por Carlos Santiago Niño cuando expresa que dicho autor, a través de sus distintas obras, "define la palabra sanc n señalando las siguientes propiedades necesarias y suficientes: a) se trata de un acto coercitivo, es decir un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; d) debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo" (C. S. Niño Introducción al Análisis del Derecho, página 168).

1.2. Clasificación de las sanciones

Las sanciones pueden ser clasificadas desde diversas perspectivas, nosotros consideraremos únicamente las dos siguientes:

- 6.2.1. Atendiendo a las distintas ramas del Derecho.
- 6.2.2. Según la finalidad que persiguen.

1.2.1. Atendiendo a las distintas ramas del Derecho.

Sabemos que el Derecho se clasifica en diversas ramas, en primer término se efectúa una gran clasificación que distingue entre Derecho público y Derecho privado. A su vez, cada uno de estos campos se vuelve a subclasificar en otros. Así por ejemplo, dentro del Derecho público encontramos el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho penal, el Derecho procesal, etc. Dentro del Derecho privado, a su turno, se ubican el Derecho civil, el

Derecho comercial, el Derecho de minería, el Derecho de aguas, etc. Más adelante cuando estudiemos en detalle la materia relativa a las diversas clasificaciones del Derecho, veremos que son muchas las teorías que se formulan en orden a determinar si es o no posible distinguir entre Derecho público y Derecho privado, y, de aceptarse esta distinción, surge el problema acerca de la manera como debe formularse. Sobre todo, en algunos casos, es muy difícil establecer de modo preciso si una rama del Derecho pertenece al ámbito público o privado, ello ocurre entre otros con el Derecho laboral.

Nosotros, dejando de lado por ahora estas discusiones nos limitaremos a destacar las diversas sanciones que pueden darse en las distintas ramas del Derecho a que hemos hecho mención. Por ejemplo, en el campo del Derecho constitucional, el artículo 7 de la Constitución nos dice que deben sancionarse con la nulidad ciertos actos contrarios a ella que ahí se mencionan. Otro caso es aquel en que el Tribunal Constitucional declara contrario a la Constitución un proyecto de ley o parte del mismo, el cual.

por este motivo no puede entrar en vigencia. Podemos mencionar también algunas sanciones existentes en el campo del Derecho administrativo, por ejemplo, si un funcionario es negligente, no atiende al público o incumple cualquier otro deber tendrá una sanción administrativa que es distinta según la gravedad de la infracción. Así, podrá recibir una amonestación, una suspensión de su cargo por algún tiempo (sin sueldo) o bien la destitución del empleo. Las sanciones administrativas pueden aplicarse solas, o bien conjuntamente con otras de distinta clase, como podría ser el caso de una penal.

En Derecho penal es más sencillo encontrar ejemplos. Normalmente cuando se habla de sanciones sin especificar otra cosa, la gente común tiende a asociarlas con este ámbito. En el campo a que estamos haciendo referencia encontramos diversas clases de sanciones, denominadas también penas o castigos (ver artículo 21 del código penal). Por ejemplo, la pena de muerte (en la actualidad no vigente en Chile, salvo para casos excepcionales en tiempo de guerra), las penas de privación de libertad que van desde la privación perpetua de la misma hasta la privación sólo por algunos días. También hay en el ámbito penal penas de multa de extrañamiento, de destierro, relegación, etc.

Asimismo, en el campo del Derecho procesal encontramos sanciones de diverso tipo. Por ejemplo, si no se cumple con algún requisito o trámite en el curso del proceso, se puede decretar la nulidad de ciertas actuaciones realizadas sin cumplir con ellas. También hay en

este ámbito sanciones para los jueces y funcionarios, como la amonestación, suspensión en el oficio del cargo, y hasta destitución cuando se infringen ciertas normas.

En el Derecho civil encontramos sanciones propias de su campo. Sabemos que el Derecho civil es la rama más importante del Derecho privado, que regula relaciones entre particulares ya sea del ámbito patrimonial, sucesoral o de familia. La nulidad es una típica sanción que procede en el campo del Derecho civil, la que normalmente tiene lugar, por ejemplo, cuando se celebra un acto o contrato que no cumple con los requisitos que la ley exige para su existencia y validez.

1.2.2. **Clasificación de las sanciones según su finalidad.**

Siguiendo a García Maynez diremos que las sanciones considerando la finalidad que persiguen pueden ser clasificadas en:

- a. Cumplimiento forzado de la obligación.
- b. Indemnización de perjuicios.
- c. Castigo o pena.

Antes de entrar a exponer en particular cada una de estas clases de sanciones, diremos que ellas no son incompatibles entre sí. Por este motivo, en algunas ocasiones sólo puede darse una, en otras pueden proceder dos de ellas, pero también es posible que se den las tres conjuntamente. Aunque debe advertirse que, por regla general, no puede acumularse el cumplimiento forzado de la obligación con la indemnización de perjuicios compensatoria.

1.1.1.1. ***Cumplimiento forzado de la obligación:*** Según García Maynez consiste en obtener coactivamente la observancia de un deber infringido.

En materia civil, el cumplimiento forzado se estudia a propósito de los efectos de las obligaciones. El efecto propio de las mismas consiste en que deben cumplirse íntegra y oportunamente. Si no se cumplen se incurre en incumplimiento o inejecución. Si el cumplimiento se retarda, se incurre en mora. En estos casos, el acreedor se encuentra facultado para solicitar el cumplimiento de la prestación o la indemnización de perjuicios (aunque como se dijo, esta última con limitaciones) y para hacer efectivos los derechos auxiliares.

El cumplimiento forzado, normalmente, se lleva a cabo mediante el juicio ejecutivo. Éste es breve y compulsivo, se encuentra destinado, en lo fundamental, a realizar bienes del deudor,

o, a compelerlo a efectuar la prestación. Ello según se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer. En las obligaciones de dar, debe distinguirse también entre las de género y las de especie o cuerpo cierto.

El cumplimiento forzado persigue hacer efectiva la responsabilidad del deudor sobre los bienes de su patrimonio. Es lo que se conoce como Derecho de prenda general, que se encuentra establecido en el artículo 2465 del código civil, cuando expresa, "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618". Por ejemplo, en el caso de una obligación de dar (de género), un banco presta una cantidad de dinero a una persona, que se obliga, a restituirla con intereses. Si llegado el plazo fijado para el cumplimiento, el deudor no paga, el banco, en virtud de que esta obligación consta, como normalmente ocurre, en un "título ejecutivo" (ver artículo 434 del código de procedimiento civil), procederá a solicitar al tribunal competente el embargo y el retiro de especies o bienes del deudor, para su posterior remate. Con el producto de éste se pagará del capital, intereses y costas (gastos en que incurre una persona en un juicio). Mario Cassarino en su "Manual de Derecho Procesal", (tomo V, página 76), consigna un concepto de lo que se entiende por título ejecutivo diciendo que es, "aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación que en él se contiene".

Otro ejemplo, no ya de una obligación de dar sino que de una de hacer, de realizar algo, como puede ser el caso de levantar una muralla, pintar un cuadro, etc. En este supuesto, el procedimiento es distinto. Se encuentra señalado en el artículo 1553 código civil. Conforme al cual se debe actuar del modo que ahora pasa a indicarse. En primer lugar, se pueden pedir apremios contra el deudor para que ejecute el hecho convenido. En segundo término, es posible solicitar que se autorice al acreedor para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. En tercer lugar, se puede solicitar que el deudor indemnice los perjuicios resultantes al acreedor del no cumplimiento de la obligación.

En lo que respecta a la ejecución forzada de las obligaciones de no hacer la norma básica se encuentra en el artículo 1.555 del código civil. Sobre este particular en su inciso primero expresa: "Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar perjuicios, si

el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho". En el evento de poder deshacerse lo hecho, y fuere procedente, ello se llevará a cabo a expensas del deudor que incumple.

1.1.1.2. ***Indemnización de perjuicios.-***

A.- Generalidades.- Esta es la segunda finalidad que puede perseguir la sanción. No siempre es posible, en el caso de incumplimiento, hacer cumplir forzosamente la obligación no ejecutada. Por ejemplo, supongamos que un deudor se obligó a entregar el caballo "Bucéfalo" (como especie o cuerpo cierto), pero ocurre que éste se muere antes de la entrega por culpa de ese deudor. En este supuesto es imposible llevar a cabo el cumplimiento de la obligación convenida, cual es la entrega de "Bucéfalo". Ante ello, se puede pedir, como un derecho subsidiario, la correspondiente indemnización de perjuicios. Así entonces, por regla general, la indemnización de perjuicios es un derecho subsidiario del acreedor, para el caso que la obligación no pueda hacerse cumplir forzosamente. Decimos por regla general, porque hay casos, principalmente, aunque no exclusivamente, en el evento de la indemnización de perjuicios moratoria, en que se puede solicitar conjuntamente el cumplimiento forzado y la indemnización. En aras de la necesaria brevedad que en nuestro curso de carácter introductorio debe tener la exposición de esta materia, de suyo extensa e importante, no entraremos en mayores detalles. En lo que sigue, nos limitaremos, sucintamente, a dar un concepto de lo que se entiende por perjuicios, por indemnización de perjuicios y a formular una clasificación de ambos.

Daremos, en primer lugar, un concepto de lo que se entiende por perjuicios. Nuestra legislación hace sinónimos los términos daño y perjuicio. La definición tradicional señala que es "todo detrimento o menoscabo que sufre un sujeto de Derecho en su patrimonio o en su persona física o moral".

La indemnización de perjuicios para Alessandri y Somarriva, es "el Derecho que tiene el acreedor con respecto al deudor para que éste le pague la cantidad de dinero equivalente a lo que le habría valido el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación".

La indemnización de perjuicios implica una sanción para el deudor que ha obrado con dolo o negligencia. Recoge un principio del Derecho, según el cual quien ocasiona un daño a otro, dolosa o culpablemente, debe repararlo. Así lo expresa el artículo 2329 del código civil: "Por

regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". Para que proceda la indemnización a que nos estamos refiriendo, es necesario que concurran los requisitos que pasamos a señalar, a) Incumplimiento o mora del deudor, b) Perjuicio del acreedor, c) Relación de causalidad entre el incumplimiento, o retardo, y los perjuicios, d) Imputabilidad, por dolo o culpa, del deudor, y, e) Que no concurra una causal de exención de responsabilidad.

B.- Clasificaciones de la indemnización de perjuicios y de los perjuicios.- La clasificación más importante de la indemnización de perjuicios, es la que distingue entre indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria. Obviamente, se la puede clasificar también considerando el respectivo tipo de perjuicios que se trata de indemnizar. Por ejemplo, indemnización de perjuicios proveniente de un daño material o de un daño moral, o, indemnización de perjuicios por daño emergente o por lucro cesante, o, indemnización proveniente de un daño derivado de responsabilidad contractual o derivado de una responsabilidad extracontractual. La indemnización de perjuicios compensatoria es aquella que procede para el caso en que existe incumplimiento de la obligación, sea total o parcial. Consiste en el derecho que tiene el acreedor para que se le repare el perjuicio que le reportó tal incumplimiento. La indemnización de perjuicios moratoria, procede en el caso en que hubo mora, es decir retardo, en el cumplimiento de la obligación. Consiste en el derecho que tiene el acreedor para que se le repare el daño causado por ese retardo.

Es importante también tener presente las distintas clasificaciones que se hacen de los perjuicios. Ello, entre otras finalidades, en orden a determinar qué perjuicios se indemnizan y para llevar a cabo la evaluación de los mismos. Así, es posible distinguir entre:

a) **Daño material y daño moral.** El primero es el menoscabo que experimenta el patrimonio de una persona como consecuencia del incumplimiento de una obligación. El daño moral, en cambio, no afecta al patrimonio sino a la psiquis de la persona. Consiste en la aflicción o sufrimiento que experimenta debido a la acción de un tercero. Como por ejemplo si a un padre en un accidente de tránsito le matan a un hijo, sin duda que se le produce un sufrimiento fuerte. Otro ejemplo, si a una persona, intencionalmente, le destruyen los muebles de su casa que antes pertenecieron a su abuelo, en este caso junto con el valor económico o material de tales muebles, ellos poseen además un valor afectivo, por lo cual esa destrucción le produce a su dueño también un daño moral. En situaciones como estas, en que se da un

daño moral, hoy se entiende que procede una indemnización. No resultó fácil para los juristas llegar a la conclusión de que el daño moral, o si se quiere el sufrimiento psicológico, debe ser indemnizado por quien lo causa. Se argumentaba en su contra que el sufrimiento espiritual de una persona no tiene un equivalente económico, por tanto, no hay un monto en dinero que pueda equipararlo o aproximársele. Asimismo se decía que es muy difícil de probar y de avaluar. En la actualidad no se piensa de este modo, pues se sostiene que si bien el sufrimiento espiritual no es equiparable a una cierta cantidad de dinero o bienes materiales, la indemnización en parte atenúa el mal causado. En Chile se aceptó primero la indemnización por daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (por delito y cuasidelito civil) y, posteriormente, en el ámbito de la responsabilidad contractual, por ejemplo, por el incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato. Por último, hay que advertir que, si es procedente, puede solicitarse conjuntamente la indemnización por daño moral y por daño material.

b) **Daño emergente y lucro cesante.** Esta es una clasificación que generalmente se efectúa dentro de los daños materiales, encontrándose recogida en el artículo 1556 del código civil, el que dispone que ambos deben indemnizarse. Al respecto se sostiene que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de una persona. El lucro cesante consiste en la utilidad que se deja de percibir por el incumplimiento o por el cumplimiento tardío de la obligación. Para ilustrar estos conceptos, podemos colocar el ejemplo del taxista a quien le chocan su automóvil rompiéndole el parabrisas y dos puertas. El daño emergente en este caso se encuentra en el costo que le significa reparar, o reponer, el parabrisas y las dos puertas. El lucro cesante se halla en la utilidad que dejó de percibir el taxista durante el tiempo, supongamos 15 días, en no pudo trabajar el vehículo por encontrarse paralizado y en reparaciones. Generalmente, es mucho más fácil probar el daño emergente que el lucro cesante, asimismo, es más sencillo avaluar los perjuicios resultantes del primero antes que del segundo.

c) **Perjuicios ciertos y eventuales.** Por regla general se indemnizan sólo los ciertos.

d) **Perjuicios directos e indirectos.** Por regla general se indemnizan sólo los directos.

e) **Perjuicios previstos e imprevistos.** La regla general es que se indemnicen sólo los previstos, salvo que exista dolo o culpa grave de parte de quien causó el perjuicio.

f) **Perjuicios provenientes** de una responsabilidad contractual y perjuicios provenientes de una responsabilidad extracontractual. La responsabilidad civil contractual supone la

existencia de un vínculo jurídico previo, por ejemplo un contrato, que da nacimiento a una obligación, la cual, como se dijo, debe ser cumplida íntegra y oportunamente por quien la contrae. De no cumplirse de la manera recién señalada, se da lugar al cumplimiento forzado o a la indemnización de perjuicios en los términos ya expuestos. La responsabilidad civil extracontractual, que se suele denominar también delictual o aquiliana, se origina en un hecho ilícito, en un delito o cuasidelito civil. De él surge la obligación, dando así origen al vínculo jurídico que hace responsable a quien causó el daño de indemnizarlo (artículo 2314 del código civil). Por ejemplo, si alguien conduciendo imprudentemente su vehículo derriba el cerco del jardín del vecino, se encuentra obligado a reparar el daño causado. Aquí es importante tener presente las nociones de delito y cuasidelito civil, las que si bien tienen ciertos elementos en común con las de delito y cuasidelito en materia penal, no son coincidentes. El delito y el cuasidelito civil son hechos ilícitos que causan daño. Si ese hecho ilícito se comete con dolo, es decir, con la intención de dañar, constituye un delito. Si se comete con culpa, constituye un cuasidelito.

C.- Evaluación de los perjuicios.- Por último, en lo que respecta a la evaluación de los perjuicios, diremos únicamente que hay tres formas de realizarla. Ellas son la evaluación judicial, la evaluación legal y la evaluación convencional. La que opera en la práctica en la mayoría de los casos es la evaluación judicial, pues la legal procede sólo respecto de las obligaciones de dinero y la convencional supone un acuerdo entre las partes, que no siempre es fácil de lograr.

1.1.1.1. **Castigo o pena:** El castigo, que opera en el ámbito del Derecho penal, es otra de las finalidades que persigue la sanción. El castigo o pena se impone a un sujeto en el caso de la comisión de un delito. Nuestro Derecho positivo define lo que entiende por delito en el artículo 1º del código penal. Nos dice que es "Toda acción u omisión voluntaria penada por la ley". Otra definición es la que tradicionalmente viene formulando la doctrina. Según ella, delito "es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable". Ambas definiciones, en lo fundamental, expresan lo mismo, pero la doctrinaria tiene la ventaja de explicitar todos los elementos del delito de una manera clara y precisa. La legal, en cambio, requiere de una labor de interpretación bastante más ardua en orden a lograr esa precisión. Por este motivo, nos limitaremos sólo a analizar brevemente la definición doctrinaria. Pasemos a examinar entonces, los elementos de esta definición:

En primer término, para que haya delito debe existir una acción (en sentido amplio), un cierto comportamiento humano, que puede ser también una omisión, destinado a conseguir un resultado, cual es el hecho delictivo. Es relativamente sencillo colocar ejemplos de acciones, propiamente tales, constitutivas de delito, como es el caso de matar a otra persona o desuistrarle sin su consentimiento el dinero que porta en un bolsillo. Algo más complejo y discutible resulta dar ejemplos de casos en que se comete un delito por omisión, por no realizar una determinada conducta o actividad. Mucho se ha discutido en el campo de la doctrina penal acerca de la naturaleza de los delitos de omisión, sobre todo en cuanto a precisar en qué consiste ella. Sin entrar en detalles, diremos que, para algunos, en el concepto amplio de acción se encuentra incluido también el de omisión, en cuanto ésta en ciertos casos produce también un resultado. Por ejemplo, el médico que no le suministra al paciente la medicina, a consecuencia de lo cual fallece. Pero se agrega que no cualquiera omisión que produzca un resultado dañino o rechazable es constitutiva de delito. No se trata, por tanto, de un simple no hacer, sino que hay omisión, en el sentido que estamos considerando, cuando se tiene el deber jurídico de hacer algo impuesto por una norma con trascendencia penal, pero esa acción no se realiza, produciéndose un resultado que daña un bien jurídico protegido, como es el caso de la vida o la propiedad de otro. En el código penal chileno es posible encontrar diversos casos en que se describen delitos por omisión, como por ejemplo ocurre en el inciso primero del artículo 237, al disponer que "El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio".

Pero para que haya delito no es suficiente la sola acción, aunque la misma pueda ser muy dañina o perjudicial a otro. Se requiere además que dicha acción sea típica. Esto significa que, tal acción debe hallarse descrita en la ley como delito. Es lo que se denomina tipo penal. Al respecto conviene recordar que, no hay otros delitos sino aquellos establecidos o descritos como tales en la ley.

Que sea antijurídica significa que la acción típica (o descrita en la ley), no se encuentra autorizada o justificada por el Derecho. Puede ocurrir que una acción sea típica, es decir, que se encuentre descrita en la ley, pero no obstante ello no sea delito, ya que la misma ley la autoriza o justifica en ciertos casos o circunstancias. Uno de tales casos es, entre otros, el de la legítima defensa. Por ejemplo si una persona mata a otra, realiza una acción típica, pero no es antijurídica cuando la lleva a cabo en defensa propia, en legítima defensa. Por ello no es

delito. Estas causales de justificación, en el ordenamiento jurídico chileno se encuentran en el art. 10 del código penal, números 4, 5,6,7,10 y 12.

Por último, la acción típica y antijurídica para constituir delito debe ser además culpable, desde un punto de vista penal. A este respecto debemos advertir que la noción de culpa en el campo del derecho penal, no es exactamente coincidente con el concepto de culpa que se emplea en el ámbito del Derecho civil y del Derecho privado en general. La culpabilidad es la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que, en la situación concreta, podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho. La culpabilidad se relaciona estrechamente con el concepto de imputabilidad, esto es la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento. Dicho de otro modo, la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad.

Hay algunas personas que son inimputables, estando por ello exentas de responsabilidad penal. Respecto a los casos de inimputabilidad contemplados en la legislación chilena, debe decirse que algunos encuentran su origen o fundamento en un trastorno mental. Así es inimputable el loco o demente (artículo 10 número 1º). Otros, lo encuentran en el hecho de no haberse alcanzado una edad suficiente para ser considerado imputable, de este modo son inimputables de acuerdo a las reformas introducidas por la ley 20.084, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 2005, los menores de 14 años. Los mayores de 14 y menores de 18, tienen lo que podemos llamar una situación especial de responsabilidad que en buena medida atenúa las penas, contempla formas más benignas de cumplirlas, disminuye los plazos de prescripción, establece medidas de reinserción y educación, etc. Los mayores de 18 años se encuentran sujetos a las reglas generales de responsabilidad penal. La mencionada ley 20.084, se conoce bajo el nombre de ley de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, o más frecuentemente por ley de responsabilidad penal juvenil.

Junto con las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, a que anteriormente hemos hecho referencia, existen otras que la modifican. Dentro de estas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal hay algunas que la atenúan, otras que la agravan y otras que, dependiendo de la situación, la pueden atenuar o agravar. A estas últimas se las denomina mixtas. El código penal trata de las atenuantes en su artículo 11, de las agravantes en el 12 y de las mixtas en el 13.

Para concluir, daremos un concepto de pena propuesto por el jurista español Eugenio Cuello Calón, para quien "la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en la ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal". Varias consideraciones pueden formularse sobre esta definición. Una muy importante nos dice que la pena o castigo, en el ámbito del Derecho penal, sólo puede imponerse mediante una sentencia judicial. La que es dictada por un tribunal competente, y de acuerdo a un procedimiento establecido en la ley, como consecuencia de la comisión de un delito. De tal modo que si se impone un sufrimiento o apremio sin que se cumpla con los requisitos recién señalados, no estamos exactamente ante una pena, en el sentido jurídico de la expresión, sino que más bien nos encontramos ante apremios ilegítimos absolutamente injustificados y contrarios al Derecho. Por ejemplo, si la policía maltrata a un detenido nos encontramos ante estos apremios ilegítimos. Los apremios injustificados e ilegítimos tienen que ser evitados, pues no se pueden prevenir, reprimir o castigar los delitos, sino en la forma que la ley establece y no en otra.

CAPITULO VII

FINES O VALORES DEL DERECHO

1. **Generalidades**.-

Las materias correspondientes al presente capítulo las expondremos de manera más bien sintética, no porque carezcan de importancia sino porque son demasiado extensas como para estudiarlas en profundidad en un curso con las características de éste y, además, se tratan en otras asignaturas como filosofía del Derecho o Derechos fundamentales.

Obviamente, el tema de los valores en el Derecho se encuentra íntimamente vinculado al tema de los valores en general y al tema de los valores éticos en particular. Como se sabe, en relación con los valores en general y particularmente con respecto a los valores éticos, se han formulado muchas teorías, que van desde el extremo de afirmarlos incondicionalmente hasta el extremo de simplemente negarlos, de no aceptar que existen y, desde luego, de sostener que son irracionales, sobre los cuales nada puede decirse desde un punto de vista científico, discutiéndose también si son absolutos o relativos, etc. Las concepciones positivistas, empiristas y neoempiristas sobre la ciencia y la filosofía tienden a sostener, aunque no siempre, que los valores no poseen una existencia real, que además son incognoscibles desde una perspectiva racional y científica, que a lo sumo son relativos lo que significa que son dependientes de las épocas o las culturas en que se encuentran, o de las personas que los sustentan, etc. En cambio otras concepciones filosóficas, algunas de ellas profundamente arraigadas en la antigua filosofía clásica griega como las de Platón y Aristóteles, aceptan la existencia de los valores y su cognoscibilidad. Asimismo los filósofos ligados al pensamiento cristiano, y también los vinculados a otras tendencias, como las fenomenológicas, aceptan la existencia de los valores, afirmando que son cognoscibles y que, además, cumplen una función no sólo en el ámbito del conocimiento sino que también en el social. Asimismo, tienden a postular la universalidad de ellos.

No es de fácil solución esta larga y antigua disputa filosófica, jurídica y ética, con profundas implicancias en todos los aspectos de la vida humana. Ella, sin duda, requiere ser abordada

de manera acuciosa, profunda y seria. Por nuestra parte, reconociendo la existencia de opiniones discrepantes, pensamos, que la generalidad de los seres humanos tiene la capacidad para poder distinguir los casos claros de trasgresión o cumplimiento de determinados valores, en especial de ciertos valores éticos. Por ejemplo, los casos claros en que se comete una injusticia o se realiza un acto justo. Especificando algo más este ejemplo, podemos suponer la situación en que una persona sin mediar provocación ni motivo alguno da muerte a otra. Sin duda, en este supuesto nos encontramos ante una grave injusticia y, sin duda también, la gran mayoría de la gente así lo percibe claramente. O, puede suponerse el caso de un profesor que no corrija las pruebas o exámenes de la asignatura que imparte, colocando a sus alumnos cualquier nota al azar, sin *considerar para nada ni sus conocimientos, ni el cumplimiento de sus obligaciones, ni su rendimiento*. Éste se trataría, asimismo, de un acto claramente injusto y al que la mayoría de las personas percibiría como tal. Por otra parte, estimamos que existen también actos en que claramente se realiza el valor justicia, por ejemplo, es el caso del profesor que asigna las notas que corresponden a los conocimientos y al *rendimiento de los* alumnos. Pero junto a aquellos casos *en que*, en opinión nuestra, es posible percibir con claridad su justicia o injusticia, existen otros en que esta percepción no es tan clara, sino que se encuentran en una zona dudosa. Con todo, consideramos que en la mayor parte de los casos, y sobre todo en cuestiones relevantes, el hombre tiene la capacidad de distinguir lo justo de lo injusto, el valor del antivalor, en suma, lo bueno de lo malo. Pero, reiterando, como acaba de señalarse, la existencia de esos casos y zonas dudosas. En consecuencia, no es tan cierta esa afirmación que sostiene que los valores no pueden percibirse, aunque sea de manera distinta a como se perciben los hechos de la naturaleza física. Tampoco nos parece aceptable aquella otra que postula sin más la irracionalidad de los valores o de los bienes éticos. Teniendo presente esta tesis respecto a un valor como la justicia, vemos que ella simplemente no se sostiene, pues la mente humana a un acto justo tiende a considerarlo plena y totalmente racional. Así, que un profesor coloque la nota que corresponde al conocimiento que los alumnos tienen en la materia que se califica, aparece como un acto racional. Lo irracional, por tanto, no es la justicia o algún otro valor ético. Lo irracional es más bien lo injusto, lo arbitrario, el antivalor, no la justicia. Por ejemplo, si un profesor reprueba a un alumno sin fundamento alguno, sin siquiera examinarlo, teniendo derecho a

rendir el examen, un acto de esta especie no sólo aparece como profundamente injusto, sino que, además, como completamente irracional.

2. ***Hacia un concepto de valor.***

Teniendo en cuenta las muchas posiciones que se han formulado con respecto a los valores, es posible concluir que resulta difícil que los distintos autores y tendencias se pongan de acuerdo en formular un concepto que sea aceptado unánimemente, o al menos en forma mayoritaria. Por ello, el concepto de valor que vamos a considerar sólo tiene la finalidad de servirnos de orientación en el análisis del tema.

Sobre el particular comenzaremos diciendo que la palabra "valor" en el ámbito filosófico se usa generalmente para referirse a algo (como un objeto, una idea, un sentimiento, una entidad espiritual o artística, una acción humana, etc.) que constituye un motivo de preferencia o selección. Intentando precisar lo que acaba de decirse, nos apoyaremos en el concepto que propone el filósofo alemán Max Scheler (1875 - 1928) quien nos dice que los "los valores son cualidades o esencias ideales que se encuentran en los objetos de la realidad cultural". Son entonces estas cualidades o esencias las que nos hacen preferir a unos objetos en lugar de otros, cuando cumplen con algunas condiciones que él nos señala. La definición que ahora comentamos se encuentra en su obra "El formalismo en la ética y la ética material de los valores", que al español se ha traducido por "Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético". De la misma tomamos todas las citas de este filósofo que se consignan *en* el presente trabajo.

La teoría de los valores que propone Scheler se formula en oposición, o polémica directa, con los filósofos neokantianos, de suyo importantes en el primer tercio del siglo XX. El neokantismo postula que los valores dependen básicamente del sujeto que hace la valoración. Así por ejemplo, si tomamos el valor "belleza" habría que concluir que una cosa es bella porque es captada como bella por el sujeto. Son, de acuerdo a esta tesis, las estructuras mentales del sujeto las que imponen los valores en el mundo externo (debemos tener presente que esta tesis no conduce necesariamente al relativismo, porque las estructuras mentales de los sujetos que hacen la valoración, según lo afirman los representantes de esta tendencia, son básicamente las mismas en todos). Los neokantianos postulaban, además, un

concepto únicamente formal del valor. Scheler va a decirnos que los valores no son sólo algo formal sino que poseen un contenido.

2.1. **Características de los valores.**- Teniendo todo lo anterior en cuenta, veamos algunas de las características que para este filósofo poseen los valores. A su juicio son las siguientes:

2.1.1. - No independientes.

2.1.2. - Objetivos.

2.1.3. - A priori.

2.1.4. - Bipolares.

2.1.5. - Jerarquía.

2.1.1. **No independientes.** Esto significa que los valores no subsisten por sí solos, sino que siempre se dan o existen en una cosa, en un ente de la realidad cultural. Por ejemplo, el valor estético de la belleza no existe por sí solo independientemente de la realidad en que se encarna. La belleza la encontramos siempre existiendo en otro ente, constituyendo así los objetos de la realidad cultural. La hallamos en un cuadro, en una escultura, en una obra literaria. Otro valor, ya no estético, sino que moral como la bondad, lo encontramos en los hombres buenos y en sus buenas acciones.

2.1.2. **Objetivos.** Al asignarles esta característica Scheler se distancia de la concepción meramente formalista que sobre los valores postulan los neokantianos (Guillermo Windelband o Paul Rickert entre otros), quienes afirman, según lo hicimos notar, que ellos dependen del sujeto que realiza la valoración. Scheler, en cambio, sostiene que los valores son esencias ideales que tienen un contenido (valioso) con independencia del sujeto. Frente a este planteamiento, muchos opinaron que estaba proponiendo tesis muy próximas a las de Platón, ya que cabe preguntarse dónde tienen existencia esas esencias ideales, ¿habría tal vez que postular un mundo de las ideas como el concebido por Platón? En realidad la explicación de Scheler es distinta, ya que afirma que esas esencias ideales existen en los objetos de la realidad cultural, en los objetos valiosos. En el caso de los valores estéticos en las obras de arte. Sin embargo, por muchas razones (que no es del caso indicar) debemos decir que esta respuesta de Scheler no termina siendo satisfactoria. Añade que no deben confundirse los

valores con los bienes. Los valores son las esencias ideales de que ya hablamos; los bienes o bienes valiosos, son los objetos de "la realidad cultural en que los valores se encuentran.

2.1.3. **A priori.** Que los valores sean a priori significa para Scheler que son independientes de la experiencia, que no encuentran su origen en ella. En este punto, en cierta medida sigue a Kant, y en parte lo contradice. Sigue a Kant en cuanto afirma que los valores son a priori, como acaba de indicarse. Pero se aparta de él en el modo que tiene de entender este a priori. Para Kant es únicamente formal, para Scheler es de contenido o material como prefiere llamarlo.

2.1.4. **Bipolares.** Esto significa que frente a todo valor encontramos siempre el respectivo antivalor (como antagónico). Por eso es que Scheler habla también, de un polo positivo del valor (valor propiamente tal) y un polo negativo del valor (antivalor). Por ejemplo, frente al valor del bien esta el antivalor del mal; frente a la justicia, la injusticia; frente a la belleza, la fealdad, etc.

2.1.5. **Tienen una jerarquía.** En contra de Kant, Scheler afirma la primacía del valor sobre el deber. La ética de Kant carece de un reconocimiento del valor material, de una conciencia de que el hombre se haya rodeado de un *cosmos* de valores que el no tiene que producir, sino que limitarse a reconocer y descubrir. Los valores no son un objeto de la actividad teórica, sino de una intuición emocional. Scheler dice que la pretensión de captar los valores mediante el intelecto equivaldría a la pretensión de contemplar un sonido. Negar la intencionalidad del sentimiento, la capacidad que éste tiene de ver esencias y captar valores, no es más que un prejuicio. Tal prejuicio procede de otro,, según el cual el intelecto es el único que da origen a actividades espirituales. Para Scheler, en cambio, existe "una eterna y absoluta legitimidad de los sentimientos, tan absoluta como la lógica pura, pero que de ningún modo puede reducirse a la legitimidad típica de la actividad intelectual". Lo que ve el sentimiento son las esencias en cuanto valores. Dice Scheler: "Existe un modo de experiencia cuyos objetos son inaccesibles para el intelecto: éste, en relación con ellos se muestra tan ciego como el oído y la oreja ante los colores; dicho modo de experiencia nos coloca ante los auténticos objetos y ante el orden externo que existe entre ellos, es decir, ante los valores y su jerarquía".

Según Giovanni Reale ("Historia del Pensamiento Filosófico y Científico", tomo 3, página 506), "para que las cosas se hagan más comprensibles, cabe decir que poseemos un instrumento innato, la intuición emocional, que capta aquellos valores objetivos por los cuales las cosas son bienes, y capta y reconoce la jerarquía existente entre dichos valores, cada uno de los cuales se encarna en una persona o modelo - tipo". Scheler propone la siguiente escala jerárquica, en orden de inferiores a superiores, comenzando por los valores materiales sensibles hasta alcanzar los espirituales superiores:

- 1° Valores sensibles.** La alegría y el placer son los valores, o polo positivo. La pena y el dolor constituyen los respectivos antivalores. El modelo o arquetipo de hombre que a ellos corresponde es el vividor
- 2.° Valores de la civilización.** En este caso, lo útil es el valor y lo perjudicial el antivalor. El técnico es el modelo o arquetipo de hombre que corresponde a esta clase de valores.
- 3° Valores vitales.** Lo noble es el valor, lo vulgar el antivalor. El correspondiente arquetipo es el héroe.
- 4° Valores culturales o espirituales.** El genio es el arquetipo que genéricamente corresponde a esta clase de valores, los que, de acuerdo a Scheler, se subdividen en las tres categorías siguientes:
 - a. Valores estéticos.** Lo bello y lo feo constituyen en este caso el valor y el antivalor, respectivamente. Su arquetipo es el artista.
 - b Valores ético jurídicos.** En ellos, lo justo es el valor y lo injusto el antivalor. Tienen como arquetipo al legislador
 - c Valores especulativos.** Respecto a ellos, Scheler nos dice que el valor consiste en lo verdadero y el antivalor en lo falso. Su arquetipo es el sabio
- 5°. Valores religiosos.** Lo sagrado y lo profano constituyen el valor y el antivalor. Como arquetipo se señala al santo.

Este cosmos de valores y su jerarquía que asciende, en orden de preferencia, desde los valores sensibles hasta los religiosos, son captados y reconocidos por la intuición emocional, que nos pone en contacto inmediato con el valor.

El caso especial de los valores morales. Scheler no incluye dentro de su lista de jerarquía de valores a los morales. Para él, los mismos no se sitúan en ningún punto específico de la escala. Sino que, en opinión suya, se realiza el valor moral, que es el valor de lo bueno, cuando se elige el polo positivo del valor y no el negativo o antivalor. Además, cuando en caso de conflicto entre valores se elige el valor superior y no el inferior.

3. ***Algunos valores jurídicos en particular.***

La parte de la teoría del Derecho que se ocupa de los valores a veces es conocida con el nombre de teoría de los valores jurídicos, en otras ocasiones se la llama axiología jurídica. Algunos autores, como Recaséns Siches, la denominan estimativa jurídica.

Con respecto a los valores del Derecho, se suelen plantear los mismos problemas y discusiones que se plantean en relación los valores en general. Así, los autores se preguntan y discuten sobre la existencia o inexistencia de los valores del Derecho, si son o no cognoscibles, o, acerca de cuáles son exactamente tales valores. Por ejemplo, si sólo la justicia es un valor jurídico o además de ella existen otros, como la seguridad jurídica, el bien común, el orden, la paz, la libertad, etc. No vamos a reiterar aquí esa larga discusión que se ha suscitado sobre el tema, pero sí vamos a dejar constancia de algo que, a juicio nuestro, constituye un hecho histórico innegable. Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos que han dejado *una* huella perdurable en la historia de la humanidad, parten de la base de que hay valores jurídicos, como la justicia por ejemplo, que el ordenamiento positivo debe proteger y promover. Esta tesis es compartida por la mayoría de los grandes juristas. Entre algunos ejemplos históricos de ordenamientos y legislaciones en que se recogen valores jurídicos importantes, podemos mencionar al Corpus Iuris Civilis de Justiniano, a las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, a los grandes códigos de principios de la edad contemporánea como el código civil francés, el de Alemania, el de Italia etc. Así entonces, parece muy razonable aquella afirmación que Aristóteles hace en la *Ética Nicomaquea*, sosteniendo que el Derecho natural existe dentro del propio Derecho positivo. Pues todos aquellos ordenamientos, legislaciones y códigos a que hemos hecho referencia, y muchos otros, positivizan principios y valores tales como la justicia, la buena fe, la libertad, la

tolerancia, el orden público, las buenas costumbres, etc. Lo mismo ocurre cuando examinamos las doctrinas de los grandes juristas desde Roma hasta nuestros días.

Como no nos es posible estudiar todos los valores que se dice que debe realizar el Derecho, o, ni siquiera a la mayor parte de ellos, nos limitaremos sólo a considerar a la justicia y a la seguridad jurídica.

3.1. **La justicia:**

Con respecto a este valor se han formulado las más diversas opiniones. Van desde aquéllas que dicen aceptarlo íntegramente hasta las que niegan su existencia, pasando por las que afirman que es incognoscible, o, que se trata de algo meramente emocional.

A lo largo de la historia se han propuesto muchas definiciones sobre la justicia. La más conocida de todas es la de Ulpiano, la que en cierto sentido capta bastante bien lo que tradicional y mayoritariamente suele entenderse por ella. Se encuentra consignada en el Digesto de Justiniano (D.1,1,10) donde se nos dice que, "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi" (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho). Se la ha criticado al sostenerse que se trata de una definición vacía, pues no indica lo que es de cada uno. Se suele añadir a la anterior, la crítica que dice que no es empíricamente verificable. Pero estas críticas no han dejado de tener respuestas. Así, respecto a que es vacía se ha contestado diciendo que la noción de justicia se limita a señalar una pauta, o un principio, que indica que a cada uno se le debe dar aquello que le corresponde. Ahora bien, lo que corresponde a cada uno no se determina en forma general, en abstracto, sino que en cada caso concreto. Frente a la objeción de que no es empíricamente verificable, se ha replicado que constituye una afirmación muy dudosa, puesto que cada vez que se comete una injusticia grave ello se percibe de manera muy clara. Como se dijo anteriormente, los actos que son claramente injustos o claramente justos, la mayor parte de las veces pueden percibirse de manera muy precisa. En este sentido pueden ser verificados o comprobados empíricamente, aunque tal vez no exactamente del mismo modo en que se verifican las proposiciones de las ciencias naturales.

En los diversos tiempos y culturas se han formulado muchas teorías o concepciones sobre la justicia. Quizás casi tantas como concepciones sobre la filosofía y sobre el Derecho se han

propuesto. Como no podemos exponerlas a todas, nos reduciremos a considerar brevemente las teorías de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino a este respecto.

A.- La justicia según Aristóteles (s. IV a.c.).

Aristóteles desarrolló su teoría de la justicia en la *Ética a Nicómaco*, traducida también al castellano bajo el título de *Ética Nicomáquea*, donde concibe a la justicia como una virtud, específicamente como una virtud ética. Entendiéndose por virtud a una disposición o hábito de las personas, adquirido por la práctica, que tiende hacia lo bueno. Concibe también a las virtudes éticas como un justo medio entre el exceso y el defecto, por ejemplo, la virtud de la valentía es un justo medio entre la temeridad y la cobardía. Para nuestro filósofo la virtud de la justicia consiste en el hábito de practicar lo justo. Así lo expresa en el libro V de su obra recién mencionada, "la justicia es un modo de ser por el cual uno está dispuesto a practicar lo que es justo, a obrar justamente y a querer lo justo" (1129a).

Distingue Aristóteles varias especies de justicia, entre ellas nos parece importante considerar las siguientes:

1º Justicia general o universal. En este concepto amplio, la justicia es una virtud total, puesto que más que una virtud es el conjunto de todas las virtudes, pero cuando se las considera en referencia a otro, mirando el bien ajeno y no el propio. Nos dice que "es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo" (E.N. 1129b). Pero para la finalidad de nuestro curso se requiere que pongamos mayor atención en la justicia particular, que es la justicia propiamente tal o justicia en sentido estricto.

2º Justicia particular. Junto con la justicia universal, Aristóteles considera la justicia particular, llamada justicia parcial, que es, como se dijo, la justicia propiamente tal o justicia en sentido estricto. Esta clase de justicia implica la igualdad, pues nos dice que justo es lo igual y lo injusto desigual. Consiste, de acuerdo a lo que puede extraerse de lo que se sostiene en la "Ética Nicomáquea", en la recta distribución de bienes (no sólo de los materiales sino también de los de índole social y espiritual como los honores) y en la correcta regulación de los modos de trato, algunos de los cuales, de acuerdo a nuestro filósofo, son

voluntarios y otros involuntarios. En los escritos de Aristóteles que se nos han conservado, luego de las muchas vicisitudes que sufrieron en diversas épocas, no encontramos una definición de justicia en sentido estricto que sea satisfactoria, aunque sí hallamos los elementos suficientes para construir una. Incluso más, la anteriormente transcrita definición de Ulpiano, es prácticamente coincidente con el concepto que puede extraerse de nuestro filósofo. Bien puede pensarse, en consecuencia, que Ulpiano, jurista del siglo III de nuestra era, se apoyó en Aristóteles (del siglo IV a.c.) para elaborar su famosa definición. Con todo, en otra obra de este filósofo, "La Retórica", encontramos una definición, aunque no del todo lograda. En ella nos dice que, "la justicia es la virtud por la que cada uno tiene lo suyo y conforme a la ley; mientras que, en la injusticia, se posee lo ajeno y no conforme a la ley". (Ret. 1366 b). Considerando lo anteriormente expuesto, Aristóteles clasifica a la justicia particular en justicia distributiva y justicia correctiva, según se refiera a las distribuciones o a los modos de trato. Veamos en que consiste cada una, añadiendo también un alcance final a la equidad.

a.- Justicia distributiva.

Sabemos que para Aristóteles la justicia implica una igualdad, o si se quiere, consiste en una igualdad. Pero no se trata, en el caso de la justicia distributiva, de una igualdad aritméticamente exacta, sino que proporcional, como nuestro filósofo lo dice, se trata de una igualdad geométrica o proporcional, en que a cada persona se le da (asigna o retribuye) de acuerdo a sus méritos o merecimientos. La justicia distributiva dispone el reparto de honores y bienes a los ciudadanos, de acuerdo a su mérito y dignidad. Esta especie de justicia supone la existencia de una autoridad, que realiza tal repartición entre los miembros de la comunidad respectiva conforme a sus méritos. Estamos ante el caso de una relación entre la autoridad, en cuanto representa a la comunidad toda, con los miembros de esa comunidad. Se trata también de una relación en que los sujetos de ella no se encuentran situados en un mismo plano, pues quien distribuye (la autoridad), se halla situado en un nivel más alto de poder que quien recibe. Por todo esto, se ha sostenido que la justicia distributiva, considera lo que la comunidad le debe a los individuos que la integran. Coloquemos algunos ejemplos de la clase de justicia a que estamos haciendo referencia. Supongamos, en primer término, que ha de nombrarse a un funcionario para desempeñar un cargo público, la justicia distributiva nos indica que debe designarse al de mayores méritos, al más eficiente. Asimismo, cuando se

trata de fijar las respectivas remuneraciones de los funcionarios, la justicia distributiva señala que a cada uno debe remunerársele de acuerdo a sus méritos, no se trata de pagarles a todos la misma cantidad. Otro ejemplo, un profesor debe colocar notas a sus alumnos conforme, o en proporción, a sus méritos y conocimientos. Incurriría en una injusticia si a todos les asignara la misma calificación, sin importar los merecimientos de cada uno.

b.- La justicia correctiva.-Según decíamos, la justicia particular para Aristóteles, considera, por una parte las distribuciones (de honores, dinero, etc.) y por la otra aquello que denomina los tratos. Tomando como referencia las distribuciones, tenemos a la justicia distributiva. Tomando como referencia a los tratos, o intercambios, tenemos a la justicia correctiva, que ahora nos corresponde examinar. Estos tratos se realizan entre individuos situados en un mismo plano o nivel, ya no hay una autoridad que se ubique a un nivel más alto. Nuestro filósofo en "La Etica Nicomáquea" nos dice que, la justicia correctiva "es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos... tiene dos partes, pues los tratos son voluntarios o involuntarios. Los voluntarios son tratos tales como los de la compra, venta, préstamo de dinero, fianza, usufructo, depósito, alquiler (se llaman voluntarios, porque son iniciados voluntariamente); de los involuntarios, unos son llamados clandestinos, como el hurto, adulterio, envenenamiento, prostitución, seducción de esclavos, asesinato, falso testimonio, y otros violentos, como el ultraje, el encarcelamiento, el homicidio, el robo, la mutilación, la difamación y el insulto" (E.N. 1131a).

Muchos comentarios pueden formularse a este pasaje de la obra de Aristóteles a que hacemos referencia. En primer término, conviene reiterar que la justicia correctiva se da en el ámbito de los tratos entre individuos, debiendo a este respecto tenerse presente que estos "tratos" se han entendido como "intercambios" entre ellos. Por este motivo, en épocas posteriores a nuestro autor, esta clase de justicia a la que llamó correctiva, pasó a ser denominada conmutativa, palabra que proviene de conmutar, que significa cambiar o intercambiar. Así por ejemplo, en el siglo XIII de nuestra era Santo Tomás de Aquino la trata bajo el nombre de justicia conmutativa. Ahora bien, en estos intercambios que realizan los individuos entre sí, lo que "dan" y lo que "reciben" debe ser equivalente, debe ser igual en el sentido de una igualdad aritmética o exacta. Por ello, Aristóteles nos dice que en el caso de la justicia correctiva la igualdad (que debe existir siempre en toda clase de justicia) es una igualdad aritmética y no proporcional o geométrica como en el caso de la distributiva. Un

ejemplo en que se practica la justicia correctiva, lo podemos encontrar en el caso de la compraventa, para que ésta sea justa, el precio que el comprador paga por la cosa debe ser equivalente (igual aritméticamente) al valor de ella. Como en el caso en que se vende un automóvil cuyo valor, conforme a una tasación rigurosa, es de cinco millones de pesos, para que se dé en este supuesto la justicia correctiva, el comprador debe pagar por él cinco millones de pesos. Encambio, si paga, supongamos, un millón, la está vulnerando.

Asimismo, con respecto a la cita de Aristóteles anteriormente transcrita, nos interesa destacar su tesis que afirma que los tratos (o intercambios) en que se da la justicia correctiva pueden ser voluntarios o involuntarios. Sin entrar a definir estos conceptos con mayor precisión, nos coloca como casos o ejemplos de "tratos voluntarios" a una serie de contratos, tal como tuvimos oportunidad de constatar; igualmente, nos enumera un conjunto de casos o ejemplos de "tratos involuntarios", incluyendo a una serie de delitos como pertenecientes a ellos. Sobre este planteamiento del Estagirita diremos muy sucintamente que el mismo no es compartido por la teoría jurídica actual. En especial, estimamos que no lo comparte ni la teoría del acto jurídico, en el campo del Derecho privado, ni la teoría del delito en el ámbito del Derecho penal. Particularmente, en la actualidad no se acepta la idea de que los delitos constituyan un "trato" o "intercambio", en que la pena es algo que se da, por la propia víctima, en compensación como una cosa equivalente, al mal o daño que se le ha hecho. Se trata de una concepción primitiva del delito y de la pena, más próxima a la ley del talión que a los criterios de nuestro tiempo. Pero, en beneficio de Aristóteles diremos que fue el primero en formular, en La Ética Nicomáquea, una teoría coherente del acto humano, sobre cuya base se elaboró después una teoría del acto jurídico, que mantiene mucho de vigente más allá de los defectos que puedan observarse.

c.- La equidad. La justicia para Aristóteles tiene un carácter general, debe aplicarse siempre de la misma manera a todos los casos que corresponda. Pero esta generalidad de la justicia, que implica una aplicación siempre igual de ella, paradójicamente, puede conducir a injusticias. Así lo sostiene nuestro autor en el libro V de "La Etica Nicomáquea". Por ello, algunas veces hay que adaptar la justicia al caso concreto, para que de este modo se realice efectivamente el valor a que hacemos referencia. Consideremos un ejemplo, supongamos que los alumnos de un curso deben rendir un determinado día el certamen de una asignatura. La justicia nos

indica que todos los alumnos de ese curso deben ese día rendir tal certamen. Pero bien puede ocurrir que en esa fecha uno de los estudiantes se encuentre efectivamente enfermo, y así lo acredite fehacientemente. En este supuesto se puede adaptar la justicia al caso concreto, permitiéndole que lo rinda en una fecha distinta. Esta adaptación de la justicia al caso concreto es la equidad. Justicia y equidad no son algo diferente, sino que ésta constituye una adaptación de aquélla. Así, Aristóteles nos dice que, "lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo". (E.N. 1137b).

B.- La justicia según Santo Tomás de Aquino (1225 - 1274).

Santo Tomás trata del tema de la justicia en la *Suma Teológica*, en la segunda parte de la segunda parte cuestiones 57 y siguientes, pero también en otras obras suyas como es el "Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles". En todas ellas sigue y complementa al Estagirita, aunque adaptándolo al pensamiento cristiano.

Define la justicia como "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho". Según vemos es, aproximadamente, la definición de Ulpiano, salvo en cuanto añade que la justicia es un hábito. Esto porque quiere destacar que se trata de una virtud, recordando a este efecto que la virtud es un hábito que se encamina hacia la realización de lo bueno.

En términos generales adopta la división de la justicia propuesta por Aristóteles. Así, distingue entre una justicia distributiva y una conmutativa, a las que agrega la que denomina justicia legal. A esta última la entiende como la justicia universal, de una manera semejante pero no idéntica a como la concebía el Estagirita. Veamos en que consiste cada una.

1º.- La justicia conmutativa, trata de los cambios, o intercambios entre individuos. Regula las relaciones privadas entre individuos, cuidando que en estas relaciones las prestaciones sean equivalentes, aritméticamente iguales. El típico ejemplo es el del contrato de compraventa en el cual, para que se realice la justicia conmutativa, el precio pagado por el comprador debe ser equivalente al valor de la cosa. La entiende de un modo bastante parecido a la forma como Aristóteles entendía a la justicia correctiva. En aquello que los individuos se deben recíprocamente, debe practicarse la justicia conmutativa.

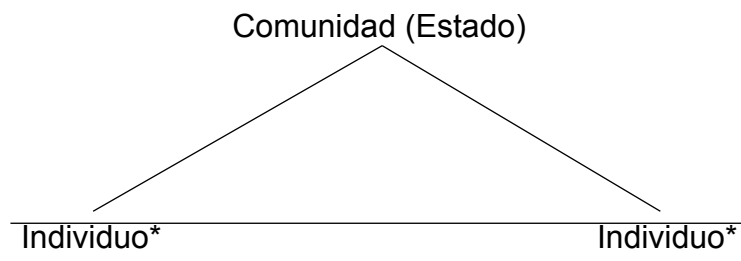
2º.- La justicia distributiva, atiende a las relaciones del todo con las partes. Más específicamente, a las relaciones de la comunidad con los individuos que la componen. La

comunidad es representada por una autoridad, que se encarga de dirigirla y, con ello, de distribuir honores, bienes, cargos, etc. Ahora bien, estos deben asignarse conforme a los merecimientos de los miembros de la comunidad. Por ejemplo, se debe designar en un cargo público a la persona más apta y con mayores merecimientos para el mismo.

Se trata por tanto, de practicar una igualdad proporcional, geométrica, no aritmética.

3º.- La justicia legal Como anteriormente lo señalamos, la justicia legal para Santo Tomás es la justicia universal. Nos dice que es aquélla que se dirige a la realización del bien común. Se trata de lo que sus miembros integrantes aportan a la comunidad. Si se quiere, de lo que las partes aportan al todo. Un típico ejemplo de justicia legal, lo podemos encontrar en el pago de impuestos que deben hacer los ciudadanos para contribuir al bien común.

Se suele representar esta clasificación de la justicia de Santo Tomás mediante un triángulo, de la manera siguiente:



Finalmente, diremos que nos hemos limitado sólo a exponer las concepciones de la justicia de Aristóteles y de Santo Tomás, por recoger dos maneras clásicas de entenderla. Pero junto a ellas, se han formulado muchas otras que bien vale la pena estudiar, como es el caso de las de Kant, Stammler, Radbruch, Rawls, etc.

3.2. La seguridad jurídica.

Se la suele entender de dos maneras distintas: 1º Como la seguridad dada por el Derecho, y 2º Como la seguridad o certeza del Derecho mismo.

3.2.1. **La seguridad jurídica entendida como la seguridad dada por el Derecho.** El jurista alemán Max Ernest Mayer en su obra "Filosofía del Derecho" la define, en esta acepción, diciendo que, "en su sentido más esencial la seguridad jurídica es la garantía dada al

individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos y que si esto llega a suceder le serán asegurados por la sociedad protección y reparación". Se critica la definición recién transcrita, porque se sostiene que no hace referencia a la seguridad jurídica propiamente tal, sino que conceptualiza, o apunta a dar una idea, de otros valores del Derecho. Así, por ejemplo, si garantiza la integridad de las personas o la propiedad de sus bienes, parece con ello aproximarse a una idea de justicia antes que a otro valor.

3.2.2. **La seguridad jurídica entendida como la seguridad o certeza del Derecho mismo.** Esta es para la mayoría de los autores la forma correcta de entenderla. Pues se trata de la estabilidad o seguridad del Derecho, es decir, de la certeza de las normas jurídicas que regulan la convivencia entre los hombres. Al respecto Gustavo Radbruch, que es uno de los autores que entiende la seguridad jurídica en el sentido que ahora consideramos, señala que el

Derecho cumple con la seguridad jurídica cuando reúne los siguientes requisitos:

- 1º.- Que el Derecho sea positivo**, esto es que se concrete en normas positivas, pues los principios que no se positivizan carecen de certeza.
- 2º.- El Derecho debe basarse en hechos**, los que deben ser establecidos con el menor margen de error posible. Se trata de hechos de la vida social del grupo regulado por el Derecho. Las normas jurídicas tienen que ajustarse lo más posible a la realidad social que regulan, sólo de esa manera tienen posibilidad de implantarse y ser asimiladas por la comunidad. Si el Derecho se aparta de esta realidad se va a tornar poco eficaz y, con ello también, poco seguro.
- 3º.- Que el derecho tenga un mínimo de estabilidad.** Para ello el Derecho no debe encontrarse sometido permanentemente a cambios abruptos, ya que si eso ocurre es casi imposible que exista seguridad jurídica. Radbruch no está sosteniendo que el Derecho no deba cambiar. Es más, el Derecho debe adaptarse a las transformaciones sociales. Lo que ocurre es, que estos cambios no pueden adquirir la característica extrema de variar siempre radicalmente y de manera permanente.

Sobre este particular, debe tenerse presente que, dentro del ordenamiento jurídico, existen ramas que poseen mayor estabilidad que otras, que permanecen prácticamente

sin cambios durante un largo periodo de tiempo; así ocurre, por ejemplo, en el Derecho civil en materia de obligaciones y de algunos contratos. Por otro lado, existen ramas del Derecho más susceptibles de cambios, como es el caso de cierta legislación laboral y tributaria.

4º.- Que el Derecho sea conocido. Al respecto Radbruch señala que, para la existencia de la seguridad jurídica, las normas que regulan la convivencia social deben ser conocidas por los sujetos imperados por ellas. Ya hemos estudiado los preceptos relativos a la publicación de las leyes y al principio de presunción de conocimiento de la ley, el que actualmente se recoge en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Cosa que no ocurría antiguamente, ya que en muchas ocasiones las leyes eran conocidas sólo por un cierto sector o grupo. El ejemplo más típico fue el caso del Colegio de los Pontífices en Roma, cuyos miembros, durante largo tiempo, eran los únicos que conocían las normas del Derecho procesal romano.

2. ***Algunas instituciones que constituyen una expresión de la seguridad jurídica.***

Vamos a estudiar sólo algunas, entre muchas, de las instituciones del Derecho que constituyen una expresión o manifestación del valor seguridad jurídica. Consideraremos a las siguientes:

- 4.1. -La presunción de conocimiento de la ley.
- 4.2. -El principio de irretroactividad de la ley.
- 4.3. -El principio de la reserva o legalidad en materia penal.
- 4.4. -La prescripción
- 4.5. -La cosa juzgada

2.1. **La presunción de conocimiento de la ley:**

De ella hemos hablado en varias oportunidades anteriores. Dijimos que más que una presunción de conocimiento de la ley, se trata de una presunción de conocimiento del Derecho. Este principio se establece por una razón de seguridad jurídica, ya que si se facultara a las personas para alegar ignorancia de la ley, podrían no cumplir con ciertos

deberes jurídicos, produciéndose así consecuencias sociales muy dañinas. Por ejemplo, en materia tributaria, alguien podría alegar la ignorancia o el desconocimiento de la existencia de un impuesto, excusándose con ello de pagarlo, lo que produciría efectos muy perniciosos, sobre todo si se masifica el incumplimiento. Si bien el principio a que hacemos referencia parece tener un carácter absoluto, hoy en día se ha atenuado, sólo atenuado, en ciertas materias. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho penal en la actualidad se acepta el "error de prohibición". En todo caso, esta presunción tiene una relevancia fundamental en nuestro ordenamiento, lo que se concreta en las diversas normas que la recogen. Por ejemplo, el artículo 8 del código civil, al señalar que, "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia"; el artículo 706 del mismo código cuando dispone que, "pero el error en materia de Derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario", o el artículo 1452 al establecer que, "el error sobre un punto de Derecho no vicia el consentimiento."

4.2. **El principio de irretroactividad de la ley:**

Este principio también constituye una manifestación de la seguridad jurídica, su consagración positiva la encontramos, básicamente aunque no de manera exclusiva, en el artículo 9 del código civil inciso primero, el que expresa que "la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo".

Esta norma que parece muy categórica, no lo es tanto. Sólo es obligatoria para el juez, pero no para el legislador, el que puede dictar normas con efecto retroactivo, salvo en aquellas materias que la Constitución se lo prohíbe. Entre tales materias podemos destacar:

- a. En primer término, en materia penal el legislador no puede dictar leyes con efecto retroactivo, salvo que la nueva ley sea más favorable al inculpado.
- b. En materia de Derecho de propiedad no pueden dictarse leyes con efecto retroactivo, de acuerdo a lo que señala en el artículo 19 número 24 de la Constitución

4.3. - **Principio de la reserva o legalidad en materia penal:**

Este principio, ya conocido por nosotros, indica que no hay otros delitos sino aquellos que se encuentran establecidos en la ley como tales, y, que no hay otras penas sino aquellas que la

ley contempla. Lo anterior, se traduce en que para que una conducta sea castigada como delito debe existir una ley previa que la sancione como tal y que; además, establezca la pena correspondiente. Se encuentra consagrado en el artículo 19 número 3° de la Constitución y en el código penal.

4.4. **La prescripción.**

Esta institución de la seguridad jurídica, se encuentra definida en el artículo 2492 del código civil, el cual señala que, "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales". En la definición que acaba de transcribirse, es posible distinguir una prescripción adquisitiva (a la cual los romanos llamaron usucapión) y una prescripción extintiva. Mucho se ha discutido acerca de si esta institución es un reflejo sólo de la seguridad jurídica, o, también constituye una expresión de la justicia. No hay duda que lo es de la seguridad jurídica; la discusión subsiste respecto a si al menos en algunos casos es también justa.

4.5. **La cosa juzgada**

Es otra institución que constituye una expresión de la seguridad jurídica. La podemos definir como "un efecto que producen las resoluciones judiciales firmes o ejecutoriadas". Efecto que tiene una doble dimensión o aspecto, la acción de cosa juzgada y la excepción de cosa juzgada, de acuerdo a lo que explicaremos más adelante.

Para aclarar el concepto de lo que se entiende por resoluciones judiciales, diremos que el juez en el transcurso de la tramitación de un proceso cualquiera toma muchas decisiones. A estas decisiones, que de acuerdo al Derecho procesal chileno deben consignarse por escrito en el expediente respectivo, se las denomina resoluciones judiciales. Son de diverso tipo y tienen también efectos diversos. Así por ejemplo, cuando ante un juez se presenta una demanda lo primero que hace es dictar una resolución proveyéndola, esto pronunciándose sobre algunas cuestiones respecto a ella. Por ejemplo, el juez puede resolver "traslado", lo que quiere decir que la demanda debe notificarse (darse a conocer) a la otra parte para que ésta pueda contestar; el juez, en el proceso, puede dictar muchas otras resoluciones. Pero la más importante que se dicta en el curso del juicio es la sentencia definitiva. Mediante ella, se

pone fin a la respectiva instancia o grado jurisdiccional, resolviendo el asunto controvertido. En suma podemos observar que existen distintas clases de resoluciones judiciales.

En el ordenamiento jurídico chileno, de acuerdo a lo que se expresa en el art. 158 del código de procedimiento civil, se distinguen las siguientes clases entre ellas:

"Las resoluciones judiciales se denominarán sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos. Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Sentencia interlocutoria es la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Se llama auto la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior. Se llama decreto, providencia o proveído el que sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso".

De las resoluciones antes nombradas, sólo las sentencias definitivas e interlocutorias firmes producen el efecto de cosa juzgada, la acción o la excepción. Así lo dice el art. 175 del C.P.C. "las sentencia definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada".

Vamos a señalar que una sentencia se encuentra firme o ejecutoriada cuando ella no es susceptible de recurso alguno en su contra, por alguna de las siguientes razones:

1°.- Cuando la propia ley lo establece. Como ocurre por ejemplo, con la mayoría de las sentencias de la Corte Suprema.

2°.- Cuando siendo susceptible de recurso, éste no se interpone dentro del plazo señalado por la ley.

3°.- Cuando habiéndose interpuesto el recurso, este fue resuelto por el tribunal superior competente, acogiéndolo o rechazándolo.

Pasemos ahora a examinar las dos dimensiones o aspectos de la cosa juzgada a que ya hemos hecho referencia, esto es la acción y la excepción:

- a. **Acción de cosa juzgada:** El art. 176 del código de procedimiento civil dice, "corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho

en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el título XIX de este libro". Esta acción, entonces, corresponde a aquella persona que obtuvo un pronunciamiento favorable por parte del tribunal, es decir, que ganó el juicio. Se traduce en la facultad que tiene el ganancioso para exigir el cumplimiento de lo resuelto. La facultad a que hacemos referencia, es el elemento fundamental que caracteriza a la acción de cosa juzgada.

b. **Excepción de cosa juzgada:**

La excepción de cosa juzgada puede alegarla tanto la persona que perdió el juicio como aquella que lo ganó. Por regla general será aquélla que ganó el juicio quien va a oponer esta excepción, para evitar que se discuta nuevamente el asunto ya fallado por los tribunales. Pero, también puede oponerla el que perdió, para evitar ser condenado nuevamente, sobre todo en términos más gravosos.

Vamos a definir la excepción de cosa juzgada como, un "efecto de las resoluciones judiciales firmes que consiste en que a todos aquellos a quienes aproveche el fallo en conformidad de la ley, impidan definitiva e irrevocablemente todo pronunciamiento posterior sea en el mismo sentido o en otro distinto al anterior".

Se acaba de afirmar que la excepción de cosa juzgada beneficia a quien le aprovecha el fallo. La pregunta que debemos formularnos a este respecto es ¿a quién aprovecha el fallo? En una primera aproximación puede decirse que el fallo aprovecha a aquel que lo ganó. Al que obtuvo en el Juicio, al ganancioso como a veces se dice también en el ámbito del Derecho procesal. Pero lo cierto es que esta primera apariencia no es tan exacta, porque la verdad que termina imponiéndose muestra que el fallo aprovecha tanto al que lo ganó como al perdedoso, pero con significados y matices distintos. Al ganancioso, para que no se altere lo ya resuelto a su favor. Al perdedoso, para que 110 vuelva a ser condenado de nuevo por el mismo asunto y, sobre todo, en términos más gravosos.

Los requisitos exigidos para que proceda la excepción de cosa juzgada, comúnmente conocidos como "los requisitos de la triple identidad", son los tres siguientes:

1°.- Identidad legal de personas.

2°.- Identidad de cosa pedida.

3°.- Identidad de causa de pedir.

Estos tres requisitos son copulativos, es decir, tienen que darse los tres conjuntamente. Basta que uno sólo de ellos no se encuentre presente para que no proceda la excepción de que hablamos.

4. Breve paralelo de las relaciones entre justicia y seguridad jurídica

En el ámbito de la teoría jurídica tradicional, se ha discutido acerca de las relaciones que puedan darse entre los valores de la justicia y la seguridad jurídica. Estos valores normalmente son concordantes entre sí, están en armonía y no en contradicción, porque, al parecer, en las naciones civilizadas la mayor parte de las normas jurídicas que componen un ordenamiento suelen tener el sentido de la justicia. Pero hay casos, de algunos ordenamientos jurídicos, inclusive de países civilizados, en que ciertas normas positivas suelen encontrarse en contradicción con la justicia. Por supuesto, que estos casos de normas jurídicas contradictorias con la idea de justicia son mucho más numerosos en países con sistemas políticos arbitrarios, como es el caso de las dictaduras. Por tanto, en algunas naciones el valor de la seguridad jurídica entra en contradicción con el valor de la justicia; porque, como ya hemos dicho, la seguridad jurídica exige que las normas del Derecho tengan certeza. Esta certeza implica, entre otras cosas, que se cumplan siempre. La pregunta entonces es, en caso de contradicción, ¿cuál de estos dos valores deben prevalecer? Al respecto, hacemos la observación de que no es bueno que alguno de ellos, o los dos, sean infringidos, pero lo cierto es que a lo largo de la historia del pensamiento humano esta disputa se ha mantenido por siglos. Por ejemplo, "Goethe", el gran escritor y erudito alemán de la segunda mitad del siglo XVIII y de los primeros años del siglo XIX, gustaba decir que prefería sufrir una injusticia antes que soportar el desorden.

En general se dice que las concepciones positivistas sobre el Derecho, en caso de contradicción, optan por la seguridad jurídica y no por el valor justicia. Un eminente filósofo del Derecho y penalista alemán conocido de nosotros, Gustavo Radbruch, sostenía que no había argumentos racionales para optar por uno u otro de estos valores, pero él, en una preferencia no racional sino que por posición ideológica, optaba por la seguridad jurídica. Radbruch era positivista, pero cuando el año 1933 fue destituido de su cátedra por el nacionalsocialismo, cuando le tocó sufrir el sistema político impuesto en ese tiempo en su patria y, sobretudo, cuando le tocó sufrir la II Guerra Mundial, se volcó hacia posiciones iusnaturalistas.

En un ensayo suyo, producto de una conferencia que dictó después de la Guerra, el año 1947, sostuvo que había que optar por la justicia. Este escrito lleva por título "Cinco minutos de filosofía del Derecho". En él nos dice que en aquellos casos en que la autoridad dicte mandatos injustos y arbitrarios en grado sumo, debe tenerse el valor para no reconocerles el carácter de normas jurídicas, debiéndose, de este modo, optar por la justicia. Por supuesto que se debe tratar de normas injustas en grado sumo, porque Radbruch y en general cualquier jurista, no va a aceptar de buenas a primeras que no se acate una norma so pretexto de ser injusta, porque en esos casos pueden producirse males mayores, que prácticamente le harían perder eficacia al ordenamiento jurídico.

CAPITULO VIII

CLASIFICACIONES DEL DERECHO

El Derecho puede clasificarse desde muchas perspectivas, nosotros vamos a considerar, por una parte, la que distingue entre Derecho objetivo y subjetivo y, por la otra, la que distingue entre Derecho público y privado.

1. ***Distinción entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo.***

1.1. **Generalidades.**- Cuando estudiamos las distintas acepciones de la palabra Derecho, destacamos dos que nos parecieron muy importantes: la que hace referencia al Derecho objetivo y la que hace referencia al derecho subjetivo. Hablando en términos generales, dijimos que el Derecho objetivo se entiende como un conjunto de normas jurídicas cuya finalidad es regular la convivencia de los hombres en sociedad. A su vez, dijimos, que el derecho subjetivo se entiende como la facultad que tiene una persona, o sujeto de Derecho, para exigir de otra el cumplimiento de una determinada obligación o deber jurídico.

Del Derecho objetivo ya hemos hablado bastante al referirnos a la norma jurídica, a las fuentes del Derecho y al ordenamiento jurídico. Nos corresponde ahora entrar, con algún detalle, en la noción de derecho subjetivo. Para comenzar el tratamiento de este tema vamos a formularnos la pregunta que inquiere acerca del origen de los derechos subjetivos, esto es, de donde surgen o nacen.

Al plantearla, de inmediato, nos aparece la antigua disputa entre los partidarios del iusnaturalismo y los partidarios del positivismo jurídico. Para los primeros, los derechos subjetivos, o si se quiere las facultades jurídicas de que es titular una persona, surgen y encuentran su origen, primordialmente, en el Derecho natural, es decir en un conjunto de principios anteriores y superiores a todo Derecho positivo. Claro está, que la mayor parte de los iusnaturalistas podrían aceptar que no todos los derechos subjetivos emanan, al menos

directamente, del Derecho natural. Pero siempre van a afirmar que los más importantes de tales derechos, como por ejemplo el derecho a la vida o el derecho de propiedad emanan de ese Derecho natural. Los partidarios del positivismo, en cambio, van a sostener que los Derechos subjetivos emanan del Derecho objetivo positivo. Es decir, de las normas jurídicas impuestas por los hombres en una determinada sociedad. Nos dicen que el Derecho subjetivo no es sino una dimensión del Derecho objetivo positivo, es el mismo Derecho objetivo positivo pero visto desde la perspectiva de los sujetos implicados en una relación jurídica. Por ejemplo desde la perspectiva de las partes que celebran un contrato, desde la perspectiva del juez que ejerce sus funciones y en este ejercicio dicta una sentencia, o desde la perspectiva de un ciudadano que interpone una acción o un recurso ante los tribunales de justicia.

Alcanzado este punto, nos plantearemos el problema relativo a la situación de igualdad o desigualdad en que se encuentran los sujetos en una relación jurídica subjetiva. Al respecto se habla de igualdad objetiva y desigualdad subjetiva en el Derecho."

En varias oportunidades hemos hecho referencia a un principio del Derecho que en la actualidad tiene aceptación prácticamente universal. Este principio se conoce con el nombre de igualdad ante la ley, pero lo cierto es que seña mejor decir que se trata de una igualdad ante el Derecho, porque los hombres somos iguales ante todas las normas jurídicas y no únicamente ante una clase de ellas que son las leyes. Pero aquí nos podemos preguntar ante qué Derecho somos iguales los hombres, pues sabemos que esta palabra tiene varios significados y no uno solo. Por ejemplo, nos podemos preguntar si ante el Derecho objetivo o el subjetivo. Por lo que anteriormente dijimos, cuando afirmamos que la igualdad ante el Derecho equivale a decir que se trata de una igualdad ante las normas jurídicas, debemos concluir que esta igualdad es una igualdad ante el Derecho objetivo.

Distinta en cambio, es la situación de igualdad con respecto al derecho subjetivo. En este caso las relaciones no se dan en un plano de igualdad sino que de desigualdad, las partes en principio no se encuentran situadas en un plano de igualdad, puesto que en la relación jurídica una es la titular del derecho subjetivo (a esta parte se le suele denominar también acreedor, sujeto facultado, etc.), y la otra sujeto es el sujeto obligado. La primera se encuentra siempre ubicada en una situación de poder superior al sujeto obligado. Por tanto, con respecto al derecho subjetivo lo que hay es una situación de desigualdad. Justificada por la naturaleza misma de este derecho.

1.2.

Algunas teorías acerca de la naturaleza del derecho subjetivo.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico se han formulado muchas teorías acerca de cuál es la naturaleza del derecho subjetivo. Nosotros, desde luego, no vamos a poder referirnos a todas. También se ha intentado clasificar a estas teorías, diciendo, por ejemplo, que hay algunas que afirman la existencia de los derechos subjetivos y que habría en cambio otras que la niegan. Nosotros no las clasificaremos de este modo. Estimamos, también, que hablando estrictamente no hay teorías que nieguen la existencia de los derechos subjetivos, sino que más bien en lo que discrepan es acerca del origen y fundamento de los mismos, y, en su importancia.

Efectuadas estas precisiones pasaremos a analizar las siguientes teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo:

1.2.1. Teoría de la voluntad.

1.2.2. Teoría del interés.

1.2.3. Teoría propuesta por Hans Kelsen.

1.2.4. Teoría propuesta por León Duguit.

1.1.1. Teoría de la voluntad:

Esta teoría fue formulada por Bernardo Windscheid (s. XIX), quien en su obra "Pandectas" define al Derecho subjetivo "como un poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico". Windscheid señala lo siguiente: "de la norma puede valerse el particular con plena libertad para la consecución de sus fines y si se vale de ella, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios adecuados para constreñir u obligar a los demás a la observancia de aquel precepto o norma". La norma abstracta se concreta en una particular protección al sujeto, a su voluntad, que resulta decisiva para el nacimiento del derecho.

A la teoría que ahora examinamos se le han formulado diversas críticas, entre otras las siguientes:

a. Según ella, sólo podrían tener derechos subjetivos las personas dotadas de voluntad en sentido psicológico. No se explicaría, por lo tanto, adecuadamente la existencia de personas sin

voluntad en sentido psicológico (como los infantes, los dementes o las personas jurídicas), pero que sí son titulares de derechos subjetivos.

b. Se dice que los derechos subjetivos no desaparecen aunque el titular no sepa de su existencia, no habiendo en él un querer orientado hacia los mismos; es el caso, por ejemplo, de un heredero que ignora su calidad de tal.

1.1.1. **Teoría del interés:**

Fue formulada por Rodolfo Von Jherig (s. XIX), en su obra "El Espíritu del Derecho Romano". Sostiene que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido o, en otros términos, un interés tutelado por la ley. En todo derecho subjetivo, señala Jhering, hay dos elementos, uno formal o externo y otro substancial o interno; según nos dice, son comparables, respectivamente, a la corteza y a la médula de una planta. El elemento interno es el interés o, mejor dicho, el derecho subjetivo propiamente tal. El elemento externo es el protector del Derecho subjetivo, el que en su opinión, consiste en la acción. Considera que la acción procesal respectiva, que habilita para reclamarlo y protegerlo, es lo que le da eficacia al derecho subjetivo. Se debe aclarar también, que Jhering al utilizar la expresión interés no la está empleando sólo para hacer referencia los intereses económicos, sino que además a los espirituales y de otro tipo.

Se critica a esta teoría diciendo que, si el interés fuese esencialmente el derecho subjetivo, éste no existiría cuando falta tal interés. Sin embargo, ello no ocurre por ejemplo en el caso de un amigo que le presta dinero a otro, no teniendo interés en demandar el pago. Pese a esto el derecho subjetivo subsiste mientras no prescriba. Se la critica también, en lo referente a que la acción es esencial al derecho subjetivo, diciendo que hay derechos subjetivos que carecen de acción para exigir su cumplimiento. No obstante ello siguen siendo derechos. Es el caso de los derechos correlativos a las obligaciones naturales (artículo 1470 del código civil).

1.2.3. **Teoría de Hans Kelsen:**

Kelsen prefiere utilizar las expresiones de Derecho en sentido objetivo y Derecho en sentido subjetivo. Para él todo Derecho es básicamente Derecho objetivo positivo, el derecho en sentido subjetivo no es más que una dimensión del Derecho en sentido objetivo. El derecho en sentido subjetivo, para este autor, tiene dos polos o aspectos, por un lado el deber u obligación jurídica y por otra parte la facultad. De estos dos polos que posee el derecho en sentido subjetivo el más importante, nos dice, es el deber u obligación jurídica. La facultad no es más que una derivación del deber.

1.2.4. **Teoría de León Duguit:**

Duguit fue un gran jurista francés especializado en el campo del Derecho político y del Derecho constitucional. En lo que respecta al Derecho subjetivo este autor normalmente es considerado uno de aquellos que niegan la existencia del mismo. Pensamos que a la postre esta calificación es errónea por las razones que más adelante expondremos, pero en todo caso hay una base para sostener que postula la aludida negación. Este fundamento se encuentra en lo que expresa en una de sus obras "Tratado de Derecho Constitucional", idea que también repite en otra cuando dice, "pienso que los individuos no tienen derechos y que la colectividad tampoco los tiene y que tanto los individuos como la colectividad se encuentran sometidos a la regla social". En este pasaje, nuestro autor explícitamente señala que ni los individuos ni la colectividad tienen derechos, por lo tanto, habría que concluir que no tienen derechos subjetivos. En cambio, agrega, todos, individuos y colectividad, se encuentran sometidos a lo que llama la regla social. Con esto concluye que todos tenemos deberes, tanto para la colectividad como para el resto de las personas. Los deberes, en opinión suya, generan situaciones jurídicas subjetivas. Ello significa que los deberes, a que estamos sometidos por la regla social, nos pueden ser exigidos. Al respecto, habría que observar que si alguien se encuentra facultado para exigirnos el cumplimiento de un deber, quiere decir que tiene una facultad, o derecho subjetivo, que lo habilita para formular esta exigencia. En el fondo, si analizamos el planteamiento de Duguit, lo que hace es cambiar la terminología, pues pasa a llamar situaciones jurídicas subjetivas a aquello que tradicionalmente se ha denominado derecho subjetivo.

1.1. Algunas clasificaciones de los Derechos subjetivos

Los derechos subjetivos admiten diversas clasificaciones, las que pueden formularse desde diversas perspectivas. Por nuestra parte, los clasificaremos atendiendo a su eficacia, atendiendo a si son del ámbito del Derecho público o del Derecho privado, y, atendiendo a su contenido.

1.1.1. Atendiendo a su eficacia

a. ***Pueden clasificarse en: derechos subjetivos absolutos y relativos o limitados.***

Esta clasificación se encuentra muy relacionada con un tema que examinaremos más adelante. Es el que aborda el problema referente a la teoría del abuso del Derecho. Al respecto, lo que se discute es si el titular de un derecho subjetivo puede ejercerlo a su entero arbitrio, como mejor le parezca, o bien, si el ejercicio de tales derechos tiene un límite, más allá del cual se incurre en un abuso del Derecho. En la actualidad, mayoritariamente se opina que los derechos subjetivos, o más bien su ejercicio, tienen un límite, el que viene dado por el derecho de los demás. Así entonces, podemos conceptualizar a los derechos subjetivos absolutos diciendo que son aquellos que el titular puede ejercer a su entero arbitrio, sin limitación alguna; en cambio, los derechos subjetivos relativos son aquellos que su titular puede ejercer sólo dentro de ciertos márgenes.

b. ***Derechos subjetivos originales u originarios y derechos derivados.*** Se entiende por derechos subjetivos originarios a aquellos que principian o que tienen su origen en el actual titular de los mismos; en cambio, derechos subjetivos derivados son aquellos que tienen su origen en otro sujeto distinto a su actual titular. Por ejemplo, si alguien adquiere su actual derecho de propiedad sobre una cosa por un modo de adquirir originario, supongamos ocupación, este derecho será originario en el sentido que ahora hablamos. En cambio, si adquirió su derecho de propiedad por un modo derivado, supongamos tradición, el derecho será derivado, conforme a lo que acaba de expresarse.

c. ***Derechos subjetivos transferibles y derechos subjetivos intransferibles.*** Son derechos subjetivos transferibles aquellos que pueden traspasarse de una persona a otra, de un sujeto de Derecho a otro. En cambio, son derechos subjetivos intransferibles aquellos que no se pueden enajenar, aquellos que no pueden traspasarse de una persona a otra. Como ejemplo de derechos subjetivos transferibles podemos mencionar el derecho de propiedad y

en general a todos aquellos derechos que tienen un contenido económico; como ejemplos de derechos subjetivos intransferibles es posible mencionar a los Derechos fundamentales de las personas que no tienen un contenido económico, al menos directamente, sino uno moral, como es el caso del derecho a la libertad.

1.3.2. **Atendiendo a si son del ámbito del Derecho público o del Derecho privado.**

Esta clasificación se encuentra estrechamente vinculada con otra que expondremos más adelante. Se trata de aquella que distingue entre Derecho público y Derecho privado, a la cual ahora nos remitimos.

1.3.3. **Atendiendo a su contenido.**

Según su contenido los derechos subjetivos pueden clasificarse en Derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Los Derechos subjetivos patrimoniales son aquellos que tienen un contenido económico, por ejemplo, la sucesión por causa de muerte y los derechos reales, como el derecho de propiedad.

Los Derechos subjetivos extrapatrimoniales son aquellos que no tienen un contenido económico o, al menos, que no lo tienen directamente, por ejemplo, la libertad y otros.

1.1. **El ejercicio de los derechos subjetivos y la teoría del abuso del Derecho:**

Indudablemente, si una persona es titular de un derecho subjetivo está facultado para ejercer ese derecho. Pero el problema consiste en determinar con qué amplitud su titular puede ejercerlo. Se presenta, entonces, la discusión entre aquellos que sostienen que los derechos subjetivos son absolutos y aquellos otros que afirman que no son absolutos sino relativos o limitados. En alguna época, fundamentalmente en el siglo XIX, se sostuvo por algunos teóricos liberales extremos que los derechos subjetivos eran absolutos. Esta tesis afirma que el titular de un derecho subjetivo puede ejercerlo a su entero arbitrio, sin limitación alguna en sus facultades; en torno a ella surgió el aforismo que dice, "quien en su derecho ejerce a nadie ofende". En la actualidad, por regla general no se piensa de este modo, se sostiene que

los derechos subjetivos son limitados, y que el límite del derecho de cada uno se encuentra dado por el derecho de los demás. Por ejemplo, una persona ejerciendo su derecho de opinar libremente no puede ofender a otro; otro ejemplo, si una persona es dueña de un sitio no puede levantar ahí una construcción cualquiera, sino que debe sujetarse al plano regulador de cada comuna, si se adhiere a la tesis del absolutismo de los derechos subjetivos el dueño podría construir cualquiera edificación sin someterse a norma alguna. Si aceptamos que los derechos subjetivos son limitados, surge el problema consistente en determinar en qué casos el derecho se ejerce más allá de sus límites. Hay, por consiguiente, que determinar cual es el límite en el ejercicio de los mismos. Los autores no se ponen de acuerdo en él, pues si bien resulta sencillo afirmar que viene dado por los derechos de los demás, fijarlo con exactitud no es una tarea fácil. Por este motivo, es que al respecto se han formulado diversas teorías. Nosotros haremos alusión a las de Francois Geny, Louis Josserand y Jorge Ripert, todos ellos importantes civilistas franceses del siglo XX.

a. - **Teoría de Francois Geny:**

Según este influyente civilista francés de comienzos del siglo XX, existe abuso del derecho cuando su titular, en el ejercicio del mismo, se desvía de la finalidad u objetivo que tal derecho persigue. Por ejemplo, si una persona es dueña de una cosa, supongamos un caballo, tiene sobre él un derecho de propiedad o dominio, que lo autoriza para usar, gozar y disponer del mismo no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Si ese propietario usa, goza o dispone en términos normales del caballo no incurre en abuso del derecho, porque no se desvía de la finalidad propia que con él se persigue, pero, en cambio, si lo único que hace siempre es maltratarlo públicamente, por el sólo afán de maltratarlo y dar un espectáculo denigrante para sus vecinos, bien podemos pensar que se ha desviado de la finalidad perseguida por el derecho de propiedad y, con ello, ha incurrido en abuso.

b. **Teoría de Luis Josserand:**

Nos dice que para determinar si existe o no abuso del derecho, hay que examinar los motivos en base a los cuales obró el titular del mismo, si el titular del derecho actuó por un motivo legítimo hay también un ejercicio legítimo de él, pero, en cambio, si actuó basado en una

motivación ilegítima no habrá un ejercicio legítimo, sino que, por el contrario, nos encontraremos ante una situación de abuso del derecho. Así expuesta la teoría de Josserand nos parece un tanto imprecisa, sobretudo porque resulta difícil probar, en el supuesto de su teoría, los casos en que existe abuso del derecho. Ello porque

siempre es problemático probar la intención con que una persona obró, por ejemplo, probar si el motivo que tuvo era legítimo o ilegítimo, de buena o de mala fe, etc. Esto sin perjuicio de que en algunas ocasiones la ley presume tales motivos, como ocurre, a veces, cuando presume la mala fe.

c. **Teoría de Jorge Ripert:**

Este es otro de los grandes tratadistas de Derecho civil de Francia, también del siglo XX, nos dice que para determinar si hay o no abuso del derecho debe recurrirse a las normas sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual en materia civil. Habrá un ejercicio ilegítimo del derecho, nos dice este autor, cuando su titular incurre en un delito civil o en un cuasidelito civil que producen daño a otro. Aquí es importante recordar, aunque sea a grandes rasgos, las nociones de delito y cuasidelito en materia civil ya estudiadas por nosotros con anterioridad. En términos generales podemos decir que, desde el punto de vista civil, es delito aquella acción que produce daño o perjuicio en la persona o propiedad de otro existiendo dolo. Es decir, la acción que causa daño se realiza con la intención de producirlo. En cambio, hay cuasidelito civil cuando se realiza una acción que produce daño en la persona o en el patrimonio de otro, pero sin la intención de producir tal daño sino con culpa, es decir con negligencia. Los conceptos de culpa y dolo, en nuestro ordenamiento jurídico positivo, se encuentran en el artículo 44 del código civil. Las nociones de delito y cuasidelito, en el artículo 2284 en relación con el 2314 del mismo código. Los delitos y cuasidelitos civiles, donde se actúa con dolo o culpa, deben distinguirse del caso fortuito o fuerza mayor, o si se quiere del mero accidente, donde no hay ni dolo ni culpa, sino que el daño se produce por razones absolutamente casuales. El concepto de lo que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende por caso fortuito o fuerzamayor, se encuentra en el artículo 45 del código civil.

1. ***Distinción entre Derecho público y Derecho privado***

1.1. **Generalidades.-** Tradicionalmente se formula una distinción entre Derecho público y privado. A su vez, como sabemos, cada uno de estos ámbitos vuelve a subdividirse en otros.

Siempre se ha discutido cual es exactamente el elemento, o los elementos, que nos permite diferenciarlos. A menudo y sin mayores precisiones, se suele decir que nos encontramos ante el Derecho público cuando en una relación jurídica el sujeto más importante de ella, el que determina su naturaleza, es el Estado o alguno de sus órganos (como una municipalidad, un servicio público, etc.). En cambio, se dice que nos encontramos ante el Derecho privado cuando en una relación jurídica el sujeto más importante es una persona particular que actúa en calidad de tal.

Esta forma de plantear el tema, si bien en términos generales puede ser acertada, hablando más en detalle termina resultando imprecisa. Por ello, requiere ser explicada de manera más completa para que así pueda entenderse.

1.2. **Algunas teorías sobre la distinción entre Derecho público y privado.**

En orden a formular esas explicaciones, que son las que en definitiva pretenden aclarar en qué consiste la distinción entre Derecho público y privado, se han propuesto diversas teorías. Nosotros haremos referencia a las siguientes:

2.2.1. Teoría del interés.

2.2.2 Teoría del fin.

2.2.3. Teoría del sujeto fin o destinatario del Derecho de propiedad.

2.2.4. Teoría de las normas de coordinación y subordinación.

2.2.5. Teoría del jurista español Adolfo Posada.

1.1.1. **La teoría del interés:**

Esta es una teoría que se remonta al Derecho romano, fue propuesta por Ulpiano. Se encuentra consignada en el Digesto en sus líneas fundamentales. Ulpiano nos dice que Derecho público es aquel que concierne (regula) al interés de la cosa romana (rei romanae). Con esta expresión "cosa romana" los juristas clásicos de ese pueblo hacían referencia a la República Romana, o al Estado Romano como diríamos hoy. Por otra parte, nos dice que Derecho privado es aquel que concierne (regula) al interés de los particulares. En suma, esta teoría, que ha permanecido durante siglos presente entre los estudiosos, y que por ello es una de las más clásicas, sostiene que el Derecho público protege y regula el interés del

Estado, y por lo mismo el de la sociedad toda, en cambio, el Derecho privado protege y regula el interés de los particulares.

Se le han formulado diversas críticas, entre las que destacan las que ahora pasamos a exponer.

- a. La primera que vamos a hacer presente, señala que la noción misma de interés no queda bien precisada, aunque de la lectura de los textos del Digesto pareciera que se está haciendo alusión al interés económico. Pero, desde luego, este no es el único interés existente, pues también hay intereses políticos, culturales, de género , etc.
- b. Otra crítica señala que contrapone el interés público con el interés privado de manera inconciliable. Efectivamente, en muchas ocasiones el interés público se encuentra en pugna con el privado, pero en otras no es así, sino que, por el contrario, son coincidentes. Es posible colocar ejemplos en cada uno de estos supuestos. Un ejemplo de intereses contrapuestos lo podemos encontrar en los impuestos que una persona debe pagar al Estado, ellos van en beneficio general, en interés público. Uno de intereses coincidentes, lo encontramos en la donación de terrenos de su propiedad que un grupo de agricultores hace al Estado para que éste construya un camino, lo que les permitirá llevar más fácilmente sus productos a los mercados.

1.1.1. **La teoría del fin.**

Esta teoría tiene cierta semejanza con la anterior, afirma que la norma es de Derecho público cuando ella tiene por finalidad regular la estructura y funcionamiento del Estado, y las relaciones que éste tiene con otros entes públicos. En cambio, la norma es de Derecho privado cuando su finalidad consiste en regular relaciones entre particulares. La crítica que se le puede formular señala que, no precisa de manera adecuada qué se entiende por relaciones del ámbito público y qué por relaciones del ámbito privado.

1.1.2. **Teoría del sujeto, fin o destinatario del Derecho de propiedad:**

Esta teoría fue formulada por el jurista alemán del siglo XIX Rodolfo Von Jhering, quien plantea la distinción entre Derecho público y privado, apoyándose en las diversas clases de propiedad que según él existen. Para diferenciarlas hay que atenerse a quien es el respectivo sujeto titular. Así, nos dice, que hay tres clases distintas de propiedad:

- a. Cuando el sujeto titular del derecho de propiedad es el Estado, nos encontramos ante la propiedad pública.
- b. Cuando el sujeto titular del derecho de propiedad es la colectividad toda, nos encontramos ante la propiedad colectiva.
- c. Cuando el sujeto titular del derecho de propiedad es un particular, estamos ante la que denomina propiedad privada.

De acuerdo a este autor, de cada una de estas clases de derecho de propiedad surge una rama de) Derecho. Así, de la propiedad pública surge el Derecho público, de la propiedad colectiva surge el Derecho colectivo y de la propiedad privada surge el Derecho privado.

Distintas observaciones pueden formularse al planteamiento de Jhering, en relación con las divisiones que él propone del Derecho:

1°.- Lo que primero llama la atención es que efectúe una división tripartita, entre Derecho público, colectivo y privado, y no bipartita, entre Derecho público y Derecho privado, como generalmente se hace.

2°.- En segundo término, Jhering formula toda su teoría sobre la división del Derecho fundándose, solamente, en una institución como es la propiedad. Sin ninguna duda la propiedad es una institución jurídica y social importante, pero, pensamos, que ella por sí sola no es suficiente para explicar todas las clasificaciones que puedan hacerse del Derecho. Hay otras instituciones y conceptos éticos y sociales que también son relevantes, que deben tenerse en cuenta para clasificar el Derecho. Por ejemplo, la libertad, la dignidad de las personas, el Estado, etc.

3°.- En tercer término, la distinción misma que hace del derecho de propiedad, considerando a su titular, resulta bastante extraña a la tradición jurídica. Se entiende perfectamente que el Estado pueda ser titular del derecho de propiedad y de esta manera se entiende la propiedad pública. Se entiende, asimismo, que un particular pueda ser titular del derecho de propiedad entendiéndose con ello lo que es la propiedad privada. Pero la propiedad colectiva resulta ya más difícil de comprender, porque no se precisa bien en este caso quién es el sujeto titular de la misma. Cuando hablamos de una propiedad colectiva, que pertenece a la sociedad toda, estamos implícitamente pensando también que su titular es el Estado, o algún órgano del mismo, como representante de la colectividad. Pero Jhering no lo

entiende así, para él la propiedad del Estado o pública es una cosa y la propiedad colectiva es otra, pero lamentablemente no nos precisa cual es el sujeto titular de esta última.

1.1.1. **Teoría de las normas de coordinación y subordinación:**

La teoría sobre la distinción entre Derecho público y privado que se conoce bajo el nombre de teoría de las normas de coordinación y subordinación, fue propuesta a comienzos del siglo XX por el jurista alemán Jorge Jellinek. Según este autor una norma es de Derecho público cuando los sujetos implicados en la relación jurídica se sitúan en un plano de desigualdad, cuando uno de ellos se encuentra ubicado en un plano superior y el otro en uno inferior. En cambio, la norma es de Derecho privado cuando los sujetos implicados en la relación jurídica se sitúan en un plano de igualdad. Obviamente, cuando los sujetos se encuentran en un plano de desigualdad hay una relación de subordinación de uno con respecto al otro. A su vez, cuando los sujetos se sitúan en un plano de igualdad lo que hay es una relación de coordinación entre ellos.

Al parecer, Jellinek formuló esta teoría teniendo presente, por una parte, la relación del Estado con sus ciudadanos y, por otra, las relaciones de los particulares entre sí. Pensando en la relación del Estado con los ciudadanos, pareciera que ellos se ubican en un plano de desigualdad, de subordinación. Pues se encuentra por una parte el poder del Estado y por otra el ciudadano o súbdito sujeto a ese poder. En cambio, los particulares cuando entablan relaciones jurídicas propias del Derecho privado, como la celebración de actos y contratos se sitúan en un plano de igualdad.

A esta teoría se le critica debido a que resulta insatisfactoria para explicar las diferencias entre Derecho público y privado. Al respecto se señala que muchas relaciones jurídicas que se entablan en un plano de igualdad no son de Derecho privado, como lo serían aplicándoles la teoría de Jellinek, sino que son claramente de Derecho público. Por ejemplo, las relaciones entre Estados es materia propia del Derecho público, de una rama del mismo que se conoce con el nombre de Derecho internacional público, sin embargo, si a esas relaciones jurídicas internacionales le aplicáramos la teoría de Jellinek tendríamos que concluir (erróneamente) que se encuentran dentro del Derecho privado. Esto es así porque los Estados establecen entre ellos relaciones jurídicas en plano de igualdad. Por el contrario, hay muchas relaciones jurídicas que son típicamente del Derecho privado, que siempre se han considerado así, sin

embargo, si se les aplicara la teoría de Jellinek, habría que ubicarlas dentro del campo del Derecho público. Por ejemplo, la patria potestad siempre se ha considerado una relación y una institución jurídica de Derecho privado, pero los sujetos implicados en la relación (padre e hijo) no se sitúan en un plano de igualdad sino que de desigualdad. Pensemos también en la relación acreedor - deudor, que es una típica relación de Derecho privado. Al aplicarles la teoría de Jellinek tendríamos que incluirlas en el Derecho público, porque padre e hijo, y acreedor y deudor no se sitúan en un plano de igualdad.

1.1.2. **Teoría de Adolfo Posada:**

Este autor español de las primeras décadas del siglo XX niega la distinción entre Derecho público y privado. Las teorías que niegan esta distinción se suelen llamar teorías monistas, se contraponen a las dualistas que sí la aceptan. Pero veamos los argumentos de Posada en orden a negarla. Son los siguientes:

a. Por una razón histórica. Posada nos dice que los romanos y en general todas las culturas antiguas no hicieron la distinción entre Derecho público y privado. Los romanos, reconoce este autor, distinguieron lo político de lo privado más bien en el campo sociológico, pero añade, que esta diferenciación no coincide exactamente con el campo del Derecho público y el Derecho privado así como se entienden en la actualidad. Nos agrega que los romanos junto con lo político y lo privado, que diferenciaron en el ámbito social y cultural, distinguieron también muchos otros campos de actividades humanas.

Posada podría tener bastante razón en este argumento "histórico", salvo en que pasa por alto algo muy importante, que viene consignado en el Libro I de Digesto, que es la distinción del jurisconsulto clásico Ulpiano entre Derecho público y Derecho privado. La verdad es que el texto de Ulpiano no es muy extenso, pero tiene mérito suficiente para sostener que muchos juristas romanos clásicos distinguieron claramente entre estas dos ramas del Derecho.

b.- Posada nos dice también que es erróneo considerar que el Derecho público se refiere únicamente al Estado, que regula solo actividades del Estado. Nos añade que es erróneo, además, sostener que el Derecho privado regula sola las actividades de los particulares. Afirma en síntesis, que todo el Derecho regula todas las actividades humanas. En una obra suya titulada "Tratado de Derecho Administrativo" afirma lo siguiente, "lo público

y lo privado no expresan dos esferas jurídicas definidas y sustancialmente distintas. Así el individuo y la familia tienen vida pública y son componentes del Estado político nacional y por ello son sujetos de relaciones jurídicas de carácter público. Por su parte el estado tiene vida privada que se revela en muchos campos, pero de manera más ostensible en el Derecho administrativo".

c.- Esta distinción entre el Derecho público y privado deriva de un error.

concretamente del error de creer que todo el Derecho tiene su origen en el Estado, que todo el Derecho es obra objetiva del estado. En verdad ello no es así, pues el Derecho surge, en opinión de Posada, de las relaciones subjetivas de los individuos particulares, que son anteriores a cualquiera intervención del Estado. Este se limita sólo a ordenar esas relaciones de los individuos.

d.- La tesis que distingue entre Derecho público y privado también incurre en el error de considerar al Estado y, en general, a lo público como opuesto al individuo, cuando lo cierto es que no hay una oposición entre lo público y los individuos particulares, lo que hay más bien es una complementariedad.

e.- Posada añade que la distinción entre Derecho público y privado no tiene utilidad, puesto que no sirve de base para una clasificación de las instituciones jurídicas. Tomemos, nos dice, como ejemplo la institución de la propiedad. Sostiene que no es cuestión de simplemente afirmar que ésta pertenece al ámbito del Derecho público o privado, porque lo cierto es que la encontramos en ambos. Cuando el Estado es el dueño podemos pensar que se trata de una institución de carácter público, en cambio, cuando el dueño es un particular podemos pensar que la propiedad es una institución de carácter privado.

f.- Por último, agrega este autor, que la distinción entre Derecho público y privado no responde a exigencias universales y permanentes, ni constituye un criterio adaptable a todas las circunstancias. Siendo difusa en la teoría, su eficacia resulta dudosa en la práctica, el Derecho inglés, por ejemplo, ha podido prescindir de ella casi sin problemas.

2.

Divisiones dentro de cada una de las distintas ramas del Derecho.

Tanto el Derecho público como el privado se subdividen en diversas ramas o subramas. Las divisiones que vamos a considerar comienzan distinguiendo entre las del ámbito del Derecho público, para luego tratar las pertenecientes al ámbito del Derecho privado.

3.1. Divisiones en el ámbito del Derecho público.

2.1.1. Derecho Constitucional:

Para Gabriel Amunátegui: "Es aquella rama del Derecho nacional público cuyas normas tienen por objeto preferente organizar el estado determinando las atribuciones del gobierno y garantizar el ejercicio de los derechos individuales".

Otra definición nos dice que, "Es un conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado y los poderes públicos, determinan las atribuciones de estos y declaran o garantizan los derechos individuales".

Materias más importantes de que se ocupa el Derecho constitucional:

- La Constitución.
- Bases de la institucionalidad.
- Garantías individuales o derechos fundamentales de las personas.
- Poderes del Estado y sus atribuciones: Presidente, Congreso Nacional, Poder Judicial, Contraloría General, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, etc.
- Procedimientos de reforma de la Constitución.

3.1.2. Derecho Político:

La definición de Alejandro Silva Bascuñan expresa que, "Es una rama aparte del Derecho público que estudia las reglas que rigen la organización y funcionamiento de las autoridades y el comportamiento recíproco de gobernantes y gobernados".

Las materias mas importantes de que se ocupa el derecho político son:

- Teoría del Estado.
- Formas de Estado.
- Formas de gobierno.
- Teoría de la Constitución.

3.1.2. **Derecho Administrativo:**

La definición propuesta por Guillermo Varas señala que, "El Derecho administrativo es una rama del Derecho público y como tal regula las relaciones entre la autoridad y los ciudadanos".

Una definición más completa sobre lo que es el Derecho administrativo, a nuestro juicio, nos dice que se trata de "aquellas normas o principios reguladores de la actividad del Estado, que reglamentan las relaciones entre las instituciones públicas, y, entre éstas y los particulares"

Materias importantes:

- El Estado y la Administración.
- La organización de la Administración del Estado y su actividad jurídica.
- La función pública. Control jurídico de la Administración.
- Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa.

3.1.2. **Derecho Procesal:**

Se puede definir al Derecho procesal como "la rama del Derecho que regula la organización de los tribunales de justicia, señala sus atribuciones y competencias, determinando las normas de procedimiento a que deben someterse los mismos, así como las personas que concurren ante ellos a plantear sus pretensiones".

Materias más importantes:

- Cuestión controvertida.
- Resolución de la controversia o lo de debatido.
- Prueba de los hechos.
- Actividad de las partes y del tribunal.

3.1.2. **Derecho penal:**

El profesor Enrique Cury dice que, "El Derecho penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del estado asociando a ciertos hechos legalmente determinados, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el

objeto de asegurar el respeto de los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica".

Las materias más importantes del Derecho penal son:

- El delito.
- El delincuente.
- La pena.

3.1.2. **Derecho Económico:**

Puede definirse como "el conjunto de principios y normas que regulan la organización y el funcionamiento de la economía, la actividad de los agentes que operan en este campo, en relación a la posible solución del problema económico colectivo".

El Derecho económico regula tanto materias de Derecho público como de Derecho privado. Así, en el ámbito del Derecho público nos encontramos, entre otras normas, con los números 21, 22, 23 y 24 de la Constitución. En el ámbito del Derecho privado tenemos diversos preceptos en el código de comercio, en la ley 18010 y otras.

Además, es necesario tener presente que el Derecho económico varía en su estructura, interpretación y modo de aplicarse, según los países y las legislaciones vigentes en ellos.

3.1.3. **Derecho Ambiental:**

Silvia Jaquenod en su libro titulado "Derecho Ambiental y sus Principios Rectores" dice que, "El derecho ambiental es el sistema organizado de normas que contemplan las diferentes conductas agresivas para con el ambiente, bien para prevenirlas, reprimirlas o repararlas, puede estructurarse internamente sobre la base de las categorías de comportamientos que son capaces de repercutir positiva o negativamente sobre los distintos elementos de protección".

Los autores suelen decir que una característica importante del Derecho ambiental, reside en que sobrepasa y supera la distinción entre Derecho público y privado, que abarca traspasándolo enteramente a la totalidad del Derecho.

Las materias más importantes de que se ocupa son las siguientes:

- Derecho constitucional ambiental.
- Derecho administrativo ambiental.

- Derecho civil ambiental.
- Derecho penal ambiental.

3.1.8. **Derecho Internacional Público.**

El profesor Santiago Benadava nos dice, "El Derecho internacional público es el orden jurídico de la comunidad de estados, o sea, el conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los estados".

Algunas de las materias más importantes de que se ocupa esta disciplina son:

- Reconocimiento de Estados y gobiernos
- Responsabilidad de los Estados.
- La adquisición de territorios.
- La protección de los derechos humanos.
- Las relaciones diplomáticas y consulares.
- La conducta de las fuerzas armadas en tiempo de paz.
- El uso de la fuerza en las relaciones internacionales.
- La situación de los refugiados.
- Los espacios marítimos.
- La navegación y el transporte aéreo.
- La extradición.
- La solución de controversias internacionales.

3.1. **Divisiones dentro del ámbito del Derecho privado.**

3.2.1. **Derecho Civil:**

Los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva enseñaban que, "De manera más general se puede definir el Derecho civil como el Derecho privado común y general; descriptivamente, como el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre temas como la personalidad, relaciones patrimoniales y familia".

El profesor español Felipe Clemente Diego dice que, es el "Conjunto de principios y normas que regulan las relaciones más generales y ordinarias de la vida, considerando a la persona en cuanto a tal, como sujeto de Derecho y miembro de una familia, para la consecución de sus fines individuales dentro del concierto social".

Las materias más importantes de que se ocupa esta disciplina son:

- Normas sobre las personas.
- Familia.
- Patrimonio o bienes.
- Sucesión por causa de muerte.
- Obligaciones.
- Fuentes de las obligaciones, los contratos.

3.2.1. **Derecho Comercial:**

La primera definición que consideraremos expresa que el Derechocomercial es, "el conjunto de principios y normas que regulan el comercio y en general todas las relaciones que nazcan de esa actividad".

Otra definición nos indica que "es la rama especializada del Derecho Privado que tiene como fondo las mismas estructuras generales del Derecho Civil, contempla un conjunto de normas específicas sobre los actos de comercio, las cosas sobre las cuales se ejercen estos actos y las personas que desarrollan actividades mercantiles".

Las materias más importantes de que se ocupa son:

- Los actos de comercio.
- Estatuto de los comerciantes.
- Auxiliares de comercio.
- Comerciantes colectivos, sociales o de Derecho societario.
- Empresas y establecimientos de comercio.
- Contratos y obligaciones mercantiles.
- Efectos de comercio o títulos de créditos: cheques y letras de cambio
- Quiebras.

3.2.3. **Derecho Internacional Privado:**

Daremos dos definiciones de esta disciplina, una restringida y otra amplia. La restringida dice que, "el Derecho internacional privado consiste en un conjunto de reglas de fuente nacional e internacional (tratados) que tiene por objeto solucionar los conflictos de normas en el

espacio". La amplia expresa que, el Derecho internacional privado tiene por objeto regular la vida internacional del hombre.

Sus materias más importantes son:

- Conflictos de leyes en el espacio.
- Nacionalidad.
- Conflictos de jurisdicción.
- Situación legal de los extranjeros.

El año 1928 se suscribió, en la ciudad de La Habana, Cuba, un tratado internacional que fue un verdadero código. Este pretendía regular universalmente todas las materias propias del Derecho internacional privado. Pero, lo cierto es que no cumplió con tal objetivo. Pues el código a que estamos haciendo alusión, que se conoce bajo el nombre de Código de Bustamante (en honor a su autor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante) ha tenido poca aplicación ya que los países que lo suscribieron fueron poco numerosos. Más todavía, quienes sí lo suscribieron, entre ellos Chile, lo hicieron con importantes reservas, entre otras la de hacer prevalecer las normas del Derecho interno por sobre las del mencionado código, para el caso de contradicción.

Por último, haremos una observación general sobre el nombre de esta rama del Derecho. Su nombre sugiere que se trataría claramente de una rama del Derecho privado, pero lo cierto es que ello no es tan así. Pues si bien hay en ella algunas cuestiones de Derecho privado, sobre bienes, sucesión por causa de muerte, etc., hay también otras que claramente pertenecen al Derecho público, como materias relativas a la nacionalidad, a la jurisdicción de los tribunales de justicia, al Derecho penal, etc. Por estas razones se han sugerido otras denominaciones para esta disciplina.

3.2.3. **Derecho de Minería:**

Daremos dos definiciones de él, la primera, propuesta por don Sergio Gómez Núñez dice que, "Se entiende por Derecho de minería al conjunto de normas jurídicas aplicables a la exploración, explotación y beneficio de las sustancias minerales y que regula la actividad de los concesionarios y de la minería en general". La segunda, formulada por don Samuel Lira Ovalle expresa que, "es el conjunto de normas jurídicas que establecen la forma de constitución, conservación y extinción de las concesiones de exploración y explotación

mineras, y regulan las relaciones de los particulares entre sí en todo lo relativo a la industria minera".

En Chile la propiedad minera, de acuerdo al artículo 19 número 24 inciso 6 de la Constitución, pertenece exclusivamente al Estado, éste puede otorgar concesiones a los particulares.

3.2.4. **Derecho Laboral:**

El profesor William Thayer, en su "Manual de Derecho del Trabajo", define el Derecho laboral (llamado también Derecho del trabajo) como un "conjunto de normas jurídicas que se preocupan de regular en forma tuitiva la situación de las personas naturales que obligan su capacidad de trabajo a un empleo proporcionado por otra persona natural o jurídica que remunera sus servicios".

Algunas características del Derecho del trabajo destacan que se trata de un trabajo humano, un trabajo productivo, un trabajo por cuenta ajena, y un trabajo subordinado.

Entre otras, las materias más importantes de que se ocupa el Derecho laboral son:

- Contrato individual del trabajo.
- Contrato colectivo del trabajo.
- Término del contrato de trabajo.
- Organizaciones sindicales.
- Negociación colectiva.

CAPITULO IX

APLICACION, INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO.

1. **Aplicación del Derecho.**

1.1. **Generalidades.**

Las normas jurídicas, y en general el Derecho, se dictan y entran en vigencia en una determinada sociedad no por un mero ejercicio intelectual, sino para ser aplicadas a los casos concretos de la vida real. Abelardo Torré dice que aplicar una norma jurídica consiste en reglar la conducta por ella aludida frente a una determinada realidad, mediante otra norma de menor generalidad que la aplicada. Por ejemplo, una norma del código penal sanciona el homicidio con presidio mayor en su grado máximo. Así, si alguien comete un homicidio será juzgado por un tribunal, el que debe aplicar la norma que sanciona a su autor. Para aplicar esa norma del código penal el juez debe dictar una sentencia, la que también es una norma jurídica, pero de menor generalidad que el precepto de ese código . La sentencia regla con mayor detalle, y para el caso concreto, lo que dispone el código penal.

Así las cosas, podemos también decir que aplicar el Derecho, o aplicar una norma jurídica, consiste en referir esa norma a un caso concreto de la vida real. Es por eso que un autor contemporáneo, Karl Engisch, sostiene que el proceso de aplicación del Derecho es un proceso de concreción del mismo, es decir, es un proceso que va de lo abstracto y general a lo concreto y particular de los casos de la vida real. Las normas jurídicas de más alta jerarquía suelen ser siempre normas de carácter más general. En la medida que se descende en la escala jerárquica suelen ser más específicas y concretas. Así se ve este proceso de concreción del Derecho, que culmina con la aplicación de la norma jurídica a hechos concretos de la realidad social.

Por su parte, para Kelsen todo acto de aplicación del Derecho es, al mismo tiempo, un acto de creación de Derecho, o si se quiere, un acto de creación de normas. Por ejemplo, cuando se aplica la Constitución se crea una ley, cuando se aplica la ley se crea una sentencia.

1.2. **Principales problemas que plantea la aplicación del Derecho.**

La aplicación del Derecho es, como ya lo señalamos, un proceso de suyo complejo que plantea diversos problemas, entre ellos los siguientes:

- a. - Problemas de interpretación del Derecho, o si se quiere, de interpretación de las normas jurídicas.
- b. - Problemas de integración del Derecho.
- c. - Problemas de conflictos de normas en el espacio, llamado también problemas de territorialidad y extraterritorialidad del Derecho
- d. - Problemas de conflictos de normas en el tiempo, el que se denomina también problemas de retroactividad e irretroactividad de la ley.

1. **Interpretación del Derecho.**

1.1. **Generalidades.**- Interpretar el Derecho, o interpretar a una norma jurídica, como sabemos, significa determinar su verdadero sentido y alcance. A este respecto, la primera cuestión que se plantea es la relativa a determinar qué se entiende por sentido de la norma y qué por alcance de la misma. Estos son antiguos temas sobre los cuales se ha debatido intensamente ya desde el Derecho romano, pero sobre todo en el último tiempo. Así, dentro de la tradición romanista, que podemos remontar hasta las doctrinas de los jurisconsultos clásicos (que han llegado hasta nosotros por medio del Digesto de Justiniano), pasando por los glosadores, los postglosadores y los juristas de la Edad Moderna, es posible distinguir tres elementos en la ley, su letra, su sentido (sensus) y su razón (ratio). Esta es la finalidad que ella persigue. Para toda esta tradición en el campo jurídico, el fin o ratio última de toda ley es la equidad. Ello sin perjuicio que, además, de esta finalidad última, la ley tiene una ratio o finalidad inmediata que se encuentra en asuntos más cercanos, como por ejemplo, los casos e instituciones que regula o comprende, como cuando reglamenta las libertades públicas, el contrato de compraventa, el derecho real de prenda, etc. El jurista francés Jean Domat, en la

segunda mitad del siglo 17, pasó a llamar espíritu a aquello que los romanistas anteriores denominaban ratio, pero queriendo designar siempre con esa palabra espíritu a la finalidad de la ley. De Domat tomó don Andrés Bello (por intermedio del Código de la Luisiana y del proyecto de código civil francés del año 1.800) la palabra espíritu que usa en los artículos 19 y 24 de nuestro código civil. Nosotros sin entrar en el detalle de esta larga discusión, vamos a decir que el sentido de la norma es su significado, consiste en lo que ella expresa. Que el alcance es su finalidad, aquello que nuestro código civil denomina espíritu. Por tanto, interpretar una norma jurídica es una labor que consiste en determinar su sentido (significado) y finalidad (alcance).

1.2. **Necesidad de interpretar el Derecho.**

Cada vez que el Derecho se aplica hay que determinar su significado de manera precisa, fijando también cuál es su finalidad o alcance. Esto es obvio, pues para aplicar una norma previamente hay que entenderla, ya que si alguien aplica una norma no entendiéndola, el resultado sería algo absurdo e irracional, lo que siempre es fuente de graves injusticias y de muchos otros problemas.

En suma, la aplicación del Derecho presupone previamente su interpretación. Pero, el debate que a este respecto se ha suscitado plantea el problema relativo a si todas las normas jurídicas deben ser interpretadas cuando se las aplica o bien solamente algunas requieren de interpretación. Sobre el particular, se han formulado dos tesis fundamentales en uno y otro sentido. Así, una de esas tesis sostiene que las normas jurídicas claras no requieren ser interpretadas, sino que únicamente las oscuras lo requieren, para ser clarificada mediante el proceso interpretativo. Quienes de este modo piensan, pretenden apoyarse en un aforismo que se encuentra en el Digesto de Justiniano que dice "in claris non fit interpretatio", en lo claro no se interpreta. En nuestro país, adhiriendo a esta idea encontramos varios fallos de la Corte Suprema y algunas opiniones doctrinarias. Se apoyan, además, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico positivo, en el inciso 1º del artículo 19 del código civil cuyo texto expresa, "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". De esta norma extraen la conclusión que postula que únicamente

deben interpretarse las leyes oscuras, sosteniendo al mismo tiempo que cuando la ley es clara debe aplicarse directamente sin necesidad de interpretación.

La doctrina y la jurisprudencia en la actualidad mayoritariamente adhieren a la tesis que afirma que toda norma jurídica, al aplicarse debe ser interpretada. Esto, por lo demás, ya lo dice Savigny en el tomo I de su "Sistema de Derecho Romano Actual" y entre nosotros lo reitera Claro Solar a comienzos del siglo XX en sus "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Se dan diversos argumentos, que a continuación se pasan a examinar, en orden a sostener que toda ley o norma jurídica, inclusive las que se consideran claras, deben ser interpretadas cuando se las aplica.

En primer lugar, se señala que para determinar si una norma jurídica es clara u oscura debe ser interpretada.

En segundo término, se dice que palabras y expresiones claras, es decir, unívocas y precisas, en el lenguaje prácticamente no las hay. Casi todas las palabras tienen más de un significado y, además, este significado no es preciso, sino vago. Como dicen los lógicos, los términos y expresiones de un lenguaje, salvo los números y los nombres propios, presentan los defectos de ambigüedad (las palabras y expresiones tienen varios significados) y de vaguedad (el significado de las palabras y expresiones es impreciso, no se encuentra exactamente determinado). Para superar estos defectos, y así lograr una adecuada comprensión de los textos, en nuestro caso de las normas que se pretenden aplicar, se realiza la pertinente interpretación.

En tercer lugar, se argumenta diciendo que cuando se aplica una norma, se la aplica siempre en relación con el resto del ordenamiento jurídico. Una norma jamás opera de manera aislada, sino que en relación con las demás de. Por ejemplo, una norma jurídica aparentemente tan clara como aquella que se consigna en la ley de tránsito, que dice que cuando el semáforo se encuentra con luz roja el conductor no debe cruzar la bocacalle, no debemos considerarla aisladamente al aplicarla, sino que deberemos tener en cuenta a muchas otras. Entre ellas, a las que establecen quienes se encuentran autorizados para cursar la infracción, por ejemplo carabineros; habrá luego que considerar algunas de las normas que regulan a este cuerpo policial; asimismo hay que atenerse a los preceptos que indican cuál es el tribunal competente para conocer de la infracción cursada por carabineros

y, con ello, a las normas relativas a la organización, atribuciones y funcionamiento de los juzgados de policía local, etc. De este modo, podemos observar que aun en un caso simple como el que consideramos, deben relacionarse cuando se aplica el Derecho una gran cantidad de normas. Ahora bien, efectuar esta relación entre normas, no es otra cosa que una tarea de interpretación. De este modo, se demuestra claramente, una vez más, que siempre que el Derecho se aplica debe ser previamente interpretado.

Por último, por la importancia que ha tenido tanto en la práctica como en la doctrina jurídica chilena, examinaremos el argumento que sostiene, pretendiendo apoyarse en el inciso primero del artículo 19 del código civil, que las normas o leyes claras no se interpretan. Sobre tal argumentodebemos decir que este precepto no expresa que tales leyes no se interpretan. Tampoco se refiere al tenor de la ley, sea claro u oscuro. A lo que se refiere es a su sentido, expresando que cuando éste es claro no debe desatenderse su tenor literal (es decir, su letra), a pretexto de consultar su espíritu, esto es, su finalidad.

2.3. **Denominaciones de la interpretación del Derecho.** A la interpretación del Derecho se le suele llamar, a veces, "interpretación de la ley", pero esta denominación, a nuestro juicio, no resulta conveniente por ser demasiado restringida. Pues hace referencia sólo a la interpretación de una clase de normas jurídica, a las leyes, y no a todas. En nuestro país, dada la influencia que en la teoría del Derecho han tenido los profesores de Derecho civil, el empleo de la expresión "interpretación de la ley" se encuentra bastante extendida.

Otros nombres que se utilizan para hacer referencia a la interpretación del Derecho, son los de "interpretación jurídica" y también "hermenéutica jurídica"

2.4. **Clasificaciones de la interpretación del Derecho.** La interpretación del Derecho puede clasificarse desde distintas perspectivas. Nosotros vamos a considerar las siguientes:

- a. - Interpretación según su origen, esto es, de acuerdo a quien efectúa la interpretación, o si se quiere, de acuerdo al intérprete.
- b. - Según si la interpretación se encuentra o no reglada.
- c. - Según su extensión y alcance. Algunos, en este caso, hablan también de interpretación según su resultado.

- d. - Según el método de interpretación, o como se dice comúnmente en la actualidad, según la doctrina interpretativa que se adopte.

2.5. **La interpretación del Derecho según su origen.**

Conforme a lo que señalamos se puede formular una clasificación de la interpretación del Derecho considerando su origen, o lo que es lo mismo, considerando al intérprete (esto es, a quien efectúa la interpretación). De acuerdo a este criterio, la interpretación del Derecho se clasifica en:

- a. - Interpretación privada o doctrinaria.
- b. - Interpretación pública o de autoridad.

2.6. **La interpretación privada o doctrinaria**, es aquella que efectúan determinadas personas en su condición de particulares, no como autoridades o representantes de algún órgano del Estado. Esta clase de interpretación no tiene carácter obligatorio, pero puede tener influencia, mayor o menor, dependiendo de la relevancia y prestigio que tenga el autor que la realiza. Así, si la interpretación la lleva a cabo alguien que carece de conocimientos jurídicos, la misma no tendrá influencia alguna, pero si es obra de un gran jurisconsulto su influencia será muy grande. En los hechos, la influencia que han tenido los grandes juristas a lo largo de la historia, ha sido enorme. Baste con mencionar, entre nosotros, a nombres como los de Claro Solar y de Alessandri, o, en Alemania a Savigny, a Canelutti en Italia, a Planiol y a Josserand en Francia etc.

Vamos a concluir diciendo que, en general, la interpretación privada o doctrinaria constituye lo que suele llamarse ciencia del Derecho, al menos la ciencia del Derecho en sentido estricto o dogmática jurídica.

2.7. **La interpretación pública o de autoridad.** Es aquella que se realiza por un órgano o autoridad del Estado. Como señalamos, posee fuerza obligatoria, aunque ésta varía dependiendo de qué clase de interpretación pública se trate. Teniendo presente lo que acaba de expresarse, diremos que la interpretación pública o de autoridad se subclasifica en:

- a. - Interpretación legislativa, denominada también interpretación legal o auténtica.

- b. - Interpretación judicial.
- c. - Interpretación administrativa

2.7.1. Interpretación Legislativa.

Como su nombre, lo indica la interpretación legislativa es aquella que realiza el legislador. Se la suele denominar auténtica porque es el propio autor de la ley (legislador), quien la interpreta. El legislador cuando interpreta a una ley lo hace mediante otra ley, a la que se denomina ley interpretativa. Esta es el instrumento o medio que el legislador utiliza para interpretar a otra norma legal. En el ordenamiento jurídico chileno, entre las distintas clases de interpretación de autoridad, la legislativa es la que posee mayor fuerza obligatoria, ello por lo que dispone el inciso 1° del artículo 3° del código civil, que señala, "Sólotoca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

Un problema doctrinario, y práctico, especial que se plantea con respecto a las leyes interpretativas es el relativo a la fecha en que entran en vigencia. En nuestro ordenamiento jurídico éste se encuentra solucionado en el inciso 2° del artículo 9° del código civil, que dice "Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio." De acuerdo a esta solución las leyes interpretativas, o "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes", como dice el código, entran en vigencia en la misma fecha en que entran en vigencia las leyes interpretadas. Por ejemplo, si entra en vigencia una ley el 30 de enero de 1990, dictándose luego una ley interpretativa de ella el 30 de agosto de 1992, se entiende que esta ley interpretativa entró en vigencia en la misma fecha que entró en vigencia la ley interpretada, es decir, el 30 de enero de 1990. Pero, además, el inciso 2° del artículo 9° se coloca en el caso de que puede haber transcurrido un cierto tiempo entre la ley interpretativa y la ley interpretada. El suficiente como para que en ese tiempo intermedio, entre ambas leyes, puedan haberse pronunciado sentencias judiciales (sobre materias reguladas por la ley interpretada) que se encuentren ejecutoriadas o firmes. En este caso, la ley interpretativa no podrá, bajo ninguna circunstancia, afectar a las sentencias ejecutoriadas en el aludido tiempo intermedio.

Otro problema, es el relativo a si las leyes interpretativas tienen o no efecto retroactivo. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia chilena han sostenido que estas leyes, entre nosotros, no tienen efecto retroactivo.

Solución que resulta discutible. Se da como argumento en favor de ella el hecho de que la ley interpretativa entra en vigencia en la misma fecha que la ley interpretada. Por tanto, se afirma, rige todos los hechos que ocurran desde la fecha de ésta en adelante. Hay quienes opinan que esta solución tiene más de ficción que de realidad.

También, vamos a examinar el problema que indaga acerca de cuándo, en qué casos, una ley puede ser considerada como interpretativa. Porque debemos hacer presente que la ley interpretativa es aquella que interpreta a otra, es decir, que clarifica el sentido de otra ley, pero sin crear nada nuevo, sin añadirle ni quitarle nada, pues en este último caso sería creadora y no interpretativa. En varias oportunidades se ha suscitado la controversia acerca si una ley es interpretativa de otra anterior, o bien, es creadora. Determinar si es de una u otra clase tiene importancia, entre otras materias, en orden a establecer la fecha de entrada en vigencia, pues si es interpretativa se entiende que su vigencia principia junto con la ley interpretada, en cambio, si es creadora ella se produce con la publicación en el Diario Oficial de ésta. Por ello, hay que fijar algunos criterios con la finalidad precisar la distinción entre unas y otras. A este respecto diremos que, para que una ley sea considerada interpretativa de otra, como se dijo, debe clarificar el sentido de la anterior, sin crear nada nuevo. Pero ocurre, que se han dado situaciones en que algunas leyes se han autocalificado de interpretativas, señalando que tienen por finalidad interpretar a otras, sin serlo efectivamente, pues en la realidad han sido creadoras. En consecuencia, no basta, para que en verdad sea interpretativa, que una ley se autocalifique de tal. Se requiere que efectivamente lo sea en la realidad (las cosas son como son y no como se dice que son).

Por último, un caso especial de leyes interpretativas que se contemplan en el ordenamiento jurídico chileno es el de las denominadas leyes interpretativas de la Constitución, asunto al que ya nos referimos al tratar sobre las distintas clases de leyes que en ésta se distinguen.

2.7.2. Interpretación Judicial. Como ya sabemos, la interpretación judicial es aquella que realiza el juez. Éste interpreta las normas jurídicas, ya sea una ley u otras normas, mediante una sentencia. El instrumento, entonces, mediante el cual el juez interpreta una norma es la sentencia.

La clase fuerza obligatoria que tiene esta interpretación pública o de autoridad, a la que llamamos interpretación judicial, en nuestro ordenamiento jurídico, viene señalada en el inciso 2° del artículo 3° del código civil, cuyo texto expresa, "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren." Sabemos que esto significa que las sentencias judiciales obligan únicamente para el caso, obligan sólo en la causa en que se pronuncian a las partes que intervienen en ella. En este supuesto, nos encontramos ante el llamado "efecto relativo de las sentencias", en virtud del cual obligan sólo en la causa a las partes, careciendo de obligatoriedad general. Salvo la excepción de las llamadas sentencias que producen efectos "erga omnes", es decir, que producen efectos para todos los miembros de la sociedad. Entre otros casos de sentencias que producen efectos "erga omnes", podemos mencionar algunas que se dan en el ámbito del Derecho de familia, como por ejemplo, cuando una sentencia judicial declara que un hijo tiene la condición de tal con respecto a su padre. Esta sentencia produce efectos no sólo entre el padre y el hijo, que fueron partes en la causa, sino que también respecto a todos los demás miembros de la sociedad, quienes deberán atenerse, para todos los efectos que correspondan, a la filiación declarada en la aludida sentencia. Lo mismo puede decirse con respecto a las sentencias de nulidad de matrimonio y otras.

2.7.3. Interpretación Administrativa. La interpretación administrativa es aquella que efectúan los órganos de la Administración del Estado, como por ejemplo, El Servicio de Impuestos Internos, La Dirección del Trabajo, La Dirección de Aguas, El Servicio de Salud, etc.

Tradicionalmente, al exponerse el tema de la interpretación jurídica, no solía incluirse el relativo a la interpretación administrativa. Ello sucedía así por diversas razones. Entre otras, porque se entendía que la actividad interpretativa de la Administración del Estado no era muy importante, además, porque en general los autores y profesores, estimaban que el único órgano del Estado encargado de interpretar la ley era el Poder Judicial. Se formó así una tradición, muy dependiente de la escuela de la exégesis, para la cual la interpretación administrativa era secundaria. Pero hoy ya no se piensa de este modo, pues se reconoce toda la importancia que tiene esta clase de interpretación, la que ha adquirido un altísimo grado de especialización, considerándosela imprescindible para el buen funcionamiento del Estado y de sus instituciones. Los órganos del Estado, entonces, dentro de la esfera de su

especialidad y competencia, interpretan la ley y otras normas jurídicas, no pudiendo esta tarea ser desconocida por los autores y la doctrina. Por ejemplo, se dice que nadie domina mejor el contenido de las leyes tributarias, y de impuestos en general, que algunos funcionarios del Servicio de Impuestos Internos encargados de las cuestiones jurídicas relacionadas con esta materia; lo mismo puede afirmarse respecto de otros servicios de la Administración Pública, como la Dirección del Trabajo, la Dirección de aguas, etc. Pero la Interpretación del Derecho que hacen estos órganos de la Administración del Estado, a pesar de ser interpretación pública o de autoridad, tiene importantes diferencias con la interpretación legislativa y con la judicial, considerando ciertas características que posee. Podemos mencionar, entre otras, a las dos siguientes:

1º Los Organos de la Administración del Estado cuando interpretan el Derecho sólo pueden hacerlo dentro del ámbito de su especialidad, el que ha sido claramente delimitado por la ley. Por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos puede interpretar normas tributarias y de impuestos, pero no normas laborales o normas relativas al manejo de las aguas o de la salud pública.

2º En segundo término, si bien la interpretación que hacen los órganos administrativos suele tener" un alcance general, aunque esto no es así siempre, (porque en muchas ocasiones interpretan las normas específicamente para un caso) no poseen el mismo grado o la misma fuerza vinculante que tiene la interpretación legislativa. Ello porque la interpretación efectuada por estos órganos puede siempre ser recurrida ante los tribunales de justicia, los que tienen facultades para enmendarla o dejarla sin efecto. A su vez, la interpretación legislativa se impone sobre cualquiera interpretación que puedan hacer los tribunales y desde luego, también, sobre cualquiera interpretación administrativa.

2.8. **Clasificación de la interpretación del Derecho según se encuentre o no reglada.**

La interpretación del Derecho puede clasificarse también en reglada o no reglada, según se establezcan o no, en el respectivo ordenamiento jurídico, reglas o normas de interpretación. Así por ejemplo, se dice que el ordenamiento chileno constituye un sistema reglado, porque contiene diversas normas destinadas a interpretar a las demás vigentes en él. Las más conocidas de todas esas normas interpretativas son, por un lado, los artículos 19 al 24 del código civil relativas a la interpretación de la ley, y, los artículos 1560 al 1566 del mismo

código, referentes a la interpretación de los contratos. Pero además de ellas también hay otras.

De otros ordenamientos jurídicos, en cambio, se dice que no contemplan normas interpretativas, por este motivo serían no reglados. Normalmente, en algunos manuales, se señala como un caso de sistema no reglado al ordenamiento jurídico francés, porque en él no se establecerían normas de interpretación. Pero muchos buenos conocedores del Derecho francés sostienen que esto no es así, pues el ordenamiento jurídico a que hacemos referencia, de todos modos, contempla algunas, pero no con el detalle del ordenamiento jurídico chileno u otro similar a éste. Las normas interpretativas en el ordenamiento francés son mucho menos numerosas y más generales que las nuestras. Pero son normas interpretativas al fin, porque en él se establecen preceptos que consagran el principio de la especialidad o el principio de la jerarquía, los que cumplen un rol en la interpretación del Derecho.

Sobre la base del argumento recién expuesto, preferimos no hablar de sistemas reglados y no reglados, sino que nos inclinamos por sostener que hay una gradualidad en los sistemas jurídicos, en lo que respecta a las reglas de interpretación. Afirmamos que todos los ordenamientos tienen reglas de interpretación, pero hay que distinguir grados entre ellos. Algunos las establecen mucho más detalladamente que otros, que las contemplan sólo de manera general. Así, nuestro planteamiento es que hay algunos sistemas más reglados y otros menos reglados de interpretación.

Pero más allá de esta discusión (si debe distinguirse entre sistemas reglados y no reglados o bien únicamente hay una gradualidad) se han dado diversos argumentos, por una parte, en favor de los sistemas reglados y, por otro lado, en contra de ellos.

Argumentando en favor de los sistemas reglados, se han esgrimido las siguientes razones:

1º La existencia de reglas interpretativas, dentro del ordenamiento, otorga seguridad jurídica, pues al haber tales reglas, todo el Derecho va a ser interpretado de la misma manera, y con ello aplicado de igual modo para todos. Se garantizaría así una igualdad y estabilidad (seguridad) en su aplicación.

2º La existencia de reglas interpretativas facilita la labor del juez, porque le va indicando en cada caso, y de manera específica, la forma como debe interpretar el Derecho.

Otros, argumentando en contra de la existencia de reglas interpretativas en el ordenamiento, han sostenido que la forma o modo como deben interpretarse las normas es algo que debe dejarse a la ciencia del Derecho, o doctrina jurídica. Que no debe ser materia de normas jurídicas positivas. Esgrimen diversas razones en contra de los sistemas reglados. Entre ellas las siguientes:

- a) Se presenta un problema insoluble en el caso que ordenamiento jurídico establezca normas interpretativas. Este problema se traduce en que las normas interpretativas, (supongamos los artículos del 19 al 24 el código civil), requieren, a su vez, ellas ser interpretadas. Entonces, en este supuesto la pregunta o problema que surge es, ¿en base a qué normas jurídicas vamos a interpretar a las normas interpretativas? Desde luego, no puede ser en base a ellas mismas, pues lógicamente las normas no pueden ser autoreferentes. Esto porque las normas, y en general las expresiones autoreferentes, conducen siempre al absurdo lógico. En otros términos, las normas no pueden disponer algo para ellas mismas. Lo que en este caso (supongamos los artículos 19 al 24 del código civil) resalta con mayor fuerza, pues si ellas requieren de interpretación, no pueden estar interpretando a las demás.
- b) Se dice también que la existencia de normas interpretativas puede, en muchas situaciones, ir en contra del valor justicia. Ello porque al indicarle al juez como debe interpretar el Derecho, lo está limitando. Entonces, podría ocurrir que cuando éste intente aplicar una ley, en algunas situaciones, no podrá adaptarla al valor justicia, es decir, no va a poder hacer justicia para el caso, porque la norma interpretativa, al restringirlo acerca del modo como debe entender el Derecho, lo impide.
- c) Se argumenta, asimismo, que la existencia de normas de interpretación, en muchos casos, impide, (una vez más por limitar a los jueces en su tarea), que el juez vaya adaptando el Derecho a las nuevas circunstancias y realidades que le toca afrontar. Con ello lo estanca, paralizando su desarrollo.

2.8. **Clasificación de la interpretación del Derecho según su extensión o alcance.** Se la denomina también "interpretación según su resultado".

Esta clase de interpretación se subdivide en:

- a. - Interpretación declarativa.
- b. - Interpretación restrictiva.
- c. - Interpretación extensiva.

2.8.1. **Interpretación declarativa.** Llamada también "estricta", es aquella que hace incluir en la norma exactamente los mismos casos a que a ella se refiere, en su texto o letra, en una primera lectura. En principio, toda interpretación debe ser declarativa, pues, en principio, como resultado de la misma deben incluirse en la norma todos (y no más, ni menos) los casos a que se refiere. Por ejemplo, si tratamos de interpretar el artículo 14 del código civil, cuyo texto es, "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.", e intentamos precisar a quienes se aplica la ley chilena, la respuesta no es otra que a todos los habitantes de la República. A esos casos (a todos los habitantes de la República) se aplica la ley chilena, ni a más casos ni a menos. En una primera lectura de la norma, aparentemente, resulta claro señalar a quienes se aplica. Pero los problemas comienzan a suscitarse cuando preguntamos ¿qué se entiende por habitantes de la República? ¿Sólo los chilenos que viven en nuestro país? ¿Únicamente las persona domiciliadas en Chile o también los transeúntes? etc.

2.9.2. **Interpretación Restrictiva.** Es aquella que, como su nombre lo indica, restringe o limita el alcance de la ley, o si se quiere, de la norma jurídica. Por esto, se la puede conceptualizar diciendo que la interpretación restrictiva es la que hace incluir en la norma menos casos que aquellos a que, en su texto o letra, en una primera lectura pareciera referirse. Interpretando, restrictivamente ahora, el mismo artículo 14 del código civil, cuyo texto anteriormente transcribimos, podríamos entender por habitantes de la República únicamente a las personas que encontrándose en Chile (sean nacionales o extranjeros) tienen su domicilio en nuestro país, quedando excluidas todas las demás, es decir, las no domiciliadas en él.

Por último, se dice que las normas y leyes especiales, deben interpretarse restrictivamente.

2.9.3. **Interpretación extensiva.** Como su nombre lo indica, es la que extiende el ámbito de casos de aplicación de la ley. Se la conceptualiza diciendo que, hace incluir en la norma

interpretada un mayor número de casos que aquellos que en una primera lectura aparecen en su texto o letra. Por ejemplo, si a la entrada de un parque hay un letrero que dice: "se prohíbe entrar con animales a este parque". Con seguridad, quien dictó esa norma nunca pensó incluir dentro de ella, es decir, dentro de la prohibición, a ciertos animales muy pequeños e inofensivos que, custodiados por su amo, no van a producir daño alguno a los jardines. Si una persona, por ejemplo, intenta entrar al jardín con un canario que lleva dentro de una jaula, casicon seguridad, el espíritu de la norma no es prohibir ese ingreso. Pero si la interpretamos de manera extensiva, haremos incluir en la norma más casos que aquellos a que aparentemente se refiere. Bajo este supuesto, no se permitirá que alguien entre al parque con un canario dentro de una jaula, porque la norma en cuestión fue interpretada extensivamente, incluyendo también el caso de los canarios debido a su condición de animales.

2.9.3.1. La interpretación extensiva y la analogía integradora. Siempre se plantea el problema acerca de cual es el límite entre la interpretación extensiva y la analogía integradora. Recordemos aquí, que la analogía integradora es un elemento de integración del Derecho cuya finalidad consiste en llenar un vacío o laguna. Específicamente, consiste en aplicar a un caso que no se encuentra regulado, una norma que regula otro caso similar o análogo, siempre que exista la misma razón para aplicar a este nuevo caso la norma que regula el otro.

Teniendo esto presente, puede decirse que teóricamente es muy fácil determinar el límite entre ambas, pero desde un punto de vista práctico resulta difícil precisar cuando nos encontramos ante una u otra. Así, teóricamente, la diferencia es sencilla de formular, porque la interpretación extensiva, por mucho que extienda el alcance de la ley, es eso, es interpretación. Supone que existe una norma que está siendo interpretada. En cambio, la analogía integradora parte del supuesto de que no hay norma, sino que existe un vacío. Como no hay norma, no nos encontramos ante un caso de interpretación del Derecho, sino que ante uno de integración del mismo.

Pero en la práctica, en muchas situaciones, no resulta en absoluto sencillo determinar si a una norma jurídica la estamos extendiendo a casos en que es legítimo aplicarla, porque, de alguna manera, pueden quedar incluidos en ella, o bien, la estamos extendiendo, de manera ilógica e ilegítima, a casos que no se encuentran comprendidos bajo ninguna circunstancia

en la misma, que ninguna interpretación puede incluirlos. Que, por tanto, se encuentran sin regulación.

2.8. **Clasificación de interpretación del Derecho según el método.**

Tradicionalmente, en el ámbito jurídico, se ha empleado la terminología de llamar métodos de interpretación a lo que, tal vez, de una manera más exacta podría denominarse doctrinas interpretativas o doctrinas sobre la interpretación del Derecho. Esta terminología, predominantemente de , origen francés, ha pasado a nosotros como, asimismo, a la teoría jurídica de otros países. Por eso, es que los juristas chilenos hablan de métodos de interpretación para referirse a aquello que preferimos llamar doctrinas interpretativas. Un autor Francés que extendió mucho esa nomenclatura fue, sin duda, Francois Geny en una obra suya intitulada "Métodos y Fuentes del Derecho Positivo". Pasemos ahora examinar algunas doctrinas interpretativas, o métodos, según la denominación tradicional.

2.8.1. **Algunos métodos o doctrinas interpretativos.** Vamos a considerar los siguientes métodos interpretativos en particular:

- 1º El método gramatical o filológico.
- 2º El método o doctrina exegético o histórico
- 3º El método o doctrina dogmático o lógico sistemático.
- 4º El método de la evolución histórica.
- 5º El método de la libre investigación científica

1º.- El método gramatical o filológico. Este método, o doctrina sobre la interpretación, postula la tesis que afirma que cuando se interpreta el Derecho hay que atenerse a las palabras y expresiones que se emplean en la norma jurídica.

Lo cierto es que, ninguna interpretación puede prescindir de la palabras y expresiones que se emplean en las normas que van a ser interpretadas. Podemos decir, que la consideración de las palabras y expresiones son la base a partir de la cual se desarrolla toda la tarea interpretativa. Cuando nos refiramos más adelante al elemento gramatical en la interpretación del derecho, consideraremos más detalladamente este aspecto.

2º.- La doctrina del método exegético o histórico. Esta doctrina o método sostiene que al interpretarse el Derecho debe buscarse y, desde luego, debe considerarse el factor histórico,

es decir, el momento o la circunstancia en que surgió la norma jurídica. Pero quienes esto afirman, no se ponen exactamente de acuerdo acerca de en qué consiste este elemento histórico. Para algunos consiste en indagar por la voluntad del legislador que dictó la norma, pues, nos dicen, que lo encontramos en la voluntad o intención que el legislador tuvo al crearla. Voluntad en la que se encuentra también, según opinan, su verdadero sentido o significado. Claro está, debemos advertir, que no todos entienden de esta manera el elemento histórico. Así lo ha entendido, al parecer mayoritariamente, la doctrina jurídica chilena, influida en alta medida por la escuela de la exégesis. Pero otros autores, entre ellos Savigny y Claro Solar, por elemento histórico entienden la situación en que se encontraba el Derecho en el momento anterior a la dictación de la norma interpretada. Con esto se explica el cambio de legislación o cambio normativo.

3º.- Método dogmático o lógico sistemático. Este método presupone la tesis racionalista de que todo el Derecho se encuentra en la ley, que ésta tiene, una vez en vigencia, una vida y un sentido propio independientes del legislador que la dictó. Por lo tanto, el significado que el intérprete debe darle a la ley tendrá que buscarlo en ella misma. En el texto de ésta y no fuera de él. Por ejemplo, no podría buscarlo en la situación histórica en que surgió, ni en la situación socioeconómica en la cual se aplica, sino que, como se dijo, debe encontrarlo sólo en la ley misma. Esta concepción acerca de la interpretación y, más específicamente, acerca de donde se encuentra el verdadero significado de la norma jurídica, en el fondo, es una verdadera concepción acerca del Derecho, de carácter absolutamente positivista que cree en la racionalidad de los textos jurídicos, que cree que toda ley, por el solo hecho de serlo, es racional y en consecuencia correcta y adecuada. Es, en el fondo, la concepción de la escuela de la exégesis y de los representantes de ella que exaltaron a los cuerpos legales y, sobre todo, al Código de Napoleón.

4º.- La doctrina o método de la evolución histórica. Este método, sobre la interpretación del Derecho, nos dice que el significado de las normas varía con el tiempo en la misma medida que cambia la situación social. El significado de la norma no es algo fijo e inamovible que, por ejemplo, semantenga absolutamente ligado al legislador histórico, o que una vez haya entrado en vigencia, adquiera un significado propio e independiente que se mantenga inamovible. No es así, nos dice, no hay un significado fijo y para siempre de la norma, sino que éste varía al cambiar las circunstancias sociales y culturales.

5º.- La doctrina o método de la libre investigación científica.- De acuerdo a este método, el intérprete tiene libertad en su actividad cuando se presentan dudas sobre el sentido de la norma. Ese sentido debe determinarse conforme a la intención del legislador, la que se debe establecer de acuerdo a las circunstancias existentes en la época de la dictación de la ley, no en la de su aplicación. Así, el interprete ha de reconstruir el pensamiento del legislador. Pero puede no atenerse a él cuando lo que maneja son nociones cambiantes, como las de buenas costumbres, orden público etc. Éstas, nos dice la doctrina que comentamos, quedan sujetas al interprete de cada época. Pero, la mayor libertad la tiene el intérprete en los casos de oscuridades insalvables de la ley y de lagunas. En estas situaciones, no hay una intención del legislador, por tanto, nos señala que, debe procederse libremente para resolverlas.

2.9. ¿Dónde se encuentra el verdadero sentido de la ley o norma jurídica?

Teniendo presente lo anterior, debemos señalar que todo método interpretativo, o si se quiere, toda doctrina acerca de la interpretación del Derecho lo que pretende es encontrar o determinar el verdadero (genuino) sentido de la norma jurídica o, como se suele decir también, el verdadero sentido de la ley. Pero el problema radica en lograr precisar dónde se encuentra ese verdadero sentido o significado de la ley. Al respecto se han propuesto diversas soluciones. A nuestro juicio, las más importantes entre éstas son las siguientes:

- a. - El verdadero sentido de la ley (o norma jurídica) se encuentra en la voluntad del legislador.
- b. - El verdadero sentido de la ley (o norma jurídica) se encuentra en la ley misma.
- c. - El verdadero sentido de la ley (o norma jurídica) se encuentra se encuentra en la voluntad del intérprete.

2.8. El verdadero sentido de la ley se encuentra en la voluntad del legislador.-

Conforme a esta tesis, es el autor de la ley quien le da el verdadero significado a ella. Pero este planteamiento presenta diversas dificultades:

1º.-En primer término, hay que determinar qué se entiende por legislador, y con ello, por voluntad del legislador. Pues por legislador, hablando estrictamente, no puede entenderse al experto o a la comisión de expertos que redactó el proyecto de ley que luego se tramitó

en el parlamento y entró en vigencia. En un sentido propio, el legislador no es sino el Poder Legislativo.

2º.-Ahora bien, el Poder Legislativo como órgano colectivo que es, y no persona natural, no tiene voluntad en sentido psicológico, pues ésta la poseen sólo los hombres individualmente considerados. Respecto de los grupos y órganos constituidos por seres humanos, sólo por analogía se puede hablar de voluntad. Así entonces, se puede hablar de una voluntad del poder legislativo, no en un sentido propio sino análogo, entendiendo por tal a la de la mayoría (según se exija en cada caso) de sus miembros, que prestan su aprobación al respectivo proyecto de ley.

3º.-Otro problema que surge cuando indagamos sobre el legislador y la voluntad de éste, se nos presenta al formular la pregunta relativa a qué aspectos y contenidos del proyecto de ley prestan su aprobación los legisladores. Sobre el particular hay que tener presente que un importante número de proyectos de ley, y con ello en último término de leyes, conllevan complejas cuestiones, ya sean jurídicas, científicas o técnicas. Los parlamentarios no tienen porqué ser expertos en cada una de ellas. Lo normal es que no lo sean. Por ejemplo, un proyecto de ley sobre telecomunicaciones trata de numerosos asuntos sobre electrónica y otras cuestiones complejas; un proyecto de ley sobre pesca, cuando se lo estudia y discute, exige conocimientos sobre biología, sobre el clima y otros. No se puede pedir que los legisladores tengan conocimientos detallados y especializados sobre estas materias. Es en este contexto es donde surge la pregunta, ¿a qué le prestan su aprobación los legisladores? Se puede contestar diciendo que ellos le prestan su aprobación, en un sentido estricto, sólo a las grandes ideas matrices del proyecto, pues de éstas sí tienen un conocimiento claro. En cambio, en lo que respecta a sus detalles técnicos y especializados no les queda más que confiar en el experto, o comisiones de expertos, que los asesoran, o, que elaboraron o contribuyeron a elaborar el proyecto. La aprobación que le prestan a estos detalles, es más bien una formalidad con la que se debe cumplir, para así cumplir también con los requisitos que se exigen para su entrada en vigencia. Por ello, estimamos que para los efectos de establecer la historia fidedigna de la ley los informes de las comisiones de expertos tienen mayor relevancia con respecto a los detalles técnicos, que con respecto a las ideas matrices del proyecto. Asimismo, estimamos que el grado de vinculatoriedad que tienen para el intérprete, supongamos el

juez, las opiniones de los expertos es menor que las de los legisladores. Así lo acepta una sociedad democrática, en que sus representantes son los legisladores elegidos por el pueblo, aun cuando haya algún peligro de error.

4°.-Otro problema que vamos a destacar, con respecto al legislador y su voluntad, en orden a encontrar el verdadero sentido de la norma, es el relativo a la tesis que se ha formulado, sosteniendo que mientras más antigua sea una ley, más se aparta y distancia de la voluntad de su autor, es decir, del legislador. Debido a lo cual resulta muy difícil indagar por esa voluntad. Por el contrario, se afirma que, mientras más reciente sea una ley, más cercana se encuentra de su autor, y de su voluntad.

5°.-Un último problema que destacaremos, en relación con la voluntad del legislador, hace referencia a lo difícil que siempre resulta conocer o desentrañar la voluntad. Si ya es muy complejo conocer la voluntad o intención de una persona natural, más lo es todavía conocer la de un órgano colectivo en cuanto el legislador.

2.9. **El verdadero sentido (o significado) de la ley se encuentra en la ley misma.**

Esta tesis afirma que una vez que la ley, o norma jurídica, ha entrado en vigencia se desliga de la voluntad de su autor, se independiza de ella adquiriendo vida propia. Por tanto, señala, la ley tiene en sí misma su propia voluntad, o si se quiere, su propio significado. El que se afirme que la norma tiene en ella misma su significado, evita el problema de estar remitiéndose siempre a la voluntad de su autor, que a veces es difícil desentrañar y que, el mismo tiempo, la deja ligada al pasado, a las circunstancias pretéritas de la época del legislador. En cambio, si la consideramos independiente de esa voluntad, la norma sí puede ir adaptándose fácilmente a los tiempos en que ha de aplicarse.

La crítica que se formula a la tesis que ahora comentamos, señala que ella es mucho más una ficción que una realidad, porque las normas no tienen voluntad propia, pues la voluntad es sólo de los seres humanos. Así, no puede concebirse a *tí* norma como algo desligado de los seres humanos, ya sea de su autor que la puso en vigencia, o del intérprete que la aplica a la realidad de un tiempo determinado. Por esto, en la actualidad muchos especialistas en hermenéutica, y concretamente muchos especialistas en hermenéutica jurídica, lo que sostienen es que el significado de la norma no se encuentra ni en la voluntad del legislador, ni

en una presunta voluntad de la norma misma, sino que su verdadero significado es aquel que le da el intérprete.

2.10. **El verdadero significado de la ley se encuentra en la voluntad del intérprete.** En la actualidad se tiende a afirmar, por muchos, que el verdadero significado de la norma es aquel que le da el intérprete. Esto lo sostienen apoyándose en ciertas doctrinas hermenéuticas generales que sedan en el ámbito de la filosofía, entre otras la de Hans George Gadamer tal cual la expone en su obra "Verdad y Método".

Nosotros pensamos que en la tarea de determinar el significado de las normas jurídicas, el rol más importante es el del intérprete. Su función es más relevante que la desempeñada por la voluntad del legislador, o, por una presunta voluntad de la norma o de la ley misma. Por tanto, afirmamos que en último término quien determina el sentido de la ley es el intérprete. Claro está, que en este caso no hablamos de un verdadero sentido de la ley, sino que del sentido que se impone de la ley. El intérprete, sobre todo tratándose del juez cuando aplica la ley, es quien le impone su sentido. Ahora bien, para imponer este sentido el intérprete puede recurrir a diversos argumentos, entre otros, puede esgrimir que se apoya en una supuesta voluntad del legislador, o, en las circunstancias históricas y sociales en que la ley surgió, o, en el desarrollo que ha tenido su aplicación etc.

2.11. **Los elementos de la interpretación del Derecho.** En términos generales, vamos a entender por elementos de interpretación del Derecho a los distintos factores que se emplean con la finalidad de interpretar a las normas jurídicas.

El primero que de una manera global y coherente, en el ámbito jurídico, se refirió a estos elementos fue Savigny, a los que en su "Sistema de Derecho Romano Actual" los denomina elementos de interpretación de la ley. Savigny distinguió los clásicos cuatro elementos de interpretación del Derecho que nosotros ya conocemos, el elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico y el elemento sistemático.

Esta doctrina de los cuatro elementos de interpretación, tal cual la propuso Savigny, ha tenido amplia acogida en la teoría jurídica chilena, gracias a la obra de don Luís Claro Solar, quien la tomó de manera muy fiel y la expuso en sus clases de Derecho civil y en sus obras, principalmente en la intitulada "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", a fines del siglo XIX y a comienzos del XX. Todo este planteamiento ha pasado, entre nosotros, a ser

extraordinariamente clásico y reiterado, desde hace aproximadamente unos 100 años se viene formulando más o menos en los mismos términos en que Claro Solar reprodujo las ideas de Savigny. Pero, podríamos señalar que algunos autores posteriores a Claro Solar han introducido ciertas confusiones sobre el tema al afirmar, por ejemplo, que la tesis de los cuatro elementos interpretativos se debe a la escuela de la exégesis y no a Savigny, lo que en manera alguna es exacto. Asimismo, se ha sostenido, erróneamente, que entre esos cuatro elementos existiría una especie de prelación, lo que nunca sostuvieron ni Savigny ni Claro Solar. Igualmente, se ha afirmado, también de manera errónea, que en la tarea interpretativa se podría emplear sólo alguno, o sólo algunos, de ellos. Por ejemplo, se dice, que si el elemento gramatical por sí solo nos soluciona el problema de interpretación, no sería necesario recurrir a los otros. Si el gramatical más el histórico lo solucionan, no habría que echar mano a los demás. Pero Savigny, y el resto de la doctrina, no están de acuerdo con este planteamiento. Afirman que la interpretación es un solo acto del espíritu, por ello, cuando se realiza deben emplearse todos estos elementos interpretativos conjuntamente, sin prescindir de ninguno.

También conviene consignar, que Bello no tuvo en consideración a los referidos cuatro elementos, ni a Savigny, al redactar las normas interpretativas del código civil. Como lo hemos destacado, en este punto se apoyó en el código de la Luisiana, y, por esa vía, en el proyecto de código civil francés del año 1.800 y en la doctrina hermenéutica del jurista francés del siglo 17 Jean Domat.

Por nuestra parte, pensamos que estos elementos son sólo algunos, entre varios, a los que se puede recurrir para interpretar el Derecho. Perfectamente pueden considerarse, también, como elementos de interpretación a la idea de justicia, a la equidad, a los principios generales del Derecho, a los factores sociales y a otros.

Teniendo esto presente, vamos a tratar de conceptualizar cada uno de los elementos propuestos por Savigny e incorporados a la doctrina jurídica chilena, a la que han servido de manera importante. Más allá de que Bello no los haya tenido presente al momento de elaborar sus reglas de interpretación incorporadas al código civil, creemos que constituyen un buen instrumento de análisis para abordar cualquier tema referente a la hermenéutica jurídica. Veamos en qué consiste cada uno, según el concepto que de ellos dan tanto Savigny como algunos autores chilenos.

1º El elemento gramatical.

El elemento gramatical es aquel que en la tarea de interpretar el Derecho se atiene a las palabras, frases o expresiones que se encuentran en las normas jurídicas, o si se quiere, en la ley. Así, cuando se interpreta una ley recurriendo a su elemento gramatical, lo que se considera, como se dijo, son sus las palabras, frases o expresiones, por lo tanto habrá que determinar, porejemplo, con qué significado o sentido se emplean, cuál es su alcance, etc. Para Savigny, "el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicar su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes" (Sistema de Derecho Romano Actual T. 1 pág. 150). Un manual clásico de Derecho civil chileno, el "Curso de Derecho Civil", redactado por Antonio Vodanovic sobre la base de las clases de los profesores Alessandri y Somarriva en el T. 1 volumen 1 , tercera edición, lo define en la página 121 diciendo que "el elemento gramatical tiene por objeto la palabra, la cual sirve de medio de comunicación entre el pensamiento del legislador y el nuestro. La interpretación de las palabras de la ley debe tener lugar según las reglas del lenguaje; de ahí que se la denomine interpretación gramatical". Otro jurista chileno, el profesor Carlos Ducci en su libro "Derecho Civil. Parte General" (cuarta edición) dice que "el elemento gramatical implica el análisis de la semántica y de la sintáctica del precepto legal" (página 91). Sobre esta afirmación comentaremos, únicamente, que tanto la semántica como la sintáctica son partes de la lingüística o ciencia del lenguaje. La primera se refiere al contenido de significado de las palabras y expresiones. La segunda, a la estructura de las expresiones. No hay pruebas de que Savigny haya pensado en estas consideraciones de la ciencia del lenguaje cuando trató sobre el elemento gramatical.

2º El elemento lógico.

El elemento lógico ha sido entendido, por la doctrina jurídica chilena, al menos mayoritariamente, como aquél que considera la concordancia y armonía que debe existir entre las distintas partes de la ley, de tal modo que no haya entre ellas contradicciones. Se suele añadir también, que este elemento considera a la ley aisladamente, sin relación al resto del ordenamiento jurídico. Así en le ya citado libro basado en las clases de los profesores Alessandri y Somarriva, redactado por Antonio Vodanovic, se nos dice, "El elemento lógico busca la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes". A su turno, el profesor Carlos Ducci en su ya referida obra "Derecho Civil. Parte General",

señala que, "el elemento lógico consiste en la concordancia que debe existir entre las diversas partes de la ley, pues es natural que éstas no sean contradictoria y exista entre ellas una unidad conceptual y de criterio" (página 92). Debemos decir que Savigny no lo entendió de esta manera. Pues para este autor, "el elemento lógico, tiene por objeto la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes (de las leyes)". Así lo expresa en el ya mencionado tomo primero de su obra "Sistema de Derecho Romano Actual" (página 150). Podemos observar, de acuerdo a Savigny, que el elemento lógico se utiliza para descomponer (analizar o separar podría decirse también) el pensamiento expresado en las leyes. Ahora bien, esta descomposición o análisis, mostraría las relaciones lógicas que unen a las diferentes partes de tales leyes.

Nos parece evidente, que la lógica jurídica contemporánea no estaría dispuesta a entender al elemento lógico de la manera como lo hace la doctrina jurídica chilena. Porque, de acuerdo a ella, el elemento lógico se refiere a la coherencia y armonía de una ley, de tal modo que la misma no presente contradicciones. Así expuestas las cosas, este elemento se apoyaría sólo en uno de los tres principios lógicos fundamentales, en el principio de no contradicción, dejando fuera a los otros dos, es decir, al principio de tercero excluido y al de identidad. Asimismo, los lógicos contemporáneos no estarían de acuerdo en limitar el elemento lógico sólo a la ley considerada aisladamente, nos dirían que es perfectamente aplicable a contextos más amplios o más restringidos. Por razones de este mismo tipo, tampoco aceptarían los planteamientos de Savigny sobre este particular.

3° El elemento histórico.

En parte ya nos hemos referido a él cuando hablamos del método exegético o histórico haciendo presente que la doctrina chilena actual se aparta del modo como Savigny lo concibió. Asimismo, se aparta de la manera como, en un primer momento, fue entendido entre nosotros por Claro Solar, el que, simplemente, se limitó a reproducir la idea que Savigny tenía del mismo. Este último dice que, "el elemento histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer". ("Sistema de Derecho Romano Actual" TI página 150). El cambio introducido por la ley, como vemos, es lo importante que explica el elemento histórico,

cuando por ejemplo esclarece, ¿por qué se produjo el cambio? y ¿de qué manera se llevó a cabo?

Los autores nacionales, en la actualidad, entienden al elemento histórico de una manera un tanto diferente. Nos dice, por ejemplo, el ya citado libro basado en las explicaciones de clase de los profesores Alessandri y Somarriva, que, "el elemento histórico tiene por objeto la indagación del estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar" (página 121). Mucho más difundido en la actualidad entre nosotros, se encuentra el concepto que sobre este elemento propone el profesor Carlos Ducci, para quien es, el que "se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la ley" (obra, citada página 92). Este concepto, que se fundamenta mucho más en el artículo 19 del código civil que en Savigny, ha tenido una amplia acogida en nuestra jurisprudencia. Según opinión de los profesores Alessandri y Somarriva, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que refleja el elemento histórico, "resulta del estudio de los proyectos, actas de las comisiones legislativas, debates en las Cámaras, preámbulos y exposición de motivos con que se acompañan los proyectos, tiene, por lo general, apreciable valor porque trasunta el pensamiento legislativo" (obra citada página 121). Respecto a esta opinión, reiteramos lo anteriormente señalado en relación con el problema que se suscita al tratar de precisar qué se entiende por legislador y, más específicamente, por voluntad del legislador.

4º El elemento sistemático.

Se suele decir, entre nosotros, que el elemento sistemático, en el fondo, consiste en lo mismo que el elemento lógico, sólo que en lugar de considerar la coherencia y armonía de una ley tomada aisladamente, considera la coherencia y armonía de todo el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, los profesores Alessandri y Somarriva, dicen que "el elemento sistemático se basa en la internaconexión que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran unidad". Por su parte, el profesor Carlos Ducci en su libro, que ya hemos mencionado, luego de precisar que el elemento lógico consiste en la concordancia que debe existir entre las diversas partes de la ley, agrega que "en el elemento sistemático esta correspondencia de la legislación se busca más allá de la propia ley interpretada, analizando, como lo establece el

inciso 2° del art. 22, otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto", (página 93)

Pensamos que esta manera de concebir el elemento sistemático por los autores chilenos, no es correcta. Ello no tanto por no ser coincidente con los planteamientos de Savigny, a quien podrían estar refutando, lo que por lo demás no expresan, sino porque su concepción sobre lo que es la lógica (elemento lógico) y el sistema o lo sistemático (elemento sistemático), a nuestro entender se encuentra equivocada.

Para Savigny, en cambio, "el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema" (Sistema de Derecho Romano Actual T 1, página 150). Como podemos ver, para Savigny el elemento sistemático no es lo mismo que el elemento lógico sólo que considerado en términos más amplios. El lógico con respecto a una ley aislada, y el sistemático con respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico. No es así, pues el elemento lógico y el sistemático, al modo como el recién nombrado autor los concibe, son en verdad operaciones inversas. Una de análisis, el lógico, descompone el pensamiento o las relaciones lógicas de las diferentes partes del lenguaje (pensamiento) de las leyes. La otra de síntesis, el elemento sistemático, tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. Para entender de modo más completo la manera que este autor tiene de concebir al elemento sistemático, debe explicarse también cómo entiende a las instituciones (a las que suele llamar también institutos jurídicos) y a la unión que debe existir entre ellas y las reglas del derecho. De acuerdo a lo que nos señala, debe existir una unión o concordancia entre las instituciones jurídicas y las reglas de derecho en que estas instituciones se expresan. Sostiene que hay conceptos jurídicos que, por así decirlo, son permanentes e intemporales. Constituyen las instituciones jurídicas básicas, que poseen estas características (de intemporalidad y permanencia) tal como, por ejemplo, las poseen los conceptos matemáticos y de otras ciencias. Como casos de conceptos jurídicos intemporales y permanentes, desde la perspectiva de Savigny, podemos mencionar a instituciones tales como las de obligación, contrato, compraventa, derecho real, etc. Todas ellas tienen una

determinada manera de ser, que es siempre igual en sus aspectos fundamentales. En consecuencia, afirma, debe existir una concordancia entre dichas instituciones jurídicas y las normas que las expresan. Pues éstas deben recoger la naturaleza de la institución y no distorsionarla. Así por ejemplo, las normas que regulan la compraventa deben reflejar la naturaleza de esta institución. Sobre este tema, junto con la obra de Savigny, debe considerarse el interesante estudio que hace sobre el tópico el civilista alemán Karl Larenz en su libro "Metodología de la Ciencia del Derecho". Por último, haremos notar que estos planteamientos de Savigny sobre las instituciones o institutos jurídicos, se desarrollaron después enormemente por la ciencia del Derecho alemana del siglo XIX, por grandes autores como Windscheid y otros, constituyendo una escuela que suele conocerse bajo el nombre de Jurisprudencia de Conceptos o Escuela Pandectista, a la que también perteneció Rudolph von Ihering, quien después se desligó de ella, criticándola en una célebre obra suya denominada "Jurisprudencia en Broma y en Serio".

2.12. **Los elementos de interpretación del Derecho y los artículos 19 al 24 del Código Civil.** Desde que la doctrina jurídica chilena comenzó a aceptar la idea de los cuatro elementos de interpretación del Derecho a que nos hemos referido, ha tratado de determinar en qué forma se expresan ellos en los artículos 19 al 24 del código civil. Asimismo, algunos profesores han intentado encontrar en los artículos 1560 y siguientes, relativos a la interpretación de los contratos, a los citados elementos. Por nuestra parte, ahora nos ocuparemos sólo de los artículos 19 al 24 y no del 1560 y siguientes.

Cuando tratamos de indagar cuál de los elementos clásicos de interpretación del Derecho (es decir, el gramatical, lógico histórico o sistemático), se encuentran presentes en cada uno de los mencionados artículos, lo primero que debemos recordar es que don Andrés Bello, según lo que ya se dijo, no se apoyó en Savigny para redactarlos, sino en las fuentes a que en su oportunidad se hizo referencia. Por tanto, no consideró, en los citados preceptos, a dichos elementos. Pero nada impide que ellos constituyan un buen instrumento de análisis hermenéutico jurídico y que, incluso, por esto mismo, se encuentren de algún modo presentes en los aludidos preceptos, más allá de que Bello! no los haya considerado en su momento. Teniendo esto en consideración, analizaremos cada uno de esos elementos en relación con los artículos de que ahora hablamos.

2.12.1. **El Elemento Gramatical.** La mayoría de los autores chilenos afirma que el elemento gramatical se encuentra, en primer término, en el inciso 1° del artículo 19 del código civil, porque al expresar, "Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", señalaría que lo primero que debe considerarse, cuando se interpreta una ley, es su tenor literal. Esto es, las palabras y expresiones que se utilizan en esa norma. Por lo demás, siempre se ha estimado que toda interpretación debe principiar considerando el texto, es decir, las palabras de la ley o norma jurídica.

Pero hay algunos autores, una minoría en la doctrina jurídica chilena, que estiman que el elemento gramatical no se encuentra en el inciso 1° del artículo 19, pues este precepto a lo que se refiere es al sentido de la ley, no a sus palabras o letra. Lo único que señala, en relación con este elemento, es que si su sentido es claro, no debe desatenderse su tenor literal (letra) a pretexto de consultar su espíritu o finalidad. De encontrarse algún elemento de interpretación en este inciso primero del artículo 19, nos dicen, se hallaría el elemento lógico y no el gramatical. Donde sí se encuentra, según todos, el elemento gramatical presente es en los artículos 20 y 21, que nos señalan el modo como deben entenderse las palabras de la ley. Veamos que disponen.

Art. 20 "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal" Art. 21 "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Como podemos observar, de acuerdo a lo que disponen los dos artículos recién transcritos el significado de las palabras de la ley (es importante hacer notar que el código aquí se refiere a las palabras de la ley, no a las expresiones o conjuntos de palabras de la ley) puede obtenerse de tres fuentes distintas: 1° de lo que se denomina su sentido natural y obvio" (art. 20 primera parte) ; 2° de la definición expresa que el legislador efectúa de algunas palabras para ciertas materias y 3° del significado que le atribuyen a las palabras de una determinada ciencia o arte quienes las practican. Analicemos en este mismo orden cada uno de estos casos, para luego determinar qué sentido o significado debe preferirse para el caso de existir diferencia o contradicción entre ellos.

1º El sentido natural y obvio de las palabras de la ley.- La regla general, de acuerdo al artículo 20, dice que las palabras que emplea la ley se entienden en su sentido natural y obvio. Este es el significado que ha atribuírseles generalmente. Ello debe ser así según algunos autores, entre otros K. Larenz, porque las leyes se redactan, normalmente, en un lenguaje usual, en un lenguaje cotidiano, en el que emplean las personas para comunicarse día adía, no en un lenguaje especializado o técnico propio de las ciencias. Ahora bien, este sentido o significado natural y obvio de las palabras, según el propio artículo 20, se encuentra en el uso general de las mismas. Es decir, en el uso que de ellas hacemos las personas en nuestra comunicación diaria con los demás. Pero, detectar el significado de las palabras en el uso cotidiano que hacen de ellas todas las personas, es algo muy difícil de establecer, tendría que comprobarse en muchísimos casos, tal vez en millones de casos en diversos lugares distintos. Por eso es que se dijo por nuestra jurisprudencia, que este uso general de las palabras de nuestro idioma, y por tanto su significado natural y obvio, se encuentra consignado en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Por este motivo, se entendió durante mucho tiempo en nuestro país que el significado natural y obvio de las palabras es aquel que se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Pero desde hace ya unas cinco décadas, más o menos, la jurisprudencia cambió, afirmando que tal significado de las palabras no siempre se encuentra en dicho Diccionario, pues éste a veces no lo consigna, sino que debe buscarse en el medio en que se emplean. Es esta, por lo demás, la misma solución del código. Por ello en la actualidad, si bien el Diccionario es un importante referente para encontrar el sentido natural y obvio de las palabras, no es el único. Pues es posible, según los casos, encontrarlo también fuera de él, en el uso que se hace de los términos por la generalidad de las personas. Otro problema que plantea el Diccionario para encontrar el sentido natural y obvio de las palabras, radica en que a menudo a un mismo término le asigna muchos significados distintos por ejemplo cinco, diez y más significados. En este caso, para determinarlo de manera unívoca y precisa hay que recurrir al uso que se hace de él, al contexto y a la situación en que se emplea.

2º Las palabras definidas expresamente por el legislador.- Cuando el legislador ha definido a las palabras expresamente, para ciertas materias, debe dárseles, en relación con esas materias, su significado legal. Es decir, deben ser entendidas con el significado que el legislador les atribuye en su definición. Pero aquí debemos tener presente que en los casos

en que el legislador define una palabra, la define, por regla general, sólo para ciertas materias, únicamente para su ámbito. Por ejemplo, si define la palabra "director", en el ámbito del Derecho tributario, supongamos en el código tributario, ella tiene validez únicamente en dicho campo, pero no en otras materias, como laborales, de aguas o alguna otra distinta.

3° Las palabras técnicas de toda ciencia o arte. El artículo 21 del Código civil se refiere a las palabras técnicas que se emplean en ciertos campos científicos y técnicos. Este precepto nos dice que ellas deben ser entendidas en el sentido que les dan quienes profesan la respectiva ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido distinto. De acuerdo a lo dicho, por ejemplo, las palabras técnicas o científicas relativas a la medicina habrá que entenderlas en el sentido que les asignan a esas palabras quienes profesen la medicina, es decir, los médicos, salvo que claramente hayan sido tomadas en un sentido distinto. Al respecto, es clásico el ejemplo que se coloca en la asignatura de Derecho civil respecto a la palabra "demente", la que en el código, en el artículo 1447, está empleada con el significado de cualquiera enfermedad mental de cierta importancia que priva de su sana razón a una persona, considerándola por ello absolutamente incapaz. Pero la psiquiatría actual la entiende de manera diversa, ya como toda enfermedad mental de gravedad, sino que como una enfermedad mental específica. Así entonces, en el código se la ha tomado claramente en un sentido distinto a que aquél que le dan los médicos y psicólogos.

2.12.1.1. **Prelación entre los distintos significados de las palabras de la ley.** De acuerdo a los artículos 20 y 21 del código Civil. Puede ocurrir que una palabra tenga un significado natural y obvio, que además ella se encuentre definida expresamente por la ley para cierta materia, y, que también pertenezca al campo de una cierta ciencia o arte, siéndole atribuido por quienes la practican un significado distinto en ese campo. La pregunta en estos casos es, ¿qué significado preferir?. Sobre el particular de los propios artículos 20 y 21, se extraen las siguientes reglas:

1° En primer término, hay que preferir el significado que le atribuye el legislador a la palabra, cuando la ha definido expresamente para ciertas materias.

2º En segundo lugar, hay que preferir, en el caso de las palabras técnicas, el significado que le atribuyen quienes profesan la respectiva ciencia o arte. Salvo que esas palabras técnicas claramente se hayan tomado en un sentido distinto.

3º Por último, debe atribuirse a la palabras su significado natural y obvio, del modo que ya lo hemos explicado.

Finalmente, vamos a reiterar la observación anteriormente hecha, en cuanto que la inmensa mayoría de las palabras que utiliza el legislador pertenecen al lenguaje cotidiano, aquél que empleamos normalmente para comunicarnos con las demás personas. Por tanto, la mayor parte de las palabras empleadas en la ley habrá que entenderlas en su sentido natural y obvio. Sólo una minoría de las palabras utilizadas en ella se encuentran expresamente definidas, como asimismo, sólo una minoría son palabras técnicas pertenecientes a una determinada ciencia o arte, a las cuales quienes las practican les asigna un significado especial.

2.12.2. **El elemento lógico.** Para algunos, se encontraría en el artículo 19 del código civil cuando habla del "sentido de la ley" y "del espíritu de la ley". Pero la mayoría opina que este elemento se encuentra en el inciso 1º del artículo 22, que expresa, "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Se afirma, de acuerdo a lo dicho, que el elemento lógico se halla en este precepto por la correspondencia y armonía que, según él, debe existir entre las distintas partes de una ley.

2.12.3. **El elemento histórico.** Se encuentra en el artículo 19 inciso 2º del código civil cuando se refiere a "la historia fidedigna del establecimiento de la ley". Entendido así el elemento histórico, y no como lo concibió Savigny, se debe indagar acerca de dónde se encuentra tal "historia fidedigna". Al respecto, ya señalamos, que ella se halla en los mensajes con que se envían los proyectos de ley, en las actas y documentos en que se consigna su discusión en las cámaras, etc.

2.16.4. **El Elemento Sistemático.** Se encuentra, según la mayoría, en el artículo 22, inciso 2º del código civil. Recordemos que este precepto expresa, "Los pasajes oscuros de una ley

pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Según algunos se encontraría también en el 24, pues nos dicen que el espíritu general de la legislación lo reflejaría. Pensamos que no es así, pues este último, estimamos, es mejor que sea considerado como un elemento distinto.

2.16.5. **Relación entre los distintos elementos de interpretación del Derecho.** La interpretación, y específicamente la interpretación jurídica, constituye un solo acto del espíritu, conforma una sola unidad. Por ello, se dice que, si bien dentro de la interpretación pueden distinguirse diversas partes, aspectos o elementos, como es el caso de los elementos a que nos hemos referido, éstos conforman únicamente distinciones conceptuales que no pueden separarse en la práctica. Por ello, cuando se emplea a los distintos elementos de interpretación, hay que considerarlos a todos, siendo, en definitiva, el proceso interpretativo mismo quien nos señale cuál sirve mejor para el caso. Así, habrá que emplear primero el elemento gramatical, para luego seguir con los demás.

2.16.6. **Otros elementos de interpretación.** Otros elementos de interpretación que se encontrarían en los artículos 19 al 24 son, el espíritu general de la legislación y la equidad natural. Ambos en el artículo 24, cuyo tenor, que ya conocemos, es el siguiente: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Asimismo, como elemento interpretativo tenemos a la regla de lo favorable u odioso en el artículo 23, el que señala: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes". Haremos también mención a los principios de la especialidad y temporalidad como elementos interpretativos, los que se encuentran, según lo hemos consignado anteriormente, en los artículos 4, 13, 52 y 53 del código civil. Por último, mencionaremos a la analogía interpretativa como otro elemento de interpretación del Derecho, el que también se recoge en nuestro código civil, a nuestro juicio en el inciso segundo del artículo 22, cuando expresa: "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Es decir, una ley que tiene semejanza o parecido con otra, puede utilizarse para interpretar a esta última.

3. **Problemas de integración del Derecho.** El tema de la integración del Derecho no lo expondremos en este lugar, porque nos hemos referido a él en diversas ocasiones, en especial, en el capítulo V al tratar sobre las lagunas del Derecho. Por tanto, nos remitimos a lo ya dicho sobre el particular.

4. Conflictos de normas en el espacio o problemas de territorialidad y extraterritorialidad en el Derecho.

4.1. **Generalidades.** Cuando una relación jurídica o un hecho que produce efectos jurídicos nace en un Estado determinado y agota todos sus efectos y consecuencias en él, no se produce, en ese caso, problema alguno acerca de cuál legislación aplicar, ya que se aplica simplemente la ley del país en que esa relación surgió y agotó sus efectos. Por ejemplo, dos chilenos celebran un contrato de compraventa en nuestro país, donde la cosa vendida se entrega inmediatamente pagándose, asimismo, de inmediato el precio. Este contrato, en consecuencia, produce todos sus efectos en Chile. No hay duda de que en este caso sólo se aplica la legislación chilena, no existiendo posibilidad que a esa relación se le aplique una legislación distinta a la nuestra.

La situación cambia cuando se trata de relaciones jurídicas a las cuales es posible aplicarles más de una legislación, o si se quiere, aplicarles normas de diversos ordenamientos. En este caso, existe la posibilidad de que se produzca lo que denomina conflicto de normas en el espacio. Entonces habrá que decidir, en alguna forma, qué legislación se aplica a esa relación jurídica. Un ejemplo que se puede dar en este sentido, es el de un contrato de compraventa celebrado en Francia sobre bienes situados en Chile, que va a producir sus efectos en Estados Unidos. La duda que aquí se plantea es, ¿cuál de estas tres legislaciones se aplica a esa relación jurídica?

4.2. Estos problemas, de territorialidad y extraterritorialidad de la ley, hoy día son más frecuentes que antes. En el pasado también existieron, pero no tenían la magnitud que hoy presentan. Ello es así porque, en la actualidad el tráfico de mercaderías y de bienes entre un país y otro es infinitamente mayor de lo que era en el pasado. Asimismo, los movimientos de personas entre países no pueden compararse con lo que fueron algunos siglos atrás, ya que hoy millones de seres humanos se desplazan de uno a otro.

4.2. Sistemas de Derecho Internacional Privado.- Para solucionar estos conflictos se han formulado diversas doctrinas o teorías que, de alguna manera, han sido recogidas por las legislaciones positivas de los distintos Estados. Estas doctrinas son muchas, pero básicamente las podemos agrupar en dos grandes tendencias o, como se dice también, en dos grandes sistemas, o principios, denominados específicamente sistemas de Derecho internacional privado. Se llaman así, porque la rama del Derecho que se ocupa de solucionar los problemas a que estamos haciendo referencia, se denomina Derecho internacional privado. Estos dos grandes sistemas son:

1º Sistema de la territorialidad del Derecho.

2º Sistema de la extraterritorialidad del Derecho, llamado también, sistema de personalidad del Derecho.

4.2.1. Sistema de la Territorialidad del Derecho. Este sistema, o principio, afirma que el Derecho de un país rige dentro de su territorio a todas las personas, cosas o situaciones que en él se encuentren o sucedan. Postula que su Derecho rige dentro de su territorio, no rigiendo ni aspirando a regir más allá de sus fronteras. Es decir, no pretende que sus leyes, y en general sus normas jurídicas, extiendan su imperio más allá de las fronteras del país. As su vez, señala que en su territorio no debe aplicarse Derecho extranjero. Esto es así por un principio de reciprocidad, ya que si cada Estado no pretende a que sus normas rijan fuera de su territorio, recíprocamente, no admite que Derecho extranjero se aplique dentro de él.

En la actualidad este principio de la territorialidad del Derecho, en la forma pura y extrema que acabamos de describir, no lo contempla, prácticamente, la legislación de ningún Estado, ni doctrina alguna lo postula. Ello porque es impracticable en los hechos, debido a que los países no pueden aislarse, las comunicaciones al instante, el comercio mundial, el traslado masivo de personas de un lugar a otro, en suma la globalización, lo hacen imposible. De tal modo que los Estados que lo emplean, lo utilizan de manera atenuada, o si se quiere, contemplando excepciones, muchas de ellas importantes.

En nuestra opinión, el ordenamiento jurídico chileno establece como principio general el sistema de la territorialidad del Derecho, pero no en su forma pura y extrema, sino que de manera atenuada, con excepciones importantes. Decimos esto basándonos en diversas normas vigentes en él, entre otras, los artículos 14 a 18 del código civil, pero también en preceptos de diversos otros códigos, incluido el código de Derecho internacional privado,

llamado también código de Bustamante. Así, encontramos que el artículo 14 del código civil sienta como regla general el principio de la territorialidad del Derecho, pero a continuación los artículos 15 al 18 establecen importantes excepciones al mismo, las que se completan con las existentes en otros cuerpos legales.

4.2.2. **Sistema de la extraterritorialidad del Derecho**, llamado también sistema de la personalidad del Derecho. Este sistema es el contrario del anterior, postula la tesis que sostiene que las personas no se rigen por la ley del territorio en que se encuentren, sino que por la ley de su origen, cualquiera sea el lugar en donde se hallen. Nótese bien, decimos la ley de su origen y no, por ejemplo, por la ley de su nacionalidad, porque no siempre se ha entendido por origen de una persona a su nacionalidad. Es así, como en algunas oportunidades, se ha dicho que el origen de una persona no es su nacionalidad, sino que se encuentra dado por su domicilio bien, por la etnia o tribu a la cual pertenece, o, incluso por su religión, cuando la religión es el factor cultural determinante en una cierta época. Pero, al igual que en el caso anterior, el principio de la extraterritorialidad, hoy no se aplica de manera absoluta, por los muchos problemas que conllevaría. Se dice que este principio, en forma absoluta, se habría aplicado únicamente en la época de las grandes invasiones bárbaras al Occidente de Europa, en los tiempos de la caída del Imperio Romano, pues los pueblos germanos impusieron su costumbre que establecía que cada grupo étnico se rige por las leyes de su origen. En la actualidad, en su forma pura y absoluta resultaría impracticable, por tanto, los países que lo adoptan lo hacen de manera atenuada. Sería impracticable, entre otras, por las siguientes razones:

1° Es atentatorio contra la soberanía de los Estados. Un Estado nunca puede renunciar a tener alguna clase de jurisdicción sobre todos los habitantes que viven en su territorio. Si, por el contrario, le aplicáramos a las personas exclusivamente la ley de su origen, todos los extranjeros que viven en un determinado país no quedarían, en absoluto, regulados por las normas de éste, lo cual es absurdo.

2° En muchas ocasiones, la aplicación del Derecho extranjero es contraria al orden jurídico de una país. Por ejemplo, si viene un ciudadano de un Estado musulmán, en que se admite la poligamia, a domiciliarse en Chile con sus cuatro mujeres, pretendiendo que ese matrimonio tenga validez legal en nuestro país, ello no va a ser aceptado por estimarse

contrario al ordenamiento jurídico chileno, pues en nuestro país el único matrimonio válido es el monogámico.

3º En los hechos, aplicar íntegramente el principio de la extraterritorialidad del Derecho sería imposible, esto porque en cada país los jueces tendrían que conocer el Derecho de todo el mundo, lo cual en verdad no se puede. Pues, si ya es muy difícil conocer las normas del ordenamiento jurídico propio, es simplemente imposible conocer la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo. Por ello, los Estados que aceptan el principio a que estamos haciendo referencia, lo admiten con importantes restricciones. Aquí, conviene hacer presente que los países americanos en general tienden a seguir, aunque de manera limitada, el principio de la territorialidad del Derecho. En cambio, los países europeos en general, aunque también de manera limitada, tienden a seguir el principio de extraterritorialidad del Derecho. A modo de ejemplo, podemos hacer presente que la mayoría de los países americanos conceden nacionalidad por nacer en el territorio del respectivo país. En el caso de Chile, éste otorga nacionalidad, en primer lugar, por haber nacido en territorio chileno (*jus solis*). En cambio, los países europeos suelen no otorgar nacionalidad por el hecho de nacer en su territorio, sino que establecen el principio que dispone que los hijos siguen la nacionalidad de los padres (*jus sanguinis*). Así hay países como España, Francia y otros, que otorgan nacionalidad (al menos en primer lugar) española o francesa no por nacer en territorio español o francés, sino que por ser hijos de padres españoles o franceses.

4.3. **Algunas doctrinas de Derecho Internacional Privado o de solución de conflictos de normas en el espacio.** Nosotros, hasta el momento, hemos expuesto los dos grandes sistemas o principio generales de Derecho internacional privado. Ninguno de los cuales, como lo señalamos, se aplica en su forma pura o absoluta. Ahora, vamos a exponer algunas doctrinas que hacen sino que detallar y matizar estos dos grandes sistemas o principios. Como siempre ocurre, las doctrinas de Derecho internacional privado que se han propuesto acerca de cómo solucionar conflictos de normas en el espacio son muchas. Una vez más, haremos alusión sólo a algunas. Son las siguientes.

- a.- La doctrina o sistema de los estatutos.
- b.- La doctrina o sistema de la nacionalidad del Derecho.
- c.- La doctrina o sistema de la comunidad del Derecho.

4.3.1. **La doctrina o sistema de los estatutos.** La teoría de los estatutos es una que surgió en el norte de Italia aproximadamente en el siglo XIV. Tuvo una larga duración e influencia en toda Europa, encontrándose representantes de ella, en los diversos países, más o menos hasta el siglo XVIII. Por tanto, esta doctrina no tiene una formulación única, sino que varía, dependiendo de las distintas épocas y lugares. Lo primero que debemos señalar es que la doctrina de que ahora nos ocupamos se llama así, de los estatutos, porque sus fundadores denominaban estatutos a las norma jurídicas.

Básicamente, esta escuela sostiene el principio de la territorialidad del Derecho, pero admite en ciertos casos, ya sea por cortesía, por reciprocidad, o, por razón de ciertas situaciones especiales, la aplicación de Derecho extranjero.

La escuela afirma que, para determinar qué Derecho se aplica en caso de que haya conflicto de normas en el espacio, es decir, en el caso que más de una legislación pretenda aplicarse a una misma relación jurídica, había que distinguir entre distintos tipos de estatutos. Enseñaba, que había tres clases de ellos, a saber:

1º- Estatutos reales, son las normas aplicables a las cosas.

2º- Estatutos personales, son las normas aplicables a las personas, y

3º- Estatutos mixtos, en determinadas relaciones jurídicas no es posible distinguir con exactitud la situación jurídica de las cosas y de las personas, por ello, se hace necesario esta clase de estatutos. Un ejemplo nos dicen, lo encontramos en la sucesión por causa de muerte, en que no se puede hacer tal distinción.

Teniendo esto presente, los partidarios de la escuela de los estatutos sostenían que:

1º En lo referente estatutos reales, es decir, los aplicables a las cosas, nos dice que éstas se rigen por las normas jurídicas del lugar en que se encuentran. En otras palabras, las cosas se rigen por la ley del territorio en que están situadas.

2º En lo que respecta a los estatutos personales, es decir los aplicables a las personas, nos dice que éstas se rigen por la ley de su origen, entendiendo por tal a la ley de su domicilio, no a la de su nacionalidad. Por tanto, a las personas se les aplica la ley del domicilio.

3° En lo que respecta a los estatutos mixtos, en algunos casos, se aplica la ley de las personas y, en otros, la ley del lugar en que las cosas se encuentran.

Además de estos principios, la escuela que ahora consideramos, señalaba algunas reglas específicas para ciertas situaciones jurídicas concretas. Así, por ejemplo, decía que las formas de los contratos debían regularse por la ley del lugar en que se celebran y que los efectos de ellos debían regirse por la ley del lugar a que las partes acordaran someterse.

Dos críticas básicas se formulan a la teoría de los estatutos:

- a.- Que la distinción entre estatutos reales y personales y, sobre todo mixtos, es imprecisa.
- b.- Como deja, en alta medida, el aceptar o no la aplicación del Derecho extranjero a la cortesía de los Estados y a la reciprocidad, ello crea una gran inseguridad jurídica.

4.3.2. **Doctrina de la nacionalidad del Derecho.** Tuvo gran auge en Europa en el siglo XIX. Su principal exponente fue el jurista italiano Pascuale Mancini. En síntesis, sostiene que a cada persona debe aplicársele, no la ley del lugar en que se encuentra, sino que la ley de su nacionalidad. De este modo, por ejemplo, si un francés reside en Chile no debe aplicársele la ley chilena, sino la francesa, y, así sucesivamente a todas las personas de las distintas nacionalidades. Sin ninguna duda, una tesis como ésta, representaba al nacionalismo europeo y también el expansionismo europeo del siglo que acaba de mencionarse.

Las críticas que se le formulan a esta escuela son. aproximadamente, las mismas que se hacen al sistema de la extraterritorialidad del Derecho. Veamos específicamente cuáles son ellas. En primer lugar, se señala que es atentatoria contra la soberanía de los Estados, porque pretende aplicar indiscriminadamente Derecho extranjero en el territorio de otro Estado soberano. En la actualidad se afirma que, si bien un país puede admitir la aplicación de derecho extranjero, ese mismo país tiene que determinar en qué casos lo acepta y en cuáles no.

En segundo lugar, hay una razón de orden público para no admitir, en algunos casos, la aplicación de Derecho extranjero. Muchas instituciones de Derecho extranjero pueden hallarse en contradicción con los principios básicos que inspiran, el ordenamiento jurídico nacional, es decir, pueden ser contrarias al orden público.

En tercer lugar, como ya lo hicimos presente, este principio es impracticable, al menos en su forma pura y absoluta. Ello porque es imposible que un juez pueda dominar el Derecho de todo el mundo, o al menos de la mayor parte de éste, lo que se requeriría, si a cada extranjero que vive en un determinado Estado tuviera siempre que aplicársela la ley de su nacionalidad.

El propio Mancini se percató que su doctrina de la nacionalidad del Derecho no podía aplicarse íntegramente y de manera absoluta. Por este motivo, estableció las siguientes excepciones a ella:

- a. - No puede admitirse el Derecho extranjero cuando éste se halla en contradicción con el orden público, o los principios básicos, del ordenamiento del país en que pretende ser aplicado.
- b. - La forma de los actos jurídicos debe regirse por la ley del país en que se celebran.
- c. - Los efectos de los contratos, es decir, los derechos y obligaciones que de ellos nacen, se rigen por la ley del país a que las partes acuerden someterse, ya sea de manera expresa o tácita.

4.1.1.1. **Doctrina o sistema de la comunidad del Derecho.** Quien la propuso fue Savigny, en el tomo VIII de su obra "Sistema de Derecho Romano Actual". Se dice que esta teoría constituye un vuelco fundamental en la forma de analizar y de resolver los problemas de conflictos de normas en el espacio. Ello porque Savigny sostiene que para solucionar los problemas relativos a estos conflictos, se debe partir de la relación jurídica y no de la norma.. En otros términos, se debe comenzar con el análisis de la relación jurídica, para luego determinar qué normas o legislación se le aplica. Existiendo dudas sobre si a una relación jurídica se le han de aplicar las normas de una legislación o la de otra, nos dice que se le deberán aplicar las que sean más conformes con su naturaleza. Es decir, se ha de aplicar la norma que sea más conforme con la naturaleza de la relación jurídica, no importando si se trata de Derecho nacional o extranjero.

Este planteamiento de Savigny lleva a aceptar, en amplia medida, la aplicación de Derecho extranjero. Afirma que es posible aplicar Derecho extranjero sin mayores inconvenientes, porque, según sostiene, existe una comunidad internacional, que algunos, interpretando al jurista a que estamos haciendo referencia, la han entendido como la comunidad internacional

de los países civilizados. Esta comunidad internacional, que es por así decirlo de carácter político y sociológico, implica o conlleva la existencia de una comunidad jurídica internacional. Significa, por consiguiente, que las instituciones del Derecho de los países que la conforman son básicamente las mismas. Por lo tanto, en razón de esta igualdad básica entre tales instituciones de los distintos Estados, no existe inconveniente de fondo para aplicar Derecho extranjero.

Pero, en principio, por una razón de orden público, no puede aplicarse Derecho extranjero perteneciente a aquellos países que se colocan al margen de la comunidad jurídica internacional, que tienen instituciones que son muy distintas a la de los países civilizados, que son atentatorias de su orden público interno. Por ejemplo, si un país acepta la esclavitud, ello lo hace colocarse al margen de tal comunidad. Por tanto, esa institución y otras similares no pueden aplicarse en los países civilizados.

Savigny, con todo, nos da algunas reglas especiales, además del principio general ya señalado, acerca de la aplicación del Derecho cuando existen conflictos de normas en el espacio. Estas reglas especiales son:

- 1º Las personas se rigen por la ley de su domicilio, no por la ley de su nacionalidad.
- 2º Las cosas, sean muebles o inmuebles, se rigen por la ley del lugar donde se encuentran.
- 3º La forma de los actos y contratos se regula por la ley del lugar en que se celebran.
- 4º Los efectos de los actos jurídicos y los contratos, es decir, las obligaciones y derechos que surgen de tales actos y contratos, se rigen por la ley del país en que las obligaciones han de cumplirse.
- 5º Las sucesiones por causa de muerte se rigen por la ley del último domicilio que el causante tuvo en vida.

4.2. **Los conflictos de normas en el espacio en el Derecho chileno.** Ya hemos adelantado que el tema relativo a los conflictos de leyes en el espacio o problemas de territorialidad y extraterritorialidad del Derecho, se encuentra básicamente reglamentado en los artículos 14 al 18 del código civil y también en el llamado código de Derecho internacional privado o código de Bustamante, el que no es otra cosa que una convención internacional suscrita y aceptada por varios países, entre otros el nuestro. El código recién nombrado, regula con mayor detalle las materias que son reglamentadas de una manera general en los

artículos 14 al 18 del código civil, y, también en otras normas que se encuentran en diversos códigos y leyes. Por último, simplemente, vamos a reiterar que nuestro ordenamiento jurídico recoge en su normativa el principio de la territorialidad del Derecho, pero de manera atenuada y con importantes excepciones.

5. ***Conflictos de normas en el tiempo o problemas de retroactividad e irretroactividad del Derecho.***

5.1. **Generalidades.**- El tema relativo al conflicto de normas en el tiempo recibe, también, la denominación de problema de retroactividad o irretroactividad del Derecho, o de las leyes, o, problema de los efectos de las leyes en el tiempo. Presenta ciertas similitudes, aunque de ninguna manera es idéntico, con el problema de los conflictos de normas en el espacio.

Intentando explicar en qué consiste el problema que nos ocupa, vamos a comenzar diciendo que cuando una determinada relación jurídica surge a la vida del Derecho bajo el imperio de una ley y agota todos sus efectos bajo ella, en principio, no se producen conflictos de normas en el tiempo, pues su nacimiento y efectos se rigen por la misma ley. Por ejemplo, se celebra un contrato de compraventa bajo la vigencia de una ley, el que produce y agota todos sus efectos bajo la vigencia de ella; esto porque bajo su vigencia, junto con celebrarse válidamente el contrato, el vendedor entrega la cosa, el comprador paga el precio y se cumplen, además, todas las obligaciones inherentes al mismo.

Distinta es la situación de una relación jurídica que nace a la vida del Derecho bajo el imperio de una ley, pero produce todos o, al menos, algunos de sus efectos bajo el imperio de otra. Si este es el caso, se va a suscitar la cuestión acerca de qué ley aplicar a los efectos pendientes de la relación jurídica. Por ejemplo, se celebró el 30 de agosto de 1997 un contrato de compraventa, mediante el cual se vendía un fundo, pero en él se acordó que el fundo se entregue el 30 de agosto de 1998 y que ese mismo día, es decir, el 30 de agosto de 1998, el comprador pague su precio. Pero, ocurre que el 1º de enero de 1998 entró en vigencia una nueva ley que regula, de manera distinta a como lo hacía la antigua, el contrato de compraventa. En este caso, debemos preguntarnos ¿por qué ley se rige el contrato de compraventa a que estamos aludiendo, si por la vigente al tiempo de su celebración (30 de agosto 1997) o bien por la que se encuentra en vigencia al momento de producir sus efectos

(30 de agosto de 1998)? Como podemos observar, en casos como éste es donde se presentan los conflictos de normas en el tiempo.

5.2. **Principios básicos para solucionar los conflictos de normas en el tiempo.** En orden a solucionar los conflictos a que estamos haciendo referencia, al menos teóricamente, existen dos principios fundamentales:

- a. - El principio de retroactividad de las leyes, o, de las normas jurídicas.
- b. - El principio de irretroactividad de las leyes, o, de las normas jurídicas.

4.1.1. **El principio de retroactividad de las leyes.** De acuerdo a él, una ley o norma jurídica no rige solamente los hechos o situaciones que se produzcan en el futuro, es decir, desde su entrada en vigencia hacia adelante, sino que también rige, y por tanto se aplica, a los hechos o situaciones ocurridas en el pasado, antes de su entrada en vigencia.

Desde ya debemos advertir que, el principio que ahora consideramos, nunca se ha utilizado de manera generalizada, sino que sólo excepcionalmente, pues aplicar leyes (o normas jurídicas) con efecto retroactivo produce, en primer término, gravísimos problemas de seguridad jurídica. Ello porque altera situaciones jurídicas ya consolidadas, tales como derechos adquiridos y otras relaciones de Derecho que se encuentran firmes. Baste pensar lo que significaría este tipo de modificaciones, para percatarse de los perjuicios que ellas pueden producir, sobre todo, si se están introduciendo masiva y permanentemente.

Además, en segundo término, estimamos que una aplicación generalizada de la retroactividad también vulneraría el valor justicia, no sólo el de seguridad. Por tanto, se ha concluido que sólo excepcionalmente puede admitirse. En Chile, en ciertas ocasiones se han dictado algunas leyes a las que se les ha dado efecto retroactivo. Sólo a modo de ejemplo, pues además de ellas existen otras, destacaremos las que vienen citadas en el ya mencionado libro basado en las clases de los profesores Alessandri y Somarriva (pág. 177), En él se hace referencia a la ley sobre empleados particulares, promulgada el año 1924, que estableció la indemnización por años de servicios, no sólo a contar desde su fecha, sino también por el tiempo servido con anterioridad; la ley 6.020, de 5 de febrero de 1937, que comenzó a regir el 1º de enero de ese año.

4.1.2. **El principio de la irretroactividad de las leyes.** Obviamente, es el contrario al anterior, nos dice que una ley o norma jurídica sólo puede regir para lo futuro, es decir, sólo puede regular aquellos casos, hechos o situaciones que se producen desde su entrada en vigencia hacia adelante. Pero, una vez más, hay que señalar que, si bien este principio puede aplicarse de manera mucho más amplia que el de la retroactividad, tampoco suele emplearse de un modo absoluto y excluyente, ya que en algunos casos es justo o conveniente que a una norma se le dé efecto retroactivo.

En conclusión, es posible señalar que las leyes y normas jurídicas deben ser irretroactivas por principio, pero hay que admitir excepciones otorgándoles en ciertos casos efecto retroactivo por razones de justicia o de utilidad práctica.

4.2. **Algunas teorías acerca del problema de la retroactividad de las leyes** (o normas jurídicas). No siempre es fácil decir cuando una ley o norma jurídica tiene efecto retroactivo. Para precisar esta circunstancia, para determinar exactamente cuando tiene tal efecto, se han elaborado diversas teorías.

Nosotros consideraremos las tres siguientes

- a. - Teoría de los derechos adquiridos.
- b. - Teoría de los efectos pasados y futuros.
- c. - Teoría de los hechos cumplidos.

4.1.1. **Teoría de los derechos adquiridos.** Esta teoría, se basa en la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas. Para nosotros reviste especial interés, porque en ella se inspira nuestra ley sobre el efecto retroactivo de las leyes (de 7 de octubre de 1861) y además, porque tradicionalmente ha sido la más aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos hasta hace no demasiado tiempo. En la actualidad, las tendencias doctrinarias en Derecho han variado, debido a lo cual la teoría de los derechos adquiridos ya no tiene la acogida de antaño. Su fundador se dice que fue el jurista francés, del siglo XIX, Blondeau, quien la expuso en una obra suya intitulada "Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes", publicada en 1809. Pero antes que Blondeau, Portalis, uno de los autores del código civil francés, fue el primero que planteó la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas. Con posterioridad a él distintos juristas la asumieron, aunque algunos de ellos la formularon de manera diversa. Nosotros, en esta oportunidad, expondremos dos versiones de

esta teoría, una la clásica, y más conocida, tal cual la formuló Blondeau; la otra, la reformulación que de ella hicieron dos grandes civilistas franceses de fines del siglo XIX Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade.

a) *La exposición clásica de Blondeau sobre la teoría de los derechos adquiridos.*

Distingue, como se dijo, entre derechos adquiridos y meras expectativas. Entendiendo por derechos adquiridos, o simplemente derechos, a aquellos que ya se han incorporado al patrimonio de una persona. Las meras expectativas, o esperanzas, en cambio son simples posibilidades de adquirir un derecho, las que, dependiendo de las circunstancias, pueden frustrarse. Pongamos un ejemplo que nos aclare esta distinción. Las antiguas leyes españolas, vigentes en Chile hasta que comenzó a regir el código civil el año 1857, establecían el derecho de sucesión ab intestato entre colaterales hasta el décimo grado inclusive. Ahora bien, cuando en la fecha recién señalada, entró en vigencia el código que acaba de indicarse, éste limitó el derecho de sucesión intestada de los colaterales hasta el sexto grado inclusive. Supongamos ahora que Pedro esperaba heredar a Sergio, su pariente en octavo grado, quien no tenía ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge sobreviviente, ni otros colaterales preferentemente llamados a sucederle. Pero ocurre que, antes de fallecer Sergio entra en vigencia el código civil que limita el derecho de suceder de los colaterales al sexto grado. En este caso la esperanza de suceder de Pedro queda frustrada, como era una mera expectativa no hereda a su pariente Sergio. Por el contrario, si Sergio hubiera fallecido antes de entrar en vigencia el código civil, supongamos en 1855, Pedro hubiese tenido entonces un derecho adquirido. En este supuesto, la nueva ley (el código civil) no hubiera podido privarlo de la sucesión de aquél, salvo de incurrir en retroactividad. En suma, nos dice esta versión de la teoría que ahora comentamos, si una nueva ley afecta derechos adquiridos, entonces ella es retroactiva o, si se quiere, se aplica con efecto retroactivo. En cambio, si sólo afecta a meras expectativas, no es retroactiva.

b) *La versión de Beaudry-Lacantinerie y de Houques-Fourcade,* caracteriza de otro modo el concepto de derecho adquirido, no ya como un derecho que se ha incorporado al patrimonio de una persona, sino que distinguiendo entre facultad legal y el ejercicio de esa facultad Segal. Lo importante para estos autores es, por consiguiente, distinguir entre facultades legales ejercitadas y facultades legales no ejercitadas. Expliquemos con mayor

detalle este planteamiento, apoyándonos en lo que al respecto dice Abelardo Torr  en su libro "Introducción al Derecho" (páginas 462-63). Bajo el nombre de derechos las personas poseen una serie de facultades que son libres de usar o no. Mientras no las usan tienen sólo la aptitud para ejercerlas según ciertos modos determinados. El derecho se adquiere sólo cuando la facultad se ejerce usando el modo que la ley señala para este efecto. En otros términos, para que exista el derecho adquirido, nos dicen estos autores, no basta tener un derecho, es necesario que haya sido ejercido. Por ejemplo, si hoy para poder otorgar testamento se requiere una edad mínima de dieciocho años, todas las personas que tengan esa edad tienen derecho a testar. Una vez que lo hayan hecho, su testamento queda a resguardo de un cambio de legislación que exigiera más edad para otorgarlo. Pero mientras el testamento no hubiere sido otorgado, mientras no se hubiere ejercido ese derecho, no habrá derecho adquirido. Así, si una nueva ley exigiera una edad superior para otorgar testamento, supongamos veintiún años, esa ley será aplicable a todos, de tal manera que si alguien antes de su entrada en vigencia tenía dieciocho, diecinueve o veinte años y no test , no podrá hacerlo antes de cumplir los veintiuno. Cumpliendo esta edad, de acuerdo a la nueva ley, podrá legalmente otorgar testamento. Distinto es el caso, sí alcanzó a otorgar testamento durante la vigencia de la ley antigua, si tenía por ejemplo dieciocho años, en este supuesto el testamento otorgado bajo ella es válido, pues la respectiva facultad legal fue ejercida.

4.1.2. **Teoría de los efectos pasados y futuros.** Esta teoría fue formulada por el jurista francés Marcel Planiol, atribuy ndosela también al jurista de esa misma nacionalidad Paul Roubier. Planiol critica la teoría de los derechos adquiridos, sosteniendo que nadie ha podido dar una noción exacta de lo que ellos son. Su tesis se fundamenta en la distinción entre los efectos ya producidos y los efectos futuros de los hechos y actos jurídicos. Nos dice, que una ley es retroactiva cuando se aplica a los efectos ya producidos de un hecho o acto jurídico. En cambio, no lo es cuando se aplica a los efectos futuros de un hecho o acto jurídico. Así entonces, para Planiol no es retroactiva una nueva ley que se aplica a los efectos de un acto que se producen con posterioridad a su entrada en vigencia, aun cuando ese acto haya nacido a la vida del Derecho bajo la vigencia de una ley anterior.

4.1.3. **Teoría de los hechos cumplidos.** Esta teoría, propuesta por el jurista italiano Ferrara, restringe el efecto retroactivo de la nueva ley más que la anterior, pues sostiene que todo hecho o acto jurídico se somete a la ley vigente al tiempo de su celebración no sólo con respecto a su forma, sino que también respecto a su contenido y a sus efectos, cualquiera sea el momento en que estos se produzcan.

4.2. **Los problema de conflictos de normas en el tiempo en el Derecho chileno.** El principio básico admitido en nuestro Derecho, aunque con excepciones y matices, es el de la irretroactividad. Se encuentra establecido en el inciso 1º artículo 9º del código civil, cuyo texto conviene recordar, "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo". Esta norma, aparentemente es muy categórica, en una primera aproximación parece dar la idea de que en Chile no pueden existir leyes que tengan efecto retroactivo. Pero en verdad ello no es así, pues tales leyes es posible que existan, debido a que el legislador puede dictarlas. Esta norma del artículo 9º, que ahora comentamos, obliga al juez, no obliga al legislador. Ello es así porque, el precepto en cuestión se encuentra en el código civil que tiene rango de ley, y, no de norma constitucional. Al respecto hay que señalar que el legislador se encuentra sujeto a la Constitución, no a la ley. En consecuencia, el legislador puede dictar leyes con efecto retroactivo, salvo en aquellas materias que la Constitución se lo prohíbe, como es lo que ocurre en materia penal y en materia de derecho de propiedad.

Pero como decíamos, el artículo 9º sólo establece el principio o regla general respecto de los conflictos de normas en el tiempo. La regulación más en detalle de esta materia se encuentra, en primer término, en la ley, de 1861, denominada "ley sobre el efecto retroactivo de las leyes", la que como dijimos se inspirafundamentalmente en la teoría de los derechos adquiridos. Pero, en seguida, debemos advertir que esta ley tiene menos aplicación práctica de lo que pudiera pensarse, porque normalmente, cuando se dicta una nueva ley, con respecto de la cual el legislador presume que pudiere presentarse algún problema de conflicto de normas en el tiempo, lo que hace es incluir en esa nueva ley ciertas normas como disposiciones transitorias, en las que se da solución a los eventuales conflictos de este tipo.

4.3. **La retroactividad de las leyes y algunas ramas en particular del Derecho chileno.-**

5.5.1. **En el Derecho Civil.** Su principio fundamental se encuentra consignado en el ya referido inciso 1 ° del artículo 9 del código civil. Pero, por hallarse en este precepto, perteneciente al título preliminar del código recién mencionado, tiene una aplicación amplia que lo trasciende, utilizándose también en otras ramas del Derecho, salvo que en ellas existan normas especiales, en cuyo caso esas normas especiales prevalecen.

Un caso especial en el Derecho civil, aunque lo es también del Derecho constitucional, es el relativo al derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 número 24 de la Constitución. Al garantizarlo, en principio, en nuestro país no pueden dictarse leyes con efecto retroactivo que lo vulneren, salvo los casos de excepción como la expropiación por motivo de utilidad pública.

5.5.2. **En el Derecho Penal.** Ya nos hemos referido varias veces a este tema. En Derecho Penal, en principio, se nos dice que las leyes penales no tienen efecto retroactivo, salvo en aquellos casos en que la nueva ley es másfavorable al inculpado (artículo 19 número 3 de la Constitución y artículo 18 del Código Penal).

5.5.3. **En materias de Derecho Público.** Se acepta el principio que afirma que, en su ámbito, no hay derechos adquiridos. Se dice que en el Derecho Público las leyes rigen "in actum", en el acto. Por tanto, desde que se dictan son obligatorias para todos, regulando todas las relaciones jurídicas pertenecientes a su campo. Desde luego rigen todos los aspectos de las relaciones jurídicas nacidas desde su entrada en vigencia hacia adelante, pero también los efectos pendientes de las relaciones jurídicas nacidas en el pasado, antes de su entrada en vigencia. Esto es válido para todas las ramas del Derecho público, como el derecho constitucional, el Derecho administrativo etc., salvo que la propia ley disponga otra cosa.

CAPÍTULO X

LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

1. *Aproximación al tema.*

En los capítulos anteriores hemos intentado dar una visión, términos generales, de lo que es el Derecho con la finalidad de poder proporcionar una introducción adecuada al mismo. De este modo, hemos hecho referencia, entre otros aspectos relevantes, a los diversos significados del término Derecho, a las diversas concepciones que acerca de él se han propuesto, a la noción de norma, en especial a la de norma jurídica, a las fuentes del Derecho, a la noción de ordenamiento jurídico, a los conceptos jurídicos fundamentales, a los valores del Derecho, a las divisiones que suelen formularse sobre él, a su aplicación e interpretación. Nos queda para terminar esta visión general e introductoria efectuar, en un último capítulo, algunos alcances o consideraciones sobre los distintos estudios que pueden realizarse sobre el Derecho, o si se quiere, sobre los diversos saberes jurídicos, o empleando el término de manera amplia, sobre la ciencia del Derecho. Esta diversidad de estudios que es posible hacer sobre el fenómeno jurídico, no es sino reflejo de los múltiples aspectos que el mismo tiene y de las muchas funciones que cumple en la sociedad.

El conocimiento del Derecho, el estudio del Derecho, puede ser abordado, desde distintos puntos de vista. Algunos de los cuales vamos a destacar ahora. Dependiendo en cuál de ellos nos situemos, surgirán los diversos saberes que acerca de él se cultivan. Así, si estudiamos el Derecho desde una perspectiva sociológica, nos encontraremos ante la sociología jurídica. Si lo hacemos desde una filosófica, estamos ante la filosofía del Derecho. Si lo consideramos históricamente, tenemos ante nosotros a la historia del Derecho. De este modo, podemos observar que hay una multiplicidad de estudios que es posible realizar sobre el ámbito de lo jurídico. Pero hay una perspectiva que nos interesa de manera especial, es aquella que estudia al Derecho como fenómeno exclusivamente jurídico y normativo. En este caso nos encontramos ante la ciencia del derecho en sentido estricto.

Apoyándonos en las anteriores consideraciones, efectuaremos algunos alcances a las siguientes disciplinas jurídicas: a) La ciencia del Derecho en sentido restringido, b) La historia del Derecho, c) La lógica jurídica, d) La teoría de la argumentación jurídica, e) La informática jurídica, f) La sociología del Derecho, g) La filosofía del Derecho. Además de estos existen otros saberes jurídicos, que son muchos y muy variados, pero a los que en esta oportunidad no haremos referencia alguna.

2. ***La ciencia del Derecho en sentido restringido.***

A nuestro juicio, la ciencia del derecho en sentido restringido tiene un sector o núcleo más importante que es la llamada dogmática jurídica, pero junto a la misma se encuentran, siempre en nuestra opinión, la teoría general del Derecho y el Derecho comparado.

La ciencia del Derecho en sentido restringido se ocupa primordialmente de la dimensión normativa de éste y de los problemas relacionados con su estructura. Se ocupa del Derecho vigente, de su estudio, interpretación y aplicación, así como de los principios y valores que lo inspiran y orientan.

La ciencia del Derecho a que hacemos referencia es una disciplina normativa, en el sentido que su objeto de estudio es el Derecho positivo vigente, en cuanto lo describe y analiza indicando también cómo funciona. Tarea que lleva a cabo con la finalidad de esclarecer la actividad que significa la aplicación de las normas jurídicas a la realidad social. Ello para la resolución de casos concretos, de conflictos que surgen en la vida real. Por esto, la ciencia del Derecho no es una actividad meramente teórica, sino una teórico-práctica. Este aspecto práctico del trabajo de los juristas, hace que la ciencia jurídica se vincule íntimamente a la realidad social en que el Derecho va a aplicarse, la que siempre debe tenerse en consideración por ellos.

Esta dimensión teórico-práctica de la ciencia del Derecho, conlleva una serie de otras consecuencias importantes. Entre las que podemos destacar la función de los jueces en cuanto interpretan y aplican el Derecho, el tópico de la eficacia de las normas, es decir, su efectiva aplicación a los hechos de la vida social, el sistema de valores que las inspiran y la influencia que en verdad estos poseen.

3. ***El problema de la cientificidad de la Ciencia del Derecho.***

Desde siempre se han planteado dudas acerca de si la ciencia del Derecho es o no en verdad una ciencia. Si merece o no esta calificación, sobre todo cuando se la compara con las ciencias físico-naturales y el enorme progreso que ellas presentan. Es esta una polémica que en cierto modo permanece abierta, pues las respuestas y soluciones que suelen proponerse a su respecto difieren unas de otras.

La más conocida de las críticas en contra del carácter científico de la ciencia del Derecho fue formulada por el fiscal prusiano Julius von Kirchmann en un breve escrito titulado "La jurisprudencia no es ciencia" que reproduce una conferencia dictada por él en 1847. Obviamente, el término jurisprudencia se encuentra utilizado en este caso en su sentido originario, en cuanto hace referencia a la ciencia del Derecho.

El argumento fundamental de Kirchmann en contra de la científicidad de la ciencia jurídica, radica en la inestabilidad de su objeto de estudio. En efecto, lo que estudia la ciencia del Derecho es el Derecho positivo vigente, que varía de un país a otro y de un tiempo a otro. Pues lo que es Derecho en un lugar no lo es en otro sitio, lo que fue Derecho ayer no lo es hoy y probablemente no lo será mañana. La opinión del autor que acabamos de mencionar, y de tantos otros que piensan como él, afirma que no puede haber ciencia que verse sobre un objeto tan mutable y contingente. Sobre el particular nos dice que: "en cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura". En síntesis, la tesis de Kirchmann le niega la condición de ciencia a la jurídica, porque esta no cumpliría con los requisitos que se encuentran en las ciencias de la naturaleza para ser tales. Esto es, con la permanencia e inmutabilidad de su objeto de estudio, que les permitiría obtener conocimientos universalmente verdaderos y necesariamente verdaderos.

A estos planteamientos de Kirchmann se le han dado diversas respuestas. En primer término, se le ha observado que el Derecho no tiene ese grado de variabilidad extrema que él sostiene. Es verdad, se le reconoce, que las normas jurídicas positivas cambian de un país a otro y cambian también en el tiempo. Pero el Derecho propiamente tal, o si se quiere las instituciones jurídicas fundamentales, muestran un grado notable de permanencia y estabilidad tanto en el espacio como en el tiempo. Así por ejemplo, los conceptos de obligación, contrato, compraventa, derecho real y tantos otros, son casi idénticos en todos los ordenamientos jurídicos del mundo y las variaciones que han tenido desde la época de los

romanos hasta nuestros días son mínimas. En otras palabras, sostienen quienes están en desacuerdo con Kirchmann, que el Derecho como tal muestra una gran estabilidad, lo que varían son las normas en que el mismo se expresa.

En segundo lugar, desde mediados del siglo XIX, en que Kirchmann formuló su tesis que ahora comentamos, el sentido y el concepto de lo que se entiende por ciencia ha variado enormemente. El autor que acabamos de mencionar maneja un concepto de ciencia básicamente positivista y empirista, tal vez adecuado (aunque esto también es cuestionable) para emplearse en el ámbito de la naturaleza física, dando lugar a las ciencias propias de este campo, es decir, las ciencias físico naturales, pero que deja fuera a amplios sectores de la realidad, que se ubican en el ámbito de lo social y humano. Por ello, y también por muchas otras razones, filósofos y pensadores posteriores a la época a que estamos aludiendo, comenzaron a rectificar el concepto positivista de ciencia, introduciendo también diversas clasificaciones entre las mismas, cada una de las cuales emplearía métodos diferentes. Por nuestra parte no vamos a entrar en este extenso e interesante tema. Nos limitaremos a dejar constancia, sólo a vía de ejemplo, que un destacado filósofo alemán, Guillermo Dilthey (fallecido en 1911), efectuó una importante distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, cada una con un objeto de estudio distinto y con métodos diferentes en la manera de estudiar a su objeto. De acuerdo a este autor, el Derecho no pertenece al campo de las ciencias naturales, pero sí a las del espíritu. Conforme a esta tesis la ciencia jurídica es en verdad una ciencia, que se ubica dentro de las ciencias del espíritu. Como también se encuentran dentro de ellas la historia, la sociología, la antropología y tantas otras. Pero junto a Dilthey hay muchos otros filósofos, científicos y pensadores que no comparten un concepto de ciencia exclusivamente positivista, entre ellos podemos mencionar a Windelband, a Rickert y más recientemente a Karl Popper. Nótese bien, lo que no comparten es un concepto exclusivamente positivista de ciencia, pero ello no quiere decir que desconozcan los aportes que el positivismo ha hecho en el campo de la ciencia.

Pero como decíamos, no todos los autores están de acuerdo en afirmar que la ciencia del Derecho es no empírica. Por el contrario, hay un grupo importante, aunque no mayoritario, que postula que la disciplina que acaba de nombrarse para ser en verdad ciencia debe ser empírica, esto es debe versar sobre objetos que sean empíricamente verificables. En otros términos, sostienen que la ciencia del Derecho ha de construirse del mismo modo que las

ciencias de la naturaleza. Quienes se sitúan en esta línea de pensamiento son los juristas y iusfilósofos que adhieren a aquella tendencia, dentro de la filosofía del Derecho, que se conoce bajo el nombre de realismo jurídico y a la cual ya hemos tenido oportunidad de referirnos. Como se recordará, dentro de ella distinguimos dos corrientes básicas. Una el realismo jurídico norteamericano, la otra, el realismo jurídico escandinavo. A su vez, de cada una nombramos algunos representantes. Así, sólo a vía de ejemplo, como perteneciente al realismo americano mencionamos a Oliver Wendell Holmes, y como perteneciente al realismo escandinavo señalamos a Alf Ross. La diferencia más importante que notamos entre los planteamientos de Kirchmann y los que encontramos en el realismo jurídico, radica en que Kirchmann sólo se limitó a señalar que la ciencia jurídica no era empírica y que, por tanto, no constituye una ciencia. No hizo intento alguno por formular una ciencia jurídica sobre bases empíricas, propias del positivismo científico del siglo XIX. Los realistas, en cambio, han llevado a cabo todo un empeño, muy conocido por lo demás, por construir una ciencia jurídica empírica.

Pero más allá de la discusión que se suscita sobre la cientificidad de la ciencia jurídica, lo que a todos resulta claro es la utilidad que presta esta disciplina para el buen funcionamiento de la sociedad. Esta ciencia, a la que hemos calificado de teórico-práctica, es imprescindible para una adecuada comprensión del Derecho y con ello para su aplicación a los diversos problemas que presenta la vida del hombre en sociedad.

4. ***Las diversas partes o sectores que pueden distinguirse en la ciencia del Derecho en sentido restringido.***

Ya hemos destacado que la ciencia del Derecho en sentido estricto, a que nos estamos refiriendo, se ocupa, en lo fundamental, del Derecho vigente en cuanto norma jurídica positiva que regula la convivencia humana en una determinada sociedad. En ella podemos distinguir las siguientes tres partes o sectores:

- a. La dogmática jurídica, a la que denominamos también ciencia del Derecho en sentido estricto.
- b. El Derecho comparado y
- c. La teoría general del Derecho.

1.1. **La dogmática jurídica.-** De las tres partes que hemos distinguido en la ciencia del Derecho en sentido restringido, sin duda la que mayor importancia reviste, y en definitiva la caracteriza es la dogmática jurídica, o ciencia del Derecho en sentido estricto.

En el Capítulo I de este libro ya dimos una definición, tomada de la obra de Abelardo Torr e intitulada "Introducción al Derecho", de lo que se entiende por dogmática jurídica. Convine que la recordemos en esta ocasión. Ella expresa que, "es la ciencia que tiene por objeto el estudio, o mejor aún, la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado, para su justa aplicación."

En cuanto a las funciones de la dogmática jurídica, que se infieren de la definición que acaba de transcribirse, son las de interpretar, integrar y sistematizar el Derecho (ordenamiento jurídico) para su justa aplicación. Todas estas funciones ya han sido analizadas extensamente por nosotros en distintos capítulos de este libro. Así que a ellas nos remitimos, recordando que en el Capítulo IX estudiamos con amplitud lo que significa interpretar el Derecho y aplicarlo. En el Capítulo V, efectuamos una amplia referencia a la integración del Derecho y a los modos que se proponen para llevarla a cabo. Asimismo, en el Capítulo VII hicimos diversas consideraciones acerca del valor justicia, ya que conforme a la definición que comentamos, la aplicación que ha de hacerse del Derecho debe ser justa.

1.2. **El Derecho comparado.-** El segundo sector que se encuentra dentro de la ciencia jurídica en sentido estricto, es el Derecho comparado. Mientras que la dogmática jurídica se sitúa en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico vigente, el Derecho comparado consiste fundamentalmente en el estudio comparativo de diversos ordenamientos jurídicos globalmente considerados o bien de instituciones concretas (compraventa, obligaciones, etc.) o de sectores del Derecho (Derecho constitucional, Derecho civil, etc.), correspondientes a diversos ordenamientos jurídicos.

El estudio del Derecho comparado cumple diversas funciones. En primer término, facilita una mejor compresión del mundo jurídico ya que permite conocer el Derecho de diversos países y la manera como que se interpreta y aplica. Es útil asimismo para preparar reformas legislativas, al aprovechar las experiencias que se han tenido en otros lugares. Los estudios de Derecho comparado sirven además de base para la armonización y unificación de las legislaciones de diversos países, aunque ésta suele tener lugar en ámbitos geográficos

limitados (por ejemplo, en la Comunidad Económica Europea) y respecto de materias concretas y determinadas. Aunque esta realidad se va ampliando cada vez más debido al fenómeno de globalización mundial que ahora vivimos. Por otra parte, en ocasiones el jurista necesita tener ciertos conocimientos acerca de los Derechos extranjeros para poder resolver problemas jurídicos en los que intervienen elementos de diversos países. Son los llamados problemas de conflictos de leyes en el espacio o de territorialidad y extraterritorialidad del Derecho, que cada vez se dan con mayor frecuencia. Por último, como se ha hecho notar, el Derechocomparado sirve también como medio para comprender a los pueblos extranjeros y como base para el establecimiento de relaciones internacionales de cooperación.

1.3. **La teoría general del Derecho.**- Vamos a señalar que la teoría general del Derecho es una parte de la ciencia del Derecho que, sobre la base del análisis de los diversos sistemas normativos, estudia los elementos que son comunes a todo el Derecho, considerando la estructura de éste, los conceptos jurídicos fundamentales, las fuentes del Derecho, su interpretación y aplicación, etc.

Sobre el fundamento que acaba de expresarse, la teoría general del Derecho elabora de un conjunto de conceptos, elementos y estructuras más o menos comunes tanto a los diferentes sectores de un determinado ordenamiento jurídico (por ejemplo, Derecho público y Derecho privado), como a los diferentes ordenamientos jurídicos correspondientes a distintos países e incluso a distintas familias jurídicas (sistema continental europeo, sistema anglosajón, etc.). Todo ello, sin duda, constituye una tarea compleja y difícil.

2. **La Historia del Derecho.**

La ciencia del Derecho en sentido restringido, a la que hasta ahora nos hemos referido, no es la única ciencia que trata sobre el fenómeno jurídico. Junto a ella, existen otras disciplinas como la sociología del Derecho, la historia del Derecho, la lógica jurídica, la informática jurídica y otras, que también se ocupan de la realidad del Derecho, haciéndolo asimismo desde una perspectiva científica. A estas otras ciencias se las suele considerar como ramas especializadas de las respectivas disciplinas que, aplicadas al ámbito jurídico, aparecen mencionadas en primer lugar tales como la sociología, la historia, etc.

Empezaremos ahora tratando de la historia del Derecho para luego pasar a considerar a otros saberes acerca de él. Así, diremos que la palabra "historia" se utiliza en dos acepciones distintas. Con ella se designa, en primer lugar, el acontecer real de los hechos humanos en el pasado. Y, en segundo lugar, la ciencia que estudia la realidad humana pasada. En esta segunda acepción se habla de historia y también de historiografía. Pero la historiografía no es una ciencia unitaria, sino dividida en muchas especialidades. De este modo, según la materia de que se ocupan, encontramos a la historia económica, la historia del arte, la historia del Derecho, etc.

La Historia del Derecho se fue constituyendo como disciplina autónoma a lo largo de varios siglos. Pero es en el siglo XIX cuando alcanza un considerable desarrollo por obra de la Escuela histórica alemana y, sobre todo, de Savigny. La Escuela histórica, al concebir el Derecho como emanación del espíritu del pueblo, veía en el estudio de la tradición jurídica nacional la principal vía de acceso a las realidades jurídicas más profundas. Ahora bien, para los autores de esta escuela el conocimiento de la historia del Derecho de cada pueblo aparecía como una condición necesaria para la elaboración de la ciencia del Derecho. Por ello, como perteneciente al Derecho.

Hoy, sin embargo, se tiende a considerar a la historia del Derecho como una rama especializada de la Historia general que se ocupa del Derecho del pasado en sus diversos aspectos. Esto es como conjunto de normas jurídicas emanadas de distintos tipos como leyes, reglamentos, sentencias de los tribunales, costumbres jurídicas, doctrina formulada por los juristas o ciencia del derecho y otros. La historia del Derecho como rama de la historia general no debe aislarse respecto de ésta. Su vinculación con la historia general le permite estudiar y comprender la realidad jurídica en el contexto más amplio de su conexión con los restantes factores (económicos, sociales, etc.) que componen la totalidad de la realidad histórica. Su método de investigación es el propio de las ciencias históricas.

3. ***La lógica jurídica.-***

Vamos a tratar de manera muy sucinta de la lógica jurídica, la que muestra en los últimos años un enorme desarrollo. Postularemos de manera provisoria, pues no existe a este respecto una opinión unánime, que la lógica jurídica se compone fundamentalmente de la lógica deóntica. Esta, denominada también lógica de las normas, es una reciente rama de la lógica formal cuyo objeto de estudio es el análisis lógico de las normas de todo tipo, no sólo

de las jurídicas, y de las relaciones entre ellas. Aplicada a las normas jurídicas, se la suele denominar lógica del Derecho.

4. ***La teoría de la argumentación jurídica***

Distinguiremos la lógica jurídica de la argumentación jurídica, que en los últimos tiempos ha adquirido una enorme relevancia. Ella tiene por objeto el análisis de los razonamientos o argumentaciones que los juristas tanto teóricos como prácticos, como por ejemplo los legisladores, los jueces, los abogados o los profesores de derecho, efectúan en el proceso de dictar las normas del Derecho, interpretarlas, aplicarlas o explicarlas. A este respecto es importante subrayar que los razonamientos jurídicos no siempre pueden emplear únicamente la lógica formal deductiva (incluida la lógica deóntica), sino que con frecuencia acuden a razonamientos distintos que se conocen bajo los nombres de tópica, dialéctica o retórica, y cuya finalidad no es la de demostrar, sino la de persuadir.

5. ***La informática jurídica y el Derecho informático.***

Respecto a la Informática jurídica, diremos que es la disciplina que tiene por objeto el conocimiento científico y las técnicas relativas a la estructuración y el tratamiento de la información jurídica con vistas a su automatización por medio de los computadores. La Informática jurídica abarca diversos campos, entre los que pueden destacarse los que a continuación pasamos a señalar. En primer término, el estudio de la formalización del lenguaje jurídico en los diversos ámbitos en que se lo emplea. Asimismo, tenemos a la informática jurídica documental consistente en la utilización de las técnicas de almacenamiento y recuperación automática, por medio del computador, de la documentación jurídica, y en general datos relativos al Derecho, de la más variada índole y procedencia, ya sea legislativa, jurisprudencial, doctrinal u otra. En tercer lugar, nos encontramos con la informática jurídica decisional. Ella consiste en la utilización del computador de manera que, empleando el software adecuado, éste nos dé la solución jurídica a un determinado problema. Este campo se encuentra menos avanzado que el anterior pues plantea mayores problemas en el desarrollo de los software correspondientes, no vislumbrándose con exactitud los niveles que puede alcanzar, pues está íntimamente vinculado a la denominada inteligencia artificial. Por último, aludiremos a la informática jurídica de gestión. La misma implica la utilización del computador para efectuar tareas rutinarias en las oficinas jurídicas tales como

notarías, registros, juzgados, oficinas de abogados, órganos de la administración pública, etc. Así, por ejemplo, es posible utilizar modelos de escritos y comunicaciones, modelos de sentencias judiciales y de otras resoluciones que deben dictar los tribunales, la generación de algunos documentos, la anotación automática de ciertos datos, etc.

Por otra parte, el enorme desarrollo que ha experimentado la informática en todos los campos, incluido el jurídico, ha dado lugar a la aparición de una nueva rama del Derecho que se conoce bajo el nombre de Derecho informático o Derecho de la informática. Se trata del conjunto de normas jurídicas que regulan el fenómeno informático. Esta rama del estudio del Derecho debe distinguirse nítidamente de la informática jurídica a que anteriormente nos referimos.

6. ***La sociología del Derecho.***

6.1. **Antecedentes.**- La Sociología del Derecho como tal, en cuanto rama especializada de la sociología, que estudia las relaciones entre Derecho y sociedad, es una disciplina relativamente reciente. No obstante lo que acaba de decirse, se puede hablar de antecesores o precursores de la Sociología del Derecho entendiendo por tales a aquellos autores que, desde el ámbito de la filosofía en general, de la filosofía social, política y jurídica, se ocuparon de las relaciones entre Derecho y sociedad con anterioridad a la fundación de la Sociología general y, desde luego, a la sociología del Derecho.

La Sociología como ciencia social distinta de la filosofía social, u otra disciplina análoga a ésta, surge en el siglo XIX. Se suele considerar a Augusto Comte (1798-1857), que fue quien utilizó por primera vez la expresión "sociología", como su fundador, aunque algunos autores consideran que fue Saint-Simon (1760-1825) su auténtico fundador. Pero la sociología del Derecho como rama autónoma e independiente, dentro de la sociología general, tiene un origen más reciente. A este respecto, Renato Treves en su obra *"Introducción a la sociología del derecho"*¹⁴ explica las contribuciones que desde la sociología general se hicieron para la conformación de la sociología del Derecho. Destaca asimismo el aporte de muchos otros pensadores. Apoyándose en ellos nos dice que el estudio de la sociología jurídica debe efectuarse considerando dos perspectivas. Una a la que denomina el problema del derecho en la sociedad, y, la otra a la que llama el problema de la sociedad en el derecho. El primero se ocupa de analizar la función que el derecho cumple dentro de la sociedad, la que se muestra como amplia, compleja y prolongada en el tiempo. El segundo trata acerca de la manera que la sociedad influye en el derecho, de la forma en que los fenómenos sociales y los tipos de sociedad van influyendo en el derecho y, de este modo, cambiándolo y conformándolo de manera distinta.

6.2. **Sus inicios.-** Según Treves, los auténticos fundadores de la sociología del Derecho son autores como Max Weber (1864-1920), Theodor Geiger (1891-1952) y Georges Gurvitch (1894-1965) que se han ocupado tanto del problema de la sociedad en el Derecho como del problema del Derecho en la sociedad considerada en su conjunto. Los trabajos de estos autores se

publicaron en el período comprendido entre los años que precedieron inmediatamente a la Primera Guerra Mundial y los que siguieron inmediatamente a la segunda, período en el que puede decirse que se constituye propiamente la sociología del Derecho.

6.3. **Temas de la sociología del Derecho.** Se suele decir que hay dos modos de estudiar a esta disciplina, uno es el teórico y el otro es el empírico.

¹⁴Treves, Renato *"Introducción a la sociología del derecho "*, editorial Taurus, Madrid

Puede afirmarse que el gran tema de que se ocupa la sociología del Derecho es el de las relaciones entre Derecho y sociedad. Así la sociología del Derecho investiga tanto la influencia de los factores sociales sobre el Derecho, como la influencia del Derecho sobre la sociedad. En efecto, la sociología del Derecho investiga los factores sociales de todo tipo (políticos, económicos, culturales, morales, etc.) que influyen en la creación, mantenimiento, modificación o desaparición del Derecho. Se interesa también por la llamada eficacia del derecho, por ello estudia hasta qué punto y por qué motivos las normas jurídicas se cumplen o no en los hechos en una determinada sociedad. Además estudia de qué manera el Derecho influye en la sociedad, moldeándola de una cierta manera, transformándola, o bien, impidiendo los cambios. Como dijimos, a estas relaciones recíprocas entre Derecho y sociedad Treves las denomina "el problema de la sociedad en el Derecho" y "el problema del Derecho en la sociedad", respectivamente.

Tanto la sociología general como la sociología del Derecho pueden estudiarse de dos maneras diversas: teóricamente y empíricamente. De este modo, es posible elaborar una sociología teórica y otra empírica, las que no deben considerarse como contradictorias sino que como complementarias. La primera, partiendo de la reflexión y del pensamiento elabora una teoría general de la sociedad o, si se quiere, una sociología general, pudiendo también de este modo formular una serie de sociologías para campos específicos, entre ellos el jurídico. La sociología empírica, por su lado, parte de los hechos de la realidad social procediendo sobre su base a efectuar investigaciones empíricas que emplean una serie de métodos tales como entrevistas, cuestionarios, muestreos, manejo de estadísticas, etc.

Sólo después de 1945 comenzaron a ser frecuentes las investigaciones empíricas en sociología del Derecho. Este tipo de investigaciones centran su estudio en problemas concretos de la vida jurídica real. Se refieren a las cuestiones más diversas dentro de este ámbito tales como, entre otros, la forma de crear el derecho, la eficacia de las leyes y otras normas, los casos de las leyes mal formuladas o de imposible aplicación, los efectos sociales de las leyes, las formas de comportarse de jueces, abogados, funcionarios y otros operadores jurídicos. Asimismo, estos estudios empíricos versan también acerca de la procedencia social, sistemas de ingresos a la respectiva carrera, ideología política, modo que tienen de entender el derecho, etc. dichos operadores. Así entonces, conociendo estos factores se suele entender el motivo de por qué en algunas circunstancias proceden de una manera y en otras lo hacen de manera distinta. Muy importante es también el aporte que hacen las

investigaciones empíricas para determinar las opiniones que la gente tiene acerca del Derecho, lo que de suyo es relevante en una sociedad democrática, pues interesa saber, entre otros aspectos, cómo funcionan los tribunales, qué confiabilidad tiene los abogados, los funcionarios del Estado, incluida su policía y otros. Estos son algunos de los tópicos de que se ocupa y en que puede hacer un gran aporte la sociología jurídica empírica. Obviamente, además de los recién señalados hay muchos otros.

Como se dijo, estas dos perspectivas de estudio de la sociología, la teórica y la empírica, se complementan. La teoría implica y exige la referencia a lo empírico. Los datos empíricos a su vez necesitan ser entendidos y situados dentro de un marco teórico más amplio. Al mismo tiempo, opinamos que la sociología jurídica se muestra cada vez más necesaria, y hasta imprescindible, en el ámbito de los estudios del Derecho. En nuestro país donde recién parece encontrarse en sus inicios, resulta urgente afianzarla e impulsar su desarrollo.

7. ***La Filosofía del Derecho.***

7.1. **La Filosofía del Derecho como una reflexión filosófica sobre el Derecho.**- Con la finalidad de aproximarnos a una noción de lo que es la filosofía del Derecho, de entrada nos plantearemos la pregunta sobre si ella forma parte de la filosofía, o bien, forma parte del Derecho. Una interrogante de este tipo puede formularse no sólo con respecto a lo jurídico, sino que en relación a cualquier ciencia, disciplina o ámbito de la cultura. Así por ejemplo, frente a la filosofía de la física, de la matemática o de la biología podría indagarse si pertenecen a la filosofía o a las disciplinas a que aluden (física, matemática o biología). Sin pretender dar una respuesta definitiva sobre este particular, vamos a sostener como hipótesis que la filosofía del Derecho forma parte de la filosofía, pues constituye una reflexión filosófica sobre lo jurídico. En este sentido es filosofía, pero se trata de una filosofía que se encuentra íntimamente enraizada en el Derecho, de tal modo que quienes se dediquen a ella han de tener un profundo conocimiento no sólo filosófico, sino también en el ámbito jurídico. Es impensable que una filosofía del Derecho pueda elaborarse por quien carezca de un saber en este campo. Pero una vez establecido que nuestra disciplina es filosófica, surge de inmediato la pregunta por la filosofía. ¿Qué es? ¿Cómo la han entendido quienes se ocupan de la misma, es decir, los filósofos? ¿Cuál es su historia? ¿Cómo se la concibe hoy? , etc. Sobre el

particular, lo más que podemos decir es que a lo largo de la historia del pensamiento humano se han propuesto muchas concepciones acerca de ella. En nuestro propio tiempo coexisten diversas visiones acerca lo que es la filosofía, cuyos planteamientos distan mucho unos de otros. No resulta, en consecuencia, sencillo proponer un concepto. En lo que sigue, a propósito de la filosofía del Derecho, se comienza a esbozar alguna noción muy inicial de la misma.

La filosofía del Derecho intenta constituir una reflexión filosófica sobre el Derecho. Al hablar de este modo, más allá de la concepción de la filosofía que cada uno maneje, se sitúa a los estudios iusfilosóficos en una perspectiva de mayor amplitud que cualquiera de los otros estudios acerca del Derecho a que nos hemos referido con anterioridad, por ejemplo, que la ciencia del Derecho en sentido restringido, que la historia del Derecho, que la sociología del Derecho, etc. Así, en el ámbito de la filosofía del Derecho comienzan a surgir preguntas, indagaciones y con ello temas propios de esta disciplina, tales como una reflexión acerca del sentido del Derecho, los valores jurídicos, un concepto universal válido para todo tiempo y lugar sobre lo que es Derecho, el Derecho como algo consubstancial y propio de la vida humana en sociedad, su relación con la totalidad de la cultura, la constitución de un metalenguaje sobre el lenguaje de la ciencia jurídica, el afán por construir una ciencia jurídica rigurosa, etc.

La expresión "filosofía del Derecho" como tal, no comienza a utilizarse en Europa sino hasta el siglo XIX. No obstante ello, la mayoría de los autores opinan que los orígenes de la filosofía jurídica entendida en un sentido amplio se inicia ya con la filosofía griega clásica, esto es aproximadamente en el siglo V A.C., pues en ella encontramos las primera reflexiones filosóficas sobre el Derecho, la justicia, el problema de la obediencia a la ley, etc. Claro está, que el modo de abordar estos problemas presenta importantísimas diferencias con el actual.

7.2. **Problemas o temas de la filosofía del Derecho.**- Las muchas corrientes de pensamiento que coexisten en el ámbito de la filosofía del Derecho impiden la existencia de un acuerdo amplio acerca de cuál sea la finalidad y los temas propios de la ella. Dependiendo de autores y tendencias de pensamiento, se incluyen en la misma diversas investigaciones. Pero, como se ha señalado por distintos iusfilósofos, se trata de problemas y de nociones

jurídicas que los juristas habitualmente no abordan en su trabajo cotidiano con el Derecho positivo.

Con estas prevenciones, recalcando sobretodo que no hay unanimidad al respecto, nos referiremos a algunos temas que frecuentemente se consideran como propios de la filosofía del Derecho. Ellos son: la ontología jurídica, el sentido y la necesidad del Derecho en la vida humana, los valores jurídicos o axiología jurídica y una reflexión crítica sobre la ciencia del Derecho.

7.2.1. **La ontología jurídica.** Este tema, al que ahora denominamos de la manera que acaba de consignarse, suele, dependiendo de los autores, recibir también otros nombres. Así, un iusfilósofo como del Vecchio lo llama "investigación lógica", Bobbio lo denomina "teoría general del Derecho", etc. Recordemos de paso que ontología significa estudio del ser, por tanto, la ontología jurídica trataría sobre el ser del Derecho. Se ocupa de definir lo que es el Derecho, de formular un concepto general del mismo. Se trata de la indagación acerca de qué es el Derecho, no desde un punto de vista empírico-científico, sino filosófico. Se trata de indagar no qué es el Derecho aquí y ahora, cuestión que concierne a la ciencia jurídica, sino qué debe entenderse por Derecho en general. Ahora bien, el contenido específico que se le asigna a este primer gran problema del que se ocupa la filosofía del Derecho varía mucho en los diversos autores. Más todavía, hay algunos como Alf Ross y otros que situándose en una línea empirista y realista, opinan que un supuesto tema de estudio con las características que se le atribuyen al ontológico, simplemente no tiene sentido.

7.2.2. **El sentido y la necesidad del Derecho en la vida humana.-** Otro tema, relacionado por lo demás con el anterior, que algunos autores asignan a la filosofía jurídica es el que se plantea la cuestión sobre sentido y necesidad del Derecho en la vida humana. Indaga el motivo de la presencia del Derecho en todas las sociedades humanas históricamente conocidas, sobre el particular recordemos solamente que ya los romanos decían "ubi societas, ibi ius (donde hay sociedad hay Derecho). Se pregunta también si, ¿será posible que el futuro existan sociedades sin Derecho? Para llevar a cabo estas investigaciones necesario apoyarse en ciertas características propias y constitutivas de la naturaleza humana tales como la libertad, ciertos sentimientos éticos, una existencia temporal pero con sentido

de la supervivencia, sus inquietudes intelectuales, un afán de trascender a lo cotidiano, etc. Al respecto se ha dicho también que, una hipotética sociedad futura que no necesitara del Derecho para poder subsistir y funcionar, requeriría de un tipo de hombres muy distintos, sobre todo éticamente, a los actuales. Jorge del Vecchio denominó investigación fenomenológica al tema a que ahora nos referimos

7.2.3. **Los valores jurídicos o axiología jurídica.-** Un tercer gran tema de que se ocupa tradicionalmente la filosofía del Derecho es el relativo a los valores jurídicos, que suele recibir el nombre de axiología jurídica, pero también otros como el de los de fines del Derecho, estimativa jurídica, etc. En este ámbito se plantean preguntas tales como, ¿qué valores tiene como finalidad realizar el Derecho? Preguntas como ésta reciben una muy amplia variedad de respuestas, dependiendo obviamente de quien las conteste. De este modo hay quienes partiendo de la premisa de que el Derecho debe realizar ciertos valores, le dan más importancia a alguno o a algunos de ellos antes que a otros. Así por ejemplo habrá quienes afirmen que es la justicia el valor que por excelencia debe realizar, por otro lado hay quienes opinan que es la libertad, el bien común u otro. Pero también hay diferencias respecto a lo que se entiende por valores, a si son o no cognoscibles, a si son absolutos o relativos, etc. Intimamente vinculado al tema de los valores jurídicos se encuentre el tópico referente a la legitimidad del Derecho. De este modo se indaga sobre el porqué hay obligación de obedecerlo, si el Derecho es una mera expresión de fuerza o hay otros factores que lo justifican, el si el Derecho se justifica por razones de utilidad o se funda en la libertad, en la justicia o en la igualdad, etc.

Se trata en suma de un problema ético y, como se dijo, del problema de los valores jurídicos.

7.2.4. **Reflexión crítica sobre la ciencia del Derecho o teoría de la ciencia jurídica.-** También se acostumbra a incluir dentro de los temas de la filosofía a aquel que lleva a cabo una reflexión crítica sobre la ciencia del Derecho. Este tema suele ser conocido además bajo el nombre de teoría de la ciencia jurídica. Intenta esclarecer si es o no posible la existencia de una ciencia del Derecho, de qué manera puede construirse o elaborarse, qué requisitos debe cumplir para ser una auténtica ciencia, qué grado de certeza tienen sus proposiciones, qué resultados se espera de ella, etc. De los tópicos que acabamos de enunciar uno de la mayor

relevancia es el que se refiere a la manera como puede construirse la ciencia a que ahora nos referimos. Se trata del problema del método, acerca del cual muchas disputas se han suscitado entre quienes se ocupan del asunto. Así algunos autores afirman que su método es fundamentalmente racional y no empírico, otros, por el contrario, postulan un método empírico igual o similar al de las ciencias físico naturales, en esta línea se sitúan principalmente los autores de tendencia realista. Se encuentran también quienes defienden otra clase de metodologías, como por ejemplo aquella que busca depurar el Derecho de todo elemento extranormativo (Kelsen). Desde luego esta reflexión filosófica sobre la ciencia del Derecho, a la que acabamos de denominar "teoría de la ciencia jurídica", no se limita sólo a las materias anteriormente referidas, obviamente hay muchas otras. Una muy importante, a juicio nuestro, consiste en considerar a la teoría de la ciencia jurídica en el contexto de la filosofía de las ciencias en general y, con ello, poner en relación a la ciencia del Derecho con las demás ciencias.

Por último diremos que los temas de que se ocupa la filosofía del Derecho, no se agotan en el breve esbozo que hemos hecho acerca de los mismos. No puede ser de otra manera, pues la iusfilosofía al indagar sobre cuestiones tales como el sentido del Derecho y su fundamento, sobre el carácter científico de los estudios que acerca de él se realizan, sobre los valores jurídicos y tantas otras, entra en un ámbito de materias de tal extensión y profundidad que no es posible limitarlas a la enumeración de unos pocos temas

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, "Introducción al Derecho"
Editorial Barcanova, Barcelona, 1985
- BOBBIO, Norberto "El Positivismo Jurídico"
Editorial Debate, Madrid, 1993
- CASARINO V., Mario "Manual de Derecho Procesal" vol. 5
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992
- CORTS GRAU, José "Historia de la Filosofía del Derecho"
Editorial Nacional, Madrid, 1968
- DE LUCAS, Javier y otros "Introducción a la Teoría del Derecho"
Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992
- DUCCI, Carlos "Derecho Civil. Parte General"
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988
- ESCANDÓN A., Jesús "Curso de Introducción al Derecho" vol. 1
Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción,
2002
- FASSO. Guido "Historia de la Filosofía del Derecho"
Editorial Pirámide, Madrid, 1983
- FERRATER MORA, José "Diccionario de Filosofía"
Alianza Editorial, Madrid, 1984
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo "Introducción al Estudio del Derecho"
Editorial Porrúa, México, 1986
- GAYO "Instituciones" Editorial Civitas,

- Madrid, 1990
- HART, Herbert "El Concepto de Derecho"
Editorial Abeledo Perrot Buenos Aire, 1977
- HERVADA, Javier "Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho"
Editorial Eunsa, Pamplona, 1992
- KELSEN, Hans "Teoría Pura del derecho" Editorial
Unam, México, 1979
- LARENZ, Karl "Metodología de la Ciencia del Derecho"
Editorial Ariel, Barcelona, 1979
- MARITAIN, Jacques "El Orden de los Conceptos"
Editorial club de Lectores", Buenos Aires, 1980
- MOLINA, Hernán "Derecho Constitucional"
Universidad de Concepción, Concepción, 1993
- NINO, Carlos Santiago "Introducción al Análisis del Derecho"
Editorial Ariel, Barcelona, 1993
- PATTARO, Enrico "Filosofía del Derecho. Derecho y Ciencia Jurídica"
Editorial Reus, Madrid, 1980
- PLANIOL, Marcel "Traité Élémentaire de Droit Civil"
Libraire Générale de Droit et Jurisprudence", Paris,
1926
- PRECIADO H., Rafael " Lecciones de Filosofía del Derecho"
Editorial Unam, México, 1986
- RAMOS P., René "De las Obligaciones"
Editorial Jurídica de Chile, Santiago,
"Derecho de Familia"
Editorial Jurídica de Chile, Santiago,

REALE, G. y otros	"Historia del Pensamiento Filosófico y Científico" Editorial Herder, Barcelona, 1988
REALE, Miguel	"Introducción al Derecho" Editorial Pirámide, Madrid, 1979
ROSS, Alf	"Sobre el Derecho y la Justicia" Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994
SCHERER, Max	"Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético" Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1948
STAMMLER, Rodolfo	"Tratado de Filosofía del Derecho" Editora Nacional, México, 1980
TORRE, Abelardo	"Introducción al Derecho" Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997

Índice

**CAPITULO I
NOCIONES PRELIMINARES**

Bibliografía

