

**Agustín Squella Narducci**

**INTRODUCCION  
AL DERECHO**

**Editorial Jurídica de Chile**



## PROLOGO

No puedo menos que reconocer que he sido afortunado en mi actividad académica, puesto que casi desde el mismo inicio de ella, hace poco más de treinta años, he podido impartir tanto la asignatura de Introducción al Derecho, destinada a los alumnos que se inician en los estudios jurídicos, como la de Filosofía del Derecho, cuyos destinatarios son estudiantes que se encuentran ya próximos a egresar.

Recibir con un curso introductorio a los alumnos que recién ingresan a la universidad, y despedir a esos mismos alumnos, aunque sea con algunas bajas, cinco años después con otro curso que procura llevar a cabo una síntesis de ciertos problemas relevantes, pone al profesor que imparte esos cursos en una posición de privilegio para advertir no sólo los progresos que hacen los estudiantes, sino el propio sentido de su labor docente.

Enseñar es una tarea siempre incierta en cuanto a sus resultados, comparable tal vez a la de los que siembran sin saber demasiado acerca de cuáles serán los frutos de su acción, aunque ver en actividad la inteligencia de jóvenes que se inician en los estudios jurídicos, así como la de quienes los concluyen, permite notar algo de esa luz en el camino que todos necesitamos para continuar en la ruta.

La Introducción al Derecho no es una disciplina, sino tan solo una asignatura. No es una disciplina, o sea, no es un modo de saber acerca del derecho que esté dotado de autonomía y que delimite un objeto propio de conocimiento dentro de los límites más amplios de lo que llamamos el fenómeno jurídico. Pero es una asignatura, lo cual quiere decir que se trata de una

instancia curricular normalmente presente en los planes de estudio de las facultades de derecho.

Por lo común, las distintas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico dan lugar a determinadas asignaturas que se articulan en el plan de estudios que deben cumplir los estudiantes de derecho. Así, por ejemplo, la dogmática jurídica, desmembrada en dogmática constitucional, dogmática civil, dogmática penal, etc, está presente en los planes de estudio de las facultades de derecho bajo las denominaciones de Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal, etc. Lo propio ocurre con disciplinas tales como Historia del Derecho, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho. Pero bien puede ocurrir que una determinada disciplina que versa sobre el derecho —por ejemplo, la Antropología Jurídica, la Psicología Jurídica— no encuentre su equivalente como asignatura, simplemente porque los planes de estudio no la contemplan como curso que los estudiantes de derecho tengan que hacer como parte de su formación jurídica.

Por lo que respecta a la Introducción al Derecho, sin constituir una disciplina es, sin embargo, una asignatura, y, todavía, quizás si la más importante de cuantas se incluyen en el primer año de los estudios jurídicos. La Introducción al Derecho no es un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos acerca del derecho que, cultivados regularmente por cierto tipo de expertos o especialistas, tenga un lugar propio entre las distintas formas o modos de saber que hacen del derecho su objeto de conocimiento. Es únicamente una asignatura o curso indispensable para los estudiantes de derecho —como lo sugiere su misma denominación—, aunque toma los contenidos de su programa de otras disciplinas, en especial de la Filosofía del Derecho, de la Teoría del Derecho, de la Sociología Jurídica e, incluso, de las propias disciplinas de carácter dogmático.

Como asignatura o curso que es, la Introducción al Derecho tiene ciertamente profesores, aunque no expertos que se dediquen a ella con exclusividad y permanencia. Precisamente por esto, suele acontecer que quienes se ocupan de enseñar Introducción al Derecho no limiten a ella su actividad académica, sino que la hagan extensiva al cultivo y la enseñanza de la Filosofía del Derecho o de alguna disciplina dogmática, por ejemplo, Derecho Civil o Derecho Penal.

En cuanto asignatura, la Introducción al Derecho tiene necesidad de expresarse en un programa que contenga y a la vez informe sobre las materias que ella desarrolla. Ese programa no tiene por qué ser único y, de hecho, varía en las distintas facultades de derecho. Con todo, existe un cierto acuerdo entre los profesores de Introducción al Derecho —acuerdo que se ve reflejado en la relativa similitud de los programas que todos ellos enseñan— en que el curso del mismo nombre debe desarrollar, cuando menos, una teoría de las normas y una teoría de las normas jurídicas en particular, una teoría de las fuentes del derecho, una teoría del ordenamiento jurídico, una teoría de la interpretación e integración del derecho, y una teoría de las funciones y fines del derecho, aunque —claro está— sin perder nunca de vista que, tratándose de un curso introductorio, el desarrollo de tales materias debe mantenerse en un nivel de análisis y de complejidad que tenga en cuenta la posición meramente inicial que ocupan los destinatarios del curso en su proceso de formación jurídica, y con conciencia —además— de que algunas de las materias serán retomadas y profundizadas más tarde por otras asignaturas del plan de estudios.

En la presentación y desarrollo de temas como los que fueron señalados, o de otros que se estime deban formar parte de su programa, un curso de Introducción al Derecho se propone, ante todo, fijar y compartir con los alumnos un elenco de conceptos jurídicos fundamentales, debidamente interrelacionados entre sí, y compartir, asimismo, un lenguaje jurídico mínimo, o acaso básico, que les permita y a la par les facilite el acceso al estudio de las demás asignaturas, en especial a las que tienen carácter dogmático y se corresponden con las así llamadas ramas del derecho.

De este modo, considero que la Introducción al Derecho, además de ser sólo una asignatura, no una disciplina, es una asignatura en cierto modo instrumental, puesto que prepara, tanto en el terreno de los conceptos como en el del lenguaje jurídico, el camino que el estudiante debe hacer luego en sus restantes años de estudio.

Por tales razones, la Introducción al Derecho no puede ser presentada como una suerte de historia abreviada del pensamiento jurídico —como ocurrió en nuestro medio hasta la década—

da de los 60- ni puede tampoco ser desarrollada como si se tratara de una introducción a la Filosofía del Derecho. La Introducción al Derecho, como su nombre lo indica, constituye una aproximación inicial al derecho, entendida esta última palabra como aquella que utilizamos habitualmente para aludir a un fenómeno humano y social presente en cualquier forma de organización de la vida en sociedad, y que tiene, como es patente, una dimensión preferentemente normativa.

A su vez, y por tratarse siempre de una introducción al *derecho*, la asignatura tampoco puede ser reducida, como acontece en ocasiones, a una simple introducción al derecho civil, transformándola de ese modo en una especie de curso de Derecho Civil I que vive entre las asignaturas de primer año simplemente bajo un nombre diferente. La Introducción al Derecho no es una introducción al derecho civil, ni siquiera una introducción al derecho privado, como tampoco tiene por qué ser una introducción al derecho público o a alguna de las ramas de éste. Es una introducción al derecho en general y no a una parte determinada del ordenamiento jurídico.

Dados los temas de que trata la Introducción al Derecho, ésta ha de ser también una asignatura previa a cualquiera de las asignaturas dogmáticas que forman parte del plan de estudios, con lo cual quiero decir que asignaturas como Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal u otras deben ser programadas para un momento posterior a aquel en que los estudiantes hayan cursado y aprobado Introducción al Derecho, concretamente, en el segundo año de los estudios jurídicos. De ahí la inconveniencia, por otra parte, de que asignaturas dogmáticas como esas sean ubicadas en el primer año de los estudios de derecho, puesto que una enseñanza útil de las mismas presupone por parte de los alumnos el manejo de conceptos tales como norma, norma jurídica, ordenamiento jurídico, fuente del derecho, ley, tratado, acto jurídico, contrato, sentencia y muchos otros que son, precisamente, los que un curso de Introducción al Derecho informa a los estudiantes.

Pasando ahora a otro punto, al producir un manual como éste he tenido en cuenta que se trata de una obra destinada a los estudiantes de la asignatura, no a los profesores. Los estudiantes pueden no necesitar saber más de lo que hay en este texto para comprender las materias y rendir con éxito sus pruebas

y el examen final del curso, pero los profesores necesitamos saber más que eso, mucho más en verdad. Por eso es que el libro concluye con un listado de obras y autores que, amén de identificar la bibliografía en que se apoyan las explicaciones del texto, puede servir a los docentes del curso para conocer más a fondo las materias que se desarrollan en los diferentes capítulos. He evitado las notas al pie de página, porque a mi entender se avienen mal con la estructura y propósitos de un simple manual, aunque en el texto principal no se eluden las citas de autores que se consideran necesarias. Tal vez se exagere por momentos en las citas de autores, aunque he procurado que resulten pertinentes, oportunas y, sobre todo, aclaratorias de los distintos temas a propósito de los cuales se las hace.

De más está decir que al estar este manual destinado a los estudiantes, ello no excluye la necesidad de asistir a clases. Sin exagerar, la clase constituye un momento irremplazable en el proceso de conocimiento y comprensión de las materias por parte de los estudiantes. Un texto es sólo un texto y nada puede sustituir a ese momento oral en el que, cara a cara, profesores y alumnos toman un primer contacto con las materias del curso y tienen la posibilidad de expresar dudas y discutir conclusiones.

En la preparación de un manual dirigido a los estudiantes hay siempre dos riesgos distintos, e incluso opuestos, que el autor debe procurar evitar, a saber, que el texto termine pareciéndose a un ensayo o que acabe siendo una exposición más o menos trivial de materias que tienen que ser memorizadas por los alumnos. Huelga decir que, consciente de ambos riesgos, intenté evitar tanto uno como otro, aunque no estoy seguro de haberlo conseguido. Por momentos, este manual toma probablemente la densidad y el tono de un ensayo, mientras que en otros no pasa de ser una mínima y seguramente insuficiente presentación de ciertas materias. Al tanto de lo anterior, sólo me queda el consuelo de que al escribir un autor nunca consigue plenamente sus propósitos, aunque abrigo también la esperanza de que haya pasajes de esta obra, aunque sean escasos, en los que el punto que se buscó dar con ella se encuentre conseguido al menos en alguna medida.

Por otra parte, todo manual, especialmente en el caso de uno de Introducción al Derecho, adopta un cierto punto de vista. Este punto de vista tiene que ver con las ideas del autor acerca del de-

recho y con las que tiene también sobre cada una de las materias que se desarrollan. Es provechoso, por lo mismo, que un manual advierta y en lo posible dé cabida a otros puntos de vista. Sin embargo, en el caso presente ello ha sido hecho de una manera bastante esporádica, puesto que dar cuenta de todos los puntos de vista, o siquiera de los más aceptados e influyentes, demanda una extensión mucho mayor de la que debe tener razonablemente una obra de este tipo y puede, asimismo, perjudicar la línea expositiva adoptada y que es preciso conservar.

En otro orden de cosas, en los capítulos que siguen a continuación de este prólogo se encontrarán muchas palabras que aparecen impresas en letra cursiva. El empleo ocasional de esa tipografía es simplemente una manera de destacar determinados conceptos, o de contrastarlos, llamando la atención del lector sobre la o las palabras que parecen claves en relación con el concepto o idea que se está desarrollando.

Ignoro si este manual va a tener en el futuro una nueva edición. En cualquier caso, voy a agradecer los comentarios, observaciones o sugerencias que docentes de la asignatura o estudiantes quieran hacerme llegar y que permitan mejorar el texto que viene a continuación.

Por último, tengo que agradecer a varias personas e instituciones cuya colaboración y apoyo resultaron decisivos para la preparación de esta obra.

Por un lado, a quienes tuve como profesores de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho –Adolfo Carvallo, Antonio Campo y Carlos León– y por el otro, a Aldo Valle, Eliana Ceriani, Claudio Oliva y Rodolfo Figueroa, quienes colaboran conmigo en tareas docentes y de investigación.

También a las Escuelas de Derecho de la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales, en las que enseñé actualmente, por las facilidades que sus directores me otorgaron durante el año 1999 para la preparación del manual.

En cuanto al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales –Carlos Peña–, mi deuda es aun mayor. El tuvo la bondad de revisar algunos capítulos de la obra y de hacerme valiosas sugerencias para mejorarlos. Del mismo modo, agradezco a José Zalaquett la lectura que hizo de la parte relativa a los derechos humanos, así como las indicaciones que formuló al respecto.

Agradezco también a Antonio Bascañán Valdés, a quien debo más de algo en mi vida académica, y cuyos materiales de estudio para el curso de Introducción al Derecho me han facilitado durante muchos años la exposición de las materias ante los alumnos.

Mi agradecimiento a Ana María García, el tipo de editora paciente y amable que necesitaría todo autor que se propone escribir una obra jurídica en menos tiempo del que se requiere para ello.

Asimismo, a María Luisa Tobar, quien digitó algunos de los capítulos en sus horas libres, revisó la digitación imperfecta que yo hice de otros y acudió siempre prestamente a sacarme de los problemas que a menudo me ocasiona el uso del computador.

Y mis agradecimientos también a quienes dediqué esta obra, es decir, a los alumnos de los cursos de Introducción al Derecho que he impartido desde 1969 en adelante. Ellos tuvieron que seguir las clases sin el apoyo de este manual y estoy consciente de que mi modo tradicional de impartir docencia les dificultó más de una vez llevar sus propios apuntes. En cualquier caso, es para nuestros alumnos que trabajamos los profesores universitarios, no para hacer una carrera ni buscar reconocimiento.

Por lo mismo nada puede reemplazar ese momento, que se repite tres o cuatro veces cada semana, en el que uno deja momentáneamente la oficina que ocupa en la facultad, ingresa luego a una sala de clases, cierra la puerta tras de sí, espera a que se haga silencio y vuelve a tomar ese contacto severo, profundo, entretenido, cálido, indispensable, con estudiantes que están allí aguardando no al que sabe, sino al que puede ayudarles a llegar a saber.

Todo profesor percibe que al cabo de ese momento, esto es, cuando concluye una clase, la sensación con la que uno vuelve a su despacho o sale a la calle no es siempre la misma. Puede ser de satisfacción, pero también puede ser de descontento. Lo notable, en todo caso, es que, cualquiera sea la sensación con que dejamos la sala de clases, volvemos a ella la siguiente vez como si algo extraño y seductor estuviera de nuevo por ocurrir.

AGUSTIN SQUELLA  
Noviembre de 1999

CAPITULO I  
DERECHO, SOCIEDAD  
Y NORMAS DE CONDUCTA

## NATURALEZA Y SOCIEDAD

### 1. LA NATURALEZA Y LA SOCIEDAD

**El hombre en la naturaleza y en la sociedad. Leyes de la naturaleza y normas de conducta. Principio de causalidad y principio de imputación. Ciencias naturales y ciencias normativas. Los aportes de Popper y Kelsen. Physis y nomos.**

**El hombre en la naturaleza y en la sociedad.**— Tanto la naturaleza como la sociedad constituyen algo así como el medio ambiente inevitable del hombre, aunque se trata de dos ámbitos diferentes, lo cual quiere decir que el hombre tiene, por un lado, un medio *natural*, por el otro, un medio *social*.

Vivimos en medio de la *naturaleza*, como es obvio, o sea, nacemos, nos desarrollamos y morimos instalados en medio de un cierto orden y disposición de las cosas y fenómenos que componen lo que llamamos universo y en cuyo origen no ha cabido al hombre ningún tipo de intervención. No sabemos a ciencia cierta si eso que llamamos “universo” fue producto de un acto deliberado de creación por parte de un ser superior o el resultado de una explosión casual que expelió grandes cantidades de energía que formaron luego las galaxias, los planetas y las condiciones para el surgimiento de la vida al menos en uno de esos planetas. Pero lo cierto es que el hombre estuvo ausente de tales acciones y nada tuvo que ver ni con el diseño ni con la formación de lo que en general llamamos “naturaleza”: un todo autónomo, dotado de sus propias leyes, que el hombre se limita meramente a descubrir, a enunciar de un modo racional y, eventualmente, a aprovechar en su propio favor.

Distinto es lo que pasa ahora con la *sociedad*, porque por sociedad se entiende una “agrupación de individuos que establecen vínculos y relaciones recíprocos e interacciones estables”, de donde se sigue que hay sociedades tanto de animales como de seres humanos. Esta última es una reunión que forman los seres humanos con el propósito de colaborar entre sí para conseguir un mejor cumplimiento de ciertos fines que interesan a todos, y es algo en cuya aparición y desarrollo el propio hombre ha tenido una directa intervención. Más específicamente todavía, sociedad es una “agrupación constituida sobre un territorio por individuos humanos que, participando de una misma cultura y de unas mismas instituciones sociales, interactúan entre sí para el desarrollo de sus intereses comunes y la consecución de sus fines” –según podemos leer en el *Diccionario de Filosofía* de Antoni Martínez Riu y Jordi Cortés Morato–, todo lo cual no excluye, sino que en cierto modo presupone, la existencia de conflictos entre los hombres que viven en sociedad. Como escribe Carlos Nino, determinadas circunstancias “llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de otros. Las mismas circunstancias que generan conflictos entre los individuos son las que los mueven a colaborar mutuamente para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar algunas de sus consecuencias más desastrosas”.

Por otra parte, es efectivo que hay quienes creen que la sociedad es una institución natural –“El hombre aislado, decía Aristóteles, o es un bruto o es un Dios”, o sea, algo menos o algo más que un hombre–, pero también hay quienes sostienen que la sociedad que forman los hombres a partir de cierto instante es el producto de un pacto que pone término a un estado previo, llamado precisamente de “naturaleza”, que, según Rousseau, habría sido un estado de paz y felicidad, y que, según Hobbes, habría sido un estado de guerra de todos contra todos.

Pero se entienda la sociedad como una institución natural o convencional, o sea, se entienda que no podemos vivir sino en sociedad (Aristóteles) o que a partir de cierto momento decidimos vivir de ese modo por alguna razón (Rousseau y Hobbes), y se entienda, asimismo, en la segunda de esas hipótesis, que la convención que dio origen a la sociedad puso término a un estado anterior de felicidad (Rousseau) o a uno de infortunio

(Hobbes), lo cierto es que sin mucha dificultad podemos advertir que la naturaleza está regida por leyes –que llamamos por ello “leyes de la naturaleza”–, en tanto que la sociedad está regida por reglas que en general llamamos “normas de conducta”, o, simplemente, “normas”. El propio derecho, según veremos más adelante, es un conjunto de normas que tienen por función, como dice Nino, “evitar o resolver algunos conflictos y proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social”.

**Leyes de la naturaleza y normas de conducta.**– Efectivamente: la diferencia entre *naturaleza* y *sociedad* nos conduce a esta nueva distinción: la que diferencia *leyes de la naturaleza* de *normas de conducta*. Así, por ejemplo, decimos que los movimientos del sol, de la luna, de los planetas, como la propia sucesión de las estaciones, pueden ser explicados por ciertas leyes que llamamos del modo antes indicado: leyes de la naturaleza. Por otra parte, en la vida social encontramos ciertas prohibiciones y mandatos, que llamamos normas de conducta, o simplemente normas, tales como los Diez Mandamientos, las disposiciones que establecen quiénes, cómo y cada cuánto tiempo tendrán derecho a elegir al Presidente de la República, o las reglas que se encuentran en la Ordenanza del Tránsito y que es preciso aprender como requisito previo para obtener licencia de conducir.

“No matarás”, dicen los Diez Mandamientos; “Podrán participar en las elecciones todas las personas que hayan cumplido 18 años de edad y estén inscritas en los Registros Electorales”, dice por su parte la Constitución de un país; “Los vehículos deberán detenerse cuando la señal del semáforo esté en rojo y avanzar cuando esté en verde”, dispone la legislación del tránsito del mismo país.

Nadie confundiría hoy las leyes de la naturaleza con las normas de conducta. Sabemos de la existencia de ambas y tenemos más de una experiencia de unas y de otras, pero nunca las confundiríamos. Todos intuimos de algún modo que es bien distinto decir que los cuerpos caen en el vacío a una velocidad determinada por su masa más la aceleración correspondiente (la llamada “ley de la gravedad”), a decir que la velocidad máxima que un vehículo puede desarrollar en una determinada carretera es de 100 kilómetros (una norma que deben observar los conductores).

Sin embargo, es fácil confundir leyes de la naturaleza y normas, por *dos* motivos. *Uno*, porque la distinción entre aquéllas y éstas no siempre estuvo clara en el entendimiento del hombre; *dos*, porque a veces llamamos “leyes” a las “normas”, que es lo que pasa, por ejemplo, cuando los estudiantes de derecho cuentan a sus amigos que están estudiando “leyes”.

Karl Popper, uno de los filósofos más importantes de este siglo, describe del siguiente modo la diferencia entre leyes de la naturaleza y normas. Una diferencia que podríamos anticipar, resumidamente, con la siguiente afirmación: las leyes de la naturaleza *describen* regularidades empíricas, mientras que las normas expresan *directivas* para nuestra conducta. Esto significa que las primeras establecen lo que *es*, o sea, *describen*, mientras que las segundas establecen lo que *debe ser*, o sea, *prescriben*.

Pero veamos cuáles son las exactas palabras de que se vale Popper a este respecto en su libro *La sociedad abierta y sus enemigos*: “el análisis de la evolución humana presupone la clara captación de una importante diferencia. Nos referimos a la que media entre (a) las *leyes naturales* o de la naturaleza, tales como las que rigen los movimientos del sol, de la luna y de los planetas, la sucesión de las estaciones, etc.; y (b) las *leyes normativas* o normas, que no son sino prohibiciones y mandatos, es decir, reglas que prohíben o exigen ciertas formas de conducta, como por ejemplo los Diez Mandamientos o las disposiciones legales que regulan el procedimiento a seguir para elegir a los miembros del parlamento”. Y agrega luego: “la distinción entre las leyes del tipo (a), es decir, las proposiciones que describen uniformidades de la naturaleza, y las del tipo (b), o sea, las normas tales como las prohibiciones o mandatos, es tan fundamental que difícilmente tengan estos dos tipos de leyes algo más en común que su nombre”.

Antes de seguir, detengámonos un instante en la figura de Popper. Este pensador contemporáneo se caracterizó por propiciar lo que él llamó una “actitud crítica”, que para él es lo mismo que una “actitud racional”. Es más: consideró a esa actitud como un método que deberían adoptar tanto los científicos como los filósofos, y que “consiste en enunciar claramente los problemas y examinar críticamente las diversas soluciones propuestas”, donde la expresión “críticamente” quiere decir “racionalmente”.

En su libro *Conocimiento objetivo*, Popper se pregunta acerca de cuál es la diferencia entre Einstein y la ameba. Todos sabemos que una ameba es un animal microscópico y que Einstein, un físico y matemático de nuestro siglo, es considerado uno de los genios más notables de la historia.

“Pues bien —dice Popper—, de la ameba a Einstein no hay más que un paso”. ¿En qué consiste ese paso? En que “los actos de la ameba no son racionales, si bien podemos suponer que lo son los de Einstein”.

“Admito —sigue Popper— que aunque sus métodos cuasialeatorios y sus movimientos nebulosos de ensayo y error (los de la ameba y los de Einstein) no sean básicamente muy distintos, hay una gran diferencia en sus actitudes frente al error. Al contrario de la ameba, Einstein, siempre que se le ocurría una solución nueva, intentaba falsarla conscientemente por todos los medios, detectando en ella algún error”. O sea, Einstein “enfocaba críticamente sus propias soluciones”.

Y concluye: “Creo que la diferencia realmente importante que media entre Einstein y la ameba es la actitud crítica consciente hacia sus propias ideas”.

Volviendo ahora a nuestro tema, la ameba, cree Popper, se parece al hombre primitivo porque no utiliza un método *crítico*, esto es, *racional*, para plantear y buscar soluciones a los problemas, y, por lo mismo, no advierte la diferencia entre leyes de la naturaleza y normas de conducta.

**Principio de causalidad y principio de imputación.**— En síntesis: las leyes de la naturaleza describen ciertas regularidades o uniformidades que observamos en la naturaleza, sobre la base de advertir que dada una cierta *causa* (por ejemplo: aplicar calor a un metal) se produce un determinado *efecto* (el metal se dilata, esto es, aumenta de volumen). Entonces, las leyes de la naturaleza describen hechos que acontecen en ese medio que llamamos naturaleza. Tratan de lo que es, de lo que efectivamente acontece cuando en presencia de una causa determinada se sigue un determinado efecto, y funcionan así sobre la base del *principio de causalidad*: un principio en virtud del cual podemos afirmar que en presencia de una determinada causa o antecedente (aplicar 100 grados de temperatura al agua) se seguirá de manera inevitable un determinado efecto o consecuencia (la eva-

poración del agua). Como escribe a este respecto Roberto Ver-nengo, las leyes naturales son aquellas que establecen “de una manera muy simplificada y esquemática una relación entre dos hechos”, y afirman, en consecuencia, “que un cierto hecho está condicionado por la existencia de otro hecho”. A este último hecho se le llama “antecedente”, mientras que a aquél se le llama “consecuencia”.

En cambio, las normas prescriben determinados comportamientos que las personas deben observar en ciertas circunstancias y preven también algún tipo de castigo para el caso de que no se las cumpla. Entonces, las normas prescriben conductas, o sea, señalan no lo que es, sino lo que debe ser, y operan así sobre la base no del principio de causalidad, sino del llamado *principio de imputación*: un principio que establece que una determinada consecuencia debe ser imputada a determinado acto, sin que pueda decirse, sin embargo, que este acto sea propiamente la causa de dicha consecuencia ni ésta el efecto de aquél.

Apropiarse indebidamente de la propiedad de otro es un *delito* y este delito tiene asignada una sanción que llamamos *pena*. Pero la comisión del delito no es la *causa* de la pena, en tanto que ésta no es el *efecto* del delito. De partida, advirtamos que la norma del Código Penal que define algo como delito, esto es, como algo que no debe ser hecho –por ejemplo, la apropiación de la propiedad de otro– no siempre es observada, o sea, que en uno, dos y en verdad en muchos casos, todos los días, alguien ejecuta esa conducta que se encuentra legalmente prohibida. Por otra parte, advirtamos también que ese u otro delito cualquiera puede cometerse sin que se siga efectivamente una sanción, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando nunca se individualiza al infractor, éste se oculta y nunca es habido, o cuando es perdonado por su víctima.

A este mismo respecto, Henrik von Wright nos dice lo siguiente: “Puede utilizarse el contraste ‘prescriptivo/descriptivo’ para distinguir las normas de lo que no son normas. Las leyes de la naturaleza son descriptivas y no prescriptivas; por consiguiente, no son normas”.

**Ciencias naturales y ciencias normativas.**– Por otra parte, al distinguir el principio de causalidad del de imputación, podemos distinguir luego a las ciencias sociales *normativas*, como la ética

y la ciencia del derecho, que estudian su objeto, las normas de la moral y las normas del derecho, respectivamente, conforme al principio de imputación, de las ciencias *naturales*, como la física y la química, que estudian sus respectivos objetos aplicando el principio de causalidad.

Véase entonces lo siguiente: la distinción entre *naturaleza* y *sociedad* conduce a la distinción entre *leyes de la naturaleza* y *normas de conducta*; la distinción entre leyes de la naturaleza y normas de conducta conduce a la distinción entre el *principio de causalidad* y el *principio de imputación*; y la distinción entre estos dos principios conduce a la diferenciación entre *ciencias normativas* y *ciencias naturales*.

**Los aportes de Popper y Kelsen.**– Decíamos antes que no siempre hemos tenido suficiente claridad acerca de tales distinciones.

Kelsen explica lo anterior de la siguiente manera: “El hombre primitivo no interpreta la naturaleza de acuerdo con el principio de causalidad, sino conforme al principio de imputación. Interpreta su relación con los animales y con los objetos inanimados de acuerdo con la Ley que determina sus relaciones con otros hombres: el principio de retribución. Esta es la norma: si tu conducta es mala, debes ser castigado, si tu conducta es buena, debes ser recompensado. El hombre primitivo concibe a la naturaleza no como un orden causal, sino como uno normativo establecido por una voluntad sobrehumana. Si un fenómeno despierta su curiosidad, no pregunta cuál es su causa, sino quién es el responsable, quién debe ser castigado o premiado. Concibe a la naturaleza como si formara parte de la sociedad”.

Por su parte, Karl Popper, sintetiza su pensamiento de esta manera:

No siempre el hombre ha distinguido entre naturaleza y sociedad ni entre leyes de la naturaleza y normas de conducta.

Esa distinción es producto de un proceso, del desarrollo humano, que parte de lo que el autor denomina “monismo ingenuo”, característico de lo que Popper llama “sociedad cerrada”, y que llega finalmente a un “dualismo crítico”, característico, por su parte, de lo que él llama “sociedad abierta”.

“En la actualidad –sigue Popper– vivimos en sociedades abiertas, o más o menos abiertas, según los casos, aunque no siem-

pre fue así. Es más: el hecho de que exista todavía hoy mucha gente que trata de evitar ese paso (el paso del monismo ingenuo al dualismo crítico) es índice elocuente de que nos hallamos en plena transición de la sociedad cerrada a la sociedad abierta”.

El punto de partida, que hemos llamado “monismo ingenuo”, corresponde a la etapa de la vida social del hombre en que todavía no existe distinción alguna entre leyes naturales y normas.

Se trata de una situación en que “el individuo no distingue entre las sanciones impuestas por los demás hombres cuando se viola algún tabú y las experiencias desagradables sufridas por el desconocimiento del medio natural”.

Por su parte, en el llamado “monismo ingenuo” hay dos etapas:

Una, la del “naturalismo ingenuo”, que representa un estado en el que los hombres sienten que las reglas son dadas uniformemente, ya sea naturales o convencionales, y que se encuentran más allá de toda posible alteración por su parte; y otra, la del “convencionalismo ingenuo”, que representa un estado en el que las uniformidades tanto naturales como normativas son consideradas expresión de decisiones de dioses o de demonios.

Es la etapa, sigue Popper, en la que el ciclo de las estaciones, o el movimiento de las mareas, o los desplazamientos de los astros en el firmamento, obedecen a “leyes”, “decretos” o “decisiones” que gobiernan el cielo y la tierra al mismo tiempo y que han sido establecidas o adoptadas por el Creador, ejemplo de lo cual son estas expresiones de Heráclito: “El sol no desviará un solo paso de su trayectoria, so pena de que las diosas del Destino, las emisarias de la Justicia, lo encuentren y lo vuelvan de inmediato a su curso”.

El derrumbe del “convencionalismo ingenuo”, que Popper llama también “tribalismo mágico”, se halla íntimamente ligado con el descubrimiento por parte del hombre de que ciertas prohibiciones sociales no son las mismas en las diversas tribus, y que, por tanto, el cumplimiento de esas prohibiciones es impuesto por el hombre, no por los dioses, y que incluso tales prohibiciones pueden ser de hecho violadas sin que se produzca ninguna consecuencia desagradable para el infractor, que es lo que ocurre cada vez que un infractor elude con éxito la aplicación de la sanción correspondiente.

La experiencia de que estas regularidades sociales son producidas por hombres y pueden ser modificadas por éstos, y también violadas por ellos sin que se siga necesariamente un castigo, conduce a la diferenciación entre “leyes normativas de observancia impuesta por los hombres, que se basan en decisiones o convenciones humanas, y las leyes naturales uniformes que se hallan más allá de los límites anteriores”. “Una vez comprendida claramente esta distinción —escribe Popper— se alcanza la etapa que hemos denominado ‘dualismo crítico’”.

Por lo mismo, el “dualismo crítico”, nos dice Popper, “se limita a afirmar que las normas de conducta pueden ser hechas y alteradas por el hombre, o, más específicamente, por una decisión o convención de observarlas o modificarlas; y que es el hombre, por lo tanto, el responsable moral de las mismas”. Y añade: “Decimos que las normas son hechas por el hombre, en el sentido de que no debemos culpar por ellas a nadie, ni a la naturaleza ni a Dios, sino a nosotros mismos. Nuestra tarea consiste en mejorarlas al máximo posible, si descubrimos que son defectuosas”.

**Physis y nomos.**— A propósito del tema que nos ocupa, convendría proporcionar la siguiente información: entre los griegos, los primeros en tomar conciencia de lo *humano* —lo histórico, lo cultural— frente a lo *natural* son los sofistas, quienes introdujeron la distinción entre lo que es por naturaleza (que llamaron *physis*) y lo que es por convención (*nomos*).

Etimológicamente, “sofista” es una palabra que viene del griego “sofistés”, que significaba sabio y que se empleaba entre ellos para aludir a quienes estaban en posesión del saber. Por lo mismo, se trató de una expresión que se aplicaba a todos los pensadores anteriores a Sócrates, quien, lo mismo que Pitágoras, prefirió considerarse a sí mismo y ser considerado por los demás sólo un fiel amigo del saber. De ahí, entonces, el vocablo “filósofo”, que significa, precisamente, amigo del saber y no el señor de todas las verdades.

Pero “sofistas” fue también, en los siglos IV y V a.C., la denominación que se dio en Grecia a un grupo de pensadores que compartieron unos rasgos comunes que vamos a identificar más adelante. A ese grupo se opusieron los grandes filósofos de la época —Sócrates, Platón y Aristóteles—, acusándolos de ser por-

tadores de un falso saber que, no obstante, los sofistas eran capaces de transmitir con gran habilidad discursiva y capacidad de persuasión, y es por eso, entonces, que la palabra sofista tiene hasta hoy una connotación despectiva. Cuando hoy se le dice a alguien que es un "sofista", lo que se le quiere decir es que utiliza el lenguaje y su capacidad de persuasión al servicio de un falso saber.

Sin embargo, hay que hacer algo de justicia a los antiguos sofistas, puesto que tuvieron el mérito de que, a diferencia de los filósofos griegos anteriores a ellos, orientaron sus especulaciones no hacia la naturaleza, sino a las cosas del hombre, no hacia los fenómenos del mundo físico, sino a los del mundo espiritual, y desplazaron de ese modo a la filosofía desde la *physis* al *nomos*, desde el *cosmos* a la *polis*, o sea, desde el *universo* a la *sociedad*.

Es efectivo que los sofistas no constituyeron en Grecia una auténtica Escuela. Es cierto también que algunos de ellos fueron genuinos pensadores que intentaron pensar e investigar sobre las costumbres y, en particular, sobre cuestiones de índole moral, advirtiendo que las técnicas de hablar bien y de saber persuadir eran buenas para la democracia de la época. Pero es igualmente efectivo que otros de los llamados sofistas no pasaron de ser meros profesionales del discurso y de la argumentación que vendían sus servicios a cualquiera que quisiera tener éxito en la vida social o pública de la época. Entre los primeros estuvieron Gorgias y Protágoras; entre los segundos, Trasímaco y Calicles.

En cuanto a las características que compartieron los sofistas del primer grupo, se destacan las siguientes:

– Un cierto escepticismo religioso, que los llevó a declararse agnósticos ("Ignoro si Dios pueda o no existir") o derechamente ateos ("Dios no existe").

– Un cierto escepticismo filosófico, que los llevó a creer que lo que los filósofos pueden ofrecer a sus semejantes no son auténticas verdades, sino meras opiniones.

– Una defensa incluso del relativismo cultural, que los llevó a poner en duda la existencia de patrones absolutos de conducta válidos para todo tiempo y lugar.

– Un convencionalismo moral, que los llevó a la convicción de que a diferencia de la naturaleza y sus leyes, la sociedad y sus normas –incluidas las de carácter moral– son fruto de convenciones y acuerdos.

– Una predilección por la función de enseñar, aunque entendiendo la enseñanza como una ocupación, como un trabajo que debía ser remunerado, y no, según creía Sócrates, como una obligación de tipo moral.

Por todo lo anterior, los sofistas pueden ser vistos como un lejano antecedente de lo que en el siglo XVIII se conoce con el nombre de Ilustración, un fenómeno cultural, pero también político y con alcances religiosos, que marca el inicio de la modernidad.

## 2. VIDA HUMANA Y NORMAS DE CONDUCTA

**Clases de normas. El núcleo común de las distintas clases de normas. El origen etimológico de la palabra "norma". Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart.**

**Clases de normas.**– Aclarada ya la distinción básica entre naturaleza y sociedad, y entre leyes de la naturaleza y normas de conducta, las primeras sujetas al principio de causalidad y las segundas al de imputación, precisemos ahora que nuestro interés está centrado no en la naturaleza, sino en la sociedad; no en las leyes de la naturaleza, sino en las normas de conducta; no en el principio de causalidad, sino en el de imputación; no, en fin, en las ciencias naturales, sino en las ciencias llamadas normativas, y, en particular, en ese saber normativo que se denomina "ciencia del derecho".

Ello porque de lo que se trata es estudiar derecho, de introducirnos en el estudio del derecho, y algo nos dice, desde la partida, que el derecho es un fenómeno que no pertenece a la naturaleza, sino a la sociedad, o sea, que se trata de algo que el hombre hace o produce con un cierto fin; que es algo, además, que contiene normas o que tiene que ver preferentemente con normas; que, por lo mismo, la experiencia que todos tenemos del derecho es, ante todo, una experiencia normativa; y que, en fin, cuando se estudia derecho, lo que se estudia, de preferencia, es un conjunto de normas vigentes en un lugar y tiempo dados, por medio de las cuales los hombres regulan sus comportamientos, establecen derechos y obligaciones recíprocos, prevén posi-

bles conflictos y dan a éstos, cuando se producen, un curso de solución que no pasa simplemente por la aplicación de la ley del más fuerte, y consienten, en fin, en que tales normas puedan ser auxiliadas, a efectos de su cumplimiento, por el uso de la fuerza socialmente organizada.

Pero si hemos de quedarnos en el mundo de las normas, tenemos que aclarar qué son ellas, o sea, tenemos que aclarar lo que queremos decir cuando hablamos de normas de conducta; tendremos que aclarar, asimismo, cuántas clases de normas de conducta existen y cuáles son las propiedades o características que identifican a la clase de normas que nos interesa —las normas jurídicas— y que, a la vez, permiten diferenciarlas de otras clases de normas de conducta, como es el caso, por ejemplo, de las normas de trato social y de las normas morales.

La verdad es que vivimos inmersos en un universo normativo, con lo cual quiero decir que la existencia de todo hombre, así como la de la sociedad en su conjunto, se hallan regidas por una impresionante multiplicidad de normas que, además, pueden ser agrupadas en diferentes clases.

Norberto Bobbio nos dice que no bien hemos comenzado a dirigir la atención al mundo de lo normativo, uno de los motivos que más causa asombro es que este mundo es extraordinariamente amplio y múltiple.

Escuchemos sus propias palabras: “Las normas jurídicas, a las cuales dedicaremos de manera especial nuestra atención, representan sólo una parte de la experiencia normativa. Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, de costumbres, reglas de aquella ética menor que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc.”. Y agrega: “Todo individuo pertenece a diversos grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos: cada una de esas asociaciones se constituye o se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta”.

Si acaso las precedentes explicaciones de Bobbio no fueran suficientes para comprender que de verdad vivimos inmersos en una suerte de universo normativo, analicemos a continuación un sencillo ejemplo cotidiano que mostrará cómo nuestra conducta se desenvuelve con sujeción a varios tipos de normas.

Una persona cualquiera sale por la mañana de su casa y saluda a uno de sus vecinos al momento de cruzarse con éste en la calle. Es probable que la persona de nuestro ejemplo observe ese comportamiento de modo habitual y, por lo tanto, que no examine mayormente, caso a caso, por qué se comporta de ese modo y no de otro. Sin embargo, si le pidiéramos reflexionar sobre el particular, nos diría que en presencia de sus vecinos actúa de ese modo —saludándolos y no pasando inadvertidamente ante ellos— porque considera que es su deber hacerlo. Si a continuación le preguntáramos qué tipo de deber es ese, nos diría que se trata de un deber social, esto es, que actúa de tal modo en obediencia de la *norma de trato social* que impone el deber de saludar a nuestros vecinos.

Imaginemos que la misma persona ingresa a un templo y escucha un servicio religioso en cuyo desarrollo observa otra serie de conductas, a saber, rezar, hincarse, permanecer de pie, acercarse a recibir un sacramento, dejar en el lugar la cantidad anual con que contribuye al sustento de su iglesia, etc. Seguramente esta persona tendrá una mayor conciencia acerca de los motivos que lo inducen a observar estas conductas y, preguntado por qué hace todo eso, diría ahora que lo hace en obediencia de ciertos deberes que él mismo reconoce como deberes muy distintos de aquellos a los que pertenece la obligación de saludar a sus vecinos. Agregaría que se trata de deberes religiosos, o sea, admitiría que su comportamiento está en tal sentido determinado por normas de este otro tipo, a saber, *por normas religiosas*.

A la salida del templo, el individuo de nuestro ejemplo recibe la súplica de una mujer en evidente situación de pobreza, quien le pide dinero para alimentar a los niños que la acompañan. El sujeto, conmovido, saca dinero y lo deja en manos de la mujer. Es probable que se trate de una conducta que el sujeto observa siempre o casi siempre en presencia de una situación de necesidad como la descrita y que, por lo mismo, no se detenga suficientemente a pensar por qué actúa de ese modo. Pero si le preguntáramos sobre el particular, volvería a decirnos que se comporta de ese modo, o sea, ayudando a quien lo necesita, porque lo considera un deber, aunque este deber no es ciertamente social, sino de otro orden. Se trata ahora de un *deber moral* impuesto por una norma del tipo correspondiente. Es posible

que nuestro individuo considere que se trata también de un deber religioso, puesto que su religión le manda amar al prójimo e ir en auxilio de éste cuando lo requiere, pero ello no obsta al carácter específicamente moral del deber que él ha observado. Esto último puede ser apreciado con claridad si se repara en el hecho de que un individuo no creyente, esto es, que carece de fe religiosa y que no reconoce tampoco deberes de ese tipo, podría también considerar obligatorio ayudar a la mujer necesitada.

El sujeto de nuestro ejemplo podría subir luego a su automóvil e intentar ponerlo en marcha, para lo cual cuenta con que tiene que ejecutar ciertas conductas, tales como ingresar al vehículo valiéndose de una llave, encender el motor utilizando otra llave, pisar el embrague y colocar la caja de cambio en la posición correcta, presionar un pedal llamado acelerador y maniobrar sobre la dirección del vehículo para que éste salga en un determinado sentido. Todas esas conductas son también conductas reguladas, en este caso por las llamadas *reglas técnicas*, de modo que nuestro individuo sabe perfectamente que debe ajustar su proceder a tales normas si es que quiere que el vehículo se ponga efectivamente en marcha. Sin embargo, este nuevo tipo de reglas, las reglas técnicas, se llaman de ese modo —“reglas” y no “normas”— porque se limitan a establecer los medios idóneos para conseguir un fin práctico determinado. Por lo mismo, y a diferencia de lo que ocurre con las normas de trato social, las morales y las jurídicas, las reglas técnicas representan *necesidades* condicionadas, no *deberes* condicionados, puesto que ellas se limitan a establecer qué es necesario hacer para tener éxito en la consecución de un fin práctico determinado, que en el caso de nuestro ejemplo era conseguir poner en marcha un automóvil.

Por lo mismo, y valiéndonos ahora de otro ejemplo de regla técnica, nadie diría que para encender el televisor alguien reconoce el *deber* de presionar el botón rojo correspondiente, sino que tiene *necesidad* de hacerlo si es que quiere que el aparato efectivamente encienda. De este modo, el efecto que se sigue para aquél que debiendo observar una regla técnica no lo hiciera, no consiste propiamente en un castigo, sino, simplemente, en la no obtención del fin práctico perseguido. Así, las reglas técnicas no conciernen a un *deber ser*, sino a un *tener que*.

Con todo, es preciso advertir que las llamadas reglas técnicas tienen también importancia en ámbitos convencionales. Esto quiere decir que el fenómeno de la necesidad —ese *tener que* a que nos hemos referido antes— se encuentra también presente en determinados ámbitos convencionales, por ejemplo, el de los juegos. Así, una regla técnica de tipo convencional en el juego del fútbol es aquella que dice que los laterales, esto es, las jugadoras que tienen que ser hechas por un equipo cuando el otro equipo ha sacado la pelota fuera de la cancha, tienen que ser servidos con las manos. En este caso, como se ve, la necesidad, el *tener que* sacar con las manos, no proviene de la experiencia, sino de un acuerdo o convención previamente establecido.

Por otra parte, las reglas técnicas de tipo convencional son también abundantes en el caso del derecho. Así, por ejemplo, la regla que establece que el matrimonio debe celebrarse en presencia de dos testigos, o la que dispone que la compraventa de bienes raíces tiene que ser hecha por medio de una escritura pública. En ambos casos hay también *necesidad* de hacer las cosas de una determinada manera, aunque dicha necesidad es puramente convencional.

Volviendo ahora a nuestro ejemplo, supongamos que el sujeto, debido a que no observó las reglas técnicas que establecen cómo se ha de conducir un vehículo, se vio obligado a abandonar éste y a continuar su viaje en un vehículo de la locomoción colectiva. El sujeto sube a un autobús, entrega algo de dinero al conductor, éste a su vez le hace entrega de un pequeño trozo de papel, el sujeto toma luego asiento y el conductor se ocupa de trasladarlo en una determinada dirección. Aparecen aquí nuevos comportamientos muy habitualmente ejecutados, tanto que nuestro sujeto y el conductor no han necesitado cruzar siquiera una palabra para explicarse entre sí lo que uno y otro hacen. Pero uno ha entregado una suma de dinero y el otro le conduce luego en una cierta dirección. Si preguntáramos ahora a ambos por qué hacen eso, dirían que proceden así por *deber*, porque existen unas *normas jurídicas* que regulan el contrato de transporte urbano de pasajeros, y que esas normas, así como imponen al pasajero el deber de pagar el importe de su pasaje, imponen también al conductor la obligación de transportar a los pasajeros en una cierta dirección, siguiendo para ello una ruta trazada de antemano.

Algo parecido acontecería si el sujeto de nuestro ejemplo bajara del autobús, enfilara sus pasos a una plaza y tomara asiento frente a un lustrabotas que tiene preparados sus implementos de limpieza y que se da acto seguido a la tarea de dar brillo a los zapatos que tiene por delante, de modo que, terminada su faena, nuestro individuo le entrega algo de dinero. Nuevamente es probable que ambas personas no hayan intercambiado una sola palabra entre sí, aunque las dos saben que han celebrado un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual el lustrabotas se obligó a limpiar el calzado de nuestro sujeto, mientras éste se obligó a pagar la tarifa que existe por un servicio semejante.

Si pensamos ahora en un contrato menos sencillo —por ejemplo, si el lustrabotas decide arrendar una habitación de la que es propietario el sujeto de nuestro ejemplo—, nuevamente van a producirse deberes jurídicos para ambos. El arrendador tendrá que poner la cosa arrendada a disposición del arrendatario, de modo que éste pueda usarla sin interferencias de ningún tipo, y deberá ocuparse, por ejemplo, de que la habitación sea previamente dejada por el arrendatario anterior. Por su parte, el lustrabotas, en condición ahora de nuevo arrendatario del inmueble, tendrá que pagar la renta mensual convenida y cuidar la cosa arrendada de modo de no ocasionarle daños.

Lo que interesa destacar a propósito de los dos últimos ejemplos es que carece de relevancia cuál es el contrato celebrado y cuáles las formalidades que hayan o no acompañado su celebración, porque lo que cuenta es que se trata efectivamente de un contrato y que de él van a derivar obligaciones jurídicas para una o para ambas de las partes de que se trate. Para ambas, como en los casos de los contratos de transporte urbano, de servicio y de arrendamiento antes indicados, y para una —por ejemplo, en un préstamo de dinero que nuestro sujeto hace al lustrabotas—, porque en este último caso nace una obligación —la de devolver la suma prestada— sólo para aquel que recibió el préstamo de que se trate.

Del modo antes indicado, un sencillo ejemplo de la vida cotidiana ha venido en apoyo de la afirmación de que la existencia de cualquier persona se desarrolla siempre e inevitablemente con sujeción a distintos tipos de normas de conducta.

Ahora bien, todas las normas que aparecieron en nuestro ejemplo, si meditamos ahora un instante en ellas, provienen de

distintos sujetos o instancias normativas que las han producido; van dirigidas también a diferentes sujetos; tienen asimismo muy diversos contenidos; persiguen igualmente fines muy diferentes; y su observancia, por último, va seguida de castigos que son bien disímiles entre sí. Pero por ser todas ellas normas, tienen que poseer algo en común. ¿Qué será ello? Bobbio responde: todas ellas “son proposiciones que quieren influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquéllos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que a otros”.

Al hilo de cuanto se ha dicho previamente, conviene recapitular lo siguiente:

*Primero:* la vida del hombre en sociedad se desenvuelve con sujeción a distintas clases de normas, a saber, por ejemplo, normas religiosas, normas morales, normas de trato social, normas jurídicas, reglas técnicas de carácter convencional.

*Segundo:* las distintas clases de normas difieren bastante entre sí si nos fijamos en la *autoridad* que las dicta e impone, en los *sujetos* cuyas conductas pretenden regular, en sus *contenidos*, en el tipo de *deberes* que imponen, en los *fines* que persiguen, y en los *castigos* que contemplan para el caso de que no se las cumpla. Así, todos sabemos o intuimos de algún modo que la autoridad que dicta normas religiosas no es la misma que está autorizada para dictar normas jurídicas. Todos sabemos, asimismo, que los sujetos imperados por las normas de una determinada religión no son los mismos que están imperados por las normas de trato social. Todos sabemos, además, que las normas de trato social nos imponen deberes distintos de los que nos imponen las normas morales. Sabemos igualmente que los fines de las normas religiosas, morales, de trato social y jurídicas no son los mismos. Sabemos, en fin, que los castigos a que quedamos expuestos cuando infringimos alguna de esa clase de normas —por ejemplo las de trato social o las religiosas— no son del mismo tipo que los castigos que debemos afrontar cuando infringimos normas de tipo jurídico.

**El núcleo común de las distintas clases de normas.**— Sin embargo, a pesar de sus obvias y marcadas diferencias en todos esos aspectos, de todas ellas decimos que son igualmente normas de conducta, porque comparten el núcleo central que las hace ser

tales. ¿Cuál es ese *núcleo común*? En todos los casos, se trata de proposiciones o enunciados que tienen por objeto influir en nuestro comportamiento, dirigir nuestra conducta en un sentido o el otro, conseguir que actuemos en una determinada manera que se considera deseable. “Adorarás a Dios”, “Se debe cumplir con la palabra empeñada”, “Tenemos la obligación de saludar a nuestros vecinos”, “Las personas que están inscritas en los registros electorales tienen el deber de sufragar en las elecciones”, son ciertamente normas de distintas clases. La primera es religiosa, la segunda moral, la tercera es de trato social, mientras que la cuarta es jurídica. Pero todas comparten ese núcleo común que las hace ser normas, puesto que en todos los casos se trata de proposiciones que tienen la pretensión de influir en nuestro comportamiento.

**El origen etimológico de la palabra “norma”.**— Ese núcleo central que podemos fijar a propósito del concepto de norma se refuerza cuando descubrimos que “norma” es una palabra que viene de su similar en latín, que significa a su turno “escuadra” y que, por extensión, significa también “regla o modelo”. Dicha palabra latina, según podemos leer en el “Diccionario de Filología” de Antoni Martínez y Jordi Cortés, traduce una expresión griega, “gnomon”, que quiere decir “ángulo recto formado por dos piezas de madera unidas que servía como instrumento de medición”. Así, por extensión, tal como decíamos recién, la palabra es utilizada también como sinónimo de “arquetipo” o “modelo” que debe tenerse en cuenta al actuar. En este sentido de “arquetipo” o “modelo” de comportamiento aparece la palabra “norma” cuando decimos, por ejemplo, “estas son mis normas”, o “tal proceder no se ajusta a mis normas”.

Atendido ese doble sentido que tiene la palabra latina “norma”, así como la expresión griega “gnomon”, a saber, el sentido de un instrumento de medición y el sentido de un arquetipo o modelo, no es extraño, en consecuencia, que los dos significados que de esa misma palabra registra el Diccionario de nuestra lengua sean precisamente éstos: “Escuadra que usan los artífices para arreglar y ajustar los maderos, piedras y otras cosas”, y “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades”. Pero, la verdad sea dicha, el Diccionario de la lengua castellana agrega un tercer significado de

norma —“precepto jurídico”—, que pone de manifiesto que el derecho —que es el fenómeno que a nosotros interesa en este momento— es algo que está compuesto por normas o que tiene que ver preferentemente con normas.

Entonces, pareciera que tenemos ya a la mano una definición de norma, a saber, que se trataría de enunciados que quieren influir en la conducta de los hombres, dirigiéndola en un sentido o en otro. Pero la verdad es que esto resulta demasiado vago y general como para que podamos aceptarlo como una definición satisfactoria de norma.

Tenemos que trabajar más, entonces, con estas preguntas: ¿Qué son las normas? ¿Qué queremos decir cuando hablamos de normas?

**Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart.**— Para que pueda captarse la dificultad en que nos ponen aquellas preguntas, narraremos a continuación un episodio real bastante divertido, sobre todo si uno piensa que no acontecen muchas anécdotas divertidas entre los hombres de derecho y, menos aun, entre los filósofos del derecho.

En noviembre de 1961, el filósofo del derecho inglés, Herbert Hart, visitó a otro teórico del derecho ya mencionado por nosotros, Hans Kelsen, quien vivía y enseñaba entonces en la Universidad de Berkeley, una de las varias sedes que tiene en los Estados Unidos la Universidad de California.

Ambos autores se reunieron en un gran auditorio de la universidad, en el que se apretujaba una masa de cerca de mil estudiantes y profesores, y a poco de iniciado el debate se trezaron en una discusión a propósito de la palabra “derecho”.

Kelsen afirmó en ese foro que a su juicio el derecho era una clase o tipo de normas de conducta, o sea, dijo que cuando hablamos de derecho de lo que hablamos es de un cierto conjunto de normas que rigen en un lugar y tiempo dados, unas normas que tienen la particularidad de ser coercibles, esto es, que tienen la posibilidad de ser aplicadas por la fuerza.

Como Kelsen insistiera una y otra vez en definir el derecho como norma, Hart le preguntó qué entendía él por norma.

La pregunta de Hart era muy pertinente, porque si alguien dice que el derecho es una realidad normativa, un cierto tipo o clase de norma, ese alguien está obligado a aclarar qué quiere

decir con la palabra "norma", o sea, tiene que proporcionar una definición o al menos una idea de qué son las normas.

Pues bien: fué tanto lo que Hart insistió con su pregunta que Kelsen, exasperado, y en un tono de voz inusualmente alto en un octogenario, contestó al fin, casi fuera de sí, "¡Una norma es una norma!", cosa que asustó tanto a Hart que éste cayó hacia atrás en su silla.

Pero más allá de lo cómico que debe haber resultado esa situación —Kelsen gritando "¡Una norma es una norma!" y Hart, asustado, cayéndose de su silla—, lo cierto es que el episodio que hemos recordado pone de manifiesto lo que decíamos antes: la dificultad que existe para definir el género de las normas. Si Kelsen, uno de los filósofos del derecho más importantes de este siglo y probablemente de toda la historia del pensamiento jurídico, tuvo dificultades al respecto, porque no pudo responder más de lo que respondió —que no fue propiamente una respuesta—, podemos imaginarnos entonces el grado de complicación que hay detrás de una pregunta en apariencia tan sencilla: ¿qué es una norma?

Por lo mismo, antes de referirnos en particular a los diferentes tipos de normas —morales, de trato social, jurídicas— es preciso tratar a las normas en general, o sea, tenemos que esclarecer, hasta donde resulte posible, una noción "desconcertante", como la llamó Hart, quien en su libro *El concepto de derecho* sostiene que la manera más útil de definir el derecho es por referencia a la "familia general de las reglas de conducta", porque siempre que hablamos de derecho "lo hacemos como algo que contiene reglas", como algo que "está compuesto principalmente por reglas". Sin embargo, admite el propio Hart, sobre las normas tenemos sólo "ideas vagas y confusas".

### 3. VON WRIGHT Y LAS NORMAS DE CONDUCTA

**Seis tipos de normas. Tipos principales y tipos secundarios de normas. Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción. Normas y usos del lenguaje. Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal.**

**Seis tipos de normas.**— Georg Henrik Von Wright, y la teoría que este lógico ha desarrollado acerca de las normas, pueden prestarnos un buen apoyo en nuestra tarea de aclarar el concepto de norma. Su pensamiento al respecto podría ser resumido de la siguiente manera:

La palabra "norma" es utilizada en varios sentidos y, a menudo, con un significado poco claro.

Si ordenamos los distintos sentidos en que suele utilizarse la palabra "norma", tendremos 6 tipos de normas, a saber, *normas definitorias* o *determinativas*; *normas técnicas* o *directrices*; *normas prescriptivas*; *normas ideales*; *normas consuetudinarias*; y *normas morales*.

Para definir cada uno de esos seis tipos de normas conviene remitirse al libro de Von Wright, *Norma y acción*, y apoyarse, asimismo, en la muy adecuada presentación que de este tema hace Daniel Mendonca en su texto *Introducción al análisis normativo*.

En primer lugar están las normas *definitorias*, llamadas también *determinativas*, que son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto. Las reglas de los juegos, o sea, aquellas que fijan cuáles son en un determinado juego las acciones o los movimientos correctos e incorrectos.

Están luego las normas *técnicas*, llamadas también *directrices*, que son aquellas que establecen los medios idóneos para alcanzar un fin determinado.

Se las acostumbra denominar "reglas" técnicas, en lugar de "normas técnicas", porque se refieren no propiamente a deberes de los sujetos, sino a necesidades que éstos tienen que observar cuando se proponen un fin determinado. Por lo mismo, menos que un *deber ser*, indican un *tener que*. Así, por ejemplo, según vimos en su momento, hay un conjunto de reglas técnicas que determinan qué es lo que hay que hacer para conducir un automóvil, esto es, para ponerlo efectivamente en marcha y llevarlo en la dirección que se desee.

En tercer lugar están las normas *prescriptivas*, llamadas también *prescripciones*, que son aquellas que emanan de una autoridad normativa y que van dirigidas a uno o más sujetos normativos respecto de los cuales dicha autoridad tiene la pretensión de que se comporten como la norma establece. Además, la autoridad normativa que establece la prescripción



procede a promulgar ésta, o sea, a certificar su existencia y a darla a conocer a los correspondientes sujetos normativos, a fin de que éstos puedan efectivamente cumplirla. Por último, y para dar efectividad a este tipo de normas, la autoridad normativa preestablece un castigo o sanción que deberá hacerse efectivo cada vez que algún sujeto normativo no se comporte como la prescripción señala.

Las normas del derecho son un buen ejemplo de prescripciones, aunque, según veremos en su momento, no todas las normas jurídicas son prescripciones. Lo que pasa es que el derecho, visto en su conjunto, esto es, no en una o más de las normas aisladas que lo componen, sino en esa unidad que recibe el nombre de "ordenamiento jurídico", puede ser visto, efectivamente, como un orden *prescriptivo* de la conducta humana.

En cuarto término están las normas *ideales*, que son aquellas que sin estar referidas a un comportamiento específico que deba ser observado por alguien, establecen, no obstante, determinados modelos generales o arquetipos con los que se quiere presentar el conjunto de los atributos que caracterizan a un tipo humano determinado. Por lo mismo, las normas ideales establecen antes *modo de ser* que *modos de hacer*.

Normas ideales, por ejemplo, son las que establecen qué es un buen padre de familia, un buen profesional, un buen marido, que son sin ir más lejos los mismos ejemplos que Daniel Mendonca ofrece en su libro antes mencionado.

En quinto lugar están las normas *consuetudinarias*, que son aquellas que marcan ciertas regularidades conductuales que se producen a partir de la disposición o tendencia de los hombres a actuar de la misma manera ante situaciones también similares. Son auténticos *hábitos sociales* que se transforman luego en patrones de conducta para los miembros del grupo de que se trate.

Finalmente, están las normas *morales*. Von Wright declara que este tipo de normas es de muy difícil caracterización por la falta de suficientes criterios identificadores, lo cual puede provenir de que la moral no constituye un ámbito normativo unitario, según expondremos en su momento, sino diferenciado a lo menos en tres diferentes esferas: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos y filosóficos.

**Tipos principales y tipos secundarios de normas.**— A los tres primeros tipos de normas Von Wright los llama "tipos principales de normas" y a los tres últimos "tipos secundarios de normas". Estas denominaciones se justifican, en su opinión, porque es característico de los tres tipos secundarios presentar afinidades con uno o más de los tres tipos principales. Así, por ejemplo, las normas consuetudinarias tienen algo de las normas definitorias o determinativas y se parecen también a las prescripciones. Por su parte, las normas morales se parecen a las directrices y a las prescripciones. Por lo que respecta a las normas ideales, estarían en una posición intermedia entre las definitorias y las directrices.

**Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción.**— Quisiera invitarlos ahora a que de todos esos seis tipos de normas, fijemos la atención en las llamadas "prescripciones", porque es este sentido de la palabra norma el que más sirve para comprender y explicar las normas jurídicas, y, asimismo, las morales y las de trato social, porque estas tres últimas clases de normas tienen algo, o mucho, de las así llamadas "prescripciones".

Si uno mira el esquema de Von Wright, sólo las normas jurídicas encajarían en lo que él llama "prescripciones", puesto que las de trato social encajarían en las "consuetudinarias", las morales en las "morales", y las religiosas no sabríamos bien dónde colocarlas, puesto que el autor finlandés les da una presencia mínima en su esquema.

Si nos quedamos ahora sólo con las "prescripciones", éstas presentan según Von Wright siete elementos constitutivos:

*Carácter:* el carácter de una norma se halla en relación con lo que ella prescribe, puesto que una norma tanto puede estar dada para que algo *deba ser hecho*, *no deba ser hecho* o *pueda ser hecho*. Si una norma prescribe que algo debe ser hecho, estamos en presencia de una norma de *obligación*; si una norma prescribe que algo no debe ser hecho, estamos en presencia de una norma de *prohibición*; si una norma prescribe que algo puede ser hecho, estamos en presencia de una norma de *permisión*.

*Contenido:* el contenido de una norma es aquello que la norma declara obligatorio, prohibido o permitido. Es claro que lo

que las normas declaran obligatorio, prohibido o permitido es siempre una acción, o sea, una determinada conducta o comportamiento. Por ejemplo, "Todo alumno que entre a la sala debe cerrar la puerta tras de sí"; "Los alumnos no fumarán en clase"; "Los alumnos podrán salir de la sala de clases cuando lo deseen".

*Condiciones de aplicación:* las condiciones de aplicación de una norma son las circunstancias que deben darse para que la acción normada sea considerada obligatoria, prohibida o permitida, según los casos. Desde el punto de vista de las condiciones de su aplicación, una norma puede ser *categorica* o *hipotética*. Será *categorica* cuando la condición de su aplicación surja de su propio contenido ("Cierre la ventana") e *hipotética* cuando la condición de su aplicación no pueda ser derivada de su solo contenido y se requiera de una condición adicional que debe agregarse a su formulación ("Si llueve, cierre la ventana").

*Autoridad normativa:* la autoridad normativa es el agente que dicta o emite la prescripción. Es la autoridad que obliga, prohíbe o permite un determinado comportamiento. A este respecto, puede decirse que cuando ese agente es el mismo que debe dar cumplimiento a la norma, estamos en presencia de una norma *autónoma* ("Debo ir todos los domingos a la Iglesia de La Matriz a colaborar con el párroco en la atención de los pobres"); en cambio, cuando el agente es distinto y está por encima del sujeto que debe cumplir la norma, diremos que ésta es *heterónoma* ("Los peatones deben cruzar la calzada sólo en los sitios especialmente habilitados para ello").

*Sujeto normativo:* el sujeto normativo es el destinatario de la prescripción, o sea, el sujeto a quien la norma manda, prohíbe o permite un determinado comportamiento. Aquí se distinguen las normas *particulares* de las *generales*, según rijan la conducta de uno o más sujetos específicos, o de toda una categoría de sujetos que respondan a una misma descripción. Cuando un juez dicta un fallo y condena a Juan a sufrir la pena de presidio perpetuo como responsable del homicidio perpetrado en la persona de Pedro, establece una norma particular; en cambio, cuando el Código Penal prohíbe el homicidio y dice, por ejemplo, que el que mate a otro sufrirá la pena de presidio perpetuo, establece una norma general.

*Ocasión de aplicación:* la ocasión de aplicación de una norma está dada por la localización espacio temporal en que debe ser cumplido el contenido de la norma de que se trate. Esto quiere decir que las prescripciones indicarán dónde y cuándo deben ser cumplidas.

*Promulgación:* la promulgación es la certificación que de la existencia de la norma debe hacer la autoridad normativa para que los sujetos normativos puedan conocerla y cumplirla.

*Sanción:* la sanción es la amenaza de un castigo que la autoridad normativa agrega a la prescripción para conseguir así mayor eficacia en el cumplimiento de ella por parte de los sujetos normativos.

**Normas y usos del lenguaje.**— Otra manera útil de aclarar qué son las normas, y en particular en qué consiste ese tipo de normas que llamamos prescripciones, es fijándonos en los distintos usos que podemos hacer del lenguaje.

A través del lenguaje, o sea, a través de esos símbolos que utilizamos cada vez que hablamos o escribimos (las palabras), podemos hacer muchas cosas.

Ludwig Wittgenstein expuso una larga lista de acciones que podemos realizar a través del lenguaje, algunas de ellas bastante simples como saludar ("¿Cómo está usted?"); agradecer ("Gracias por prestarme dinero"); suplicar ("Por favor, no me ponga una mala nota"); rezar ("Padre nuestro que estás en los cielos"); dar órdenes ("Cierre la puerta"); describir objetos ("Esta lapicera es de color negro"); valorar cosas o acciones ("Esta lapicera es hermosa" o "No me parece bien cómo usted se comporta en clase"); relatar sucesos ("Cuando salí hoy de mi casa vi como mi vecina barría las hojas de su jacarandá"); hacer conjeturas ("Pienso que Santiago Wanderers subirá este año a primera división"); cantar ("O sole mío..."); contar chistes ("En un bar había un chileno, un argentino y un peruano....").

Establecido que hay varios usos posibles del lenguaje, ¿cómo ordenar de algún modo esos usos?

*Uso informativo o descriptivo:* es aquel que hacemos del lenguaje cuando éste se emplea para transmitir información, de manera que de las oraciones de que nos valemos se puede decir que son verdaderas o falsas. "Hoy tenemos un día soleado"; "Hay 18 gra-

dos de temperatura”; “Faltan 10 minutos para el término de la clase”, serían ejemplos de este uso del lenguaje.

*Uso interrogativo:* es aquel que hacemos del lenguaje cada vez que nos valemos de éste para obtener alguna información, como por ejemplo en las siguientes frases: “¿Qué temperatura tendremos hoy?” “¿Cuántos minutos faltan para que termine la clase?”

*Uso expresivo:* es aquel que hacemos del lenguaje cuando éste se emplea para expresar emociones o para provocarlas en nuestro interlocutor. “Me gustas cuando callas porque estás como ausente...” “Piecitos de niño, azulosos de frío, cómo os ven y no os cubren, Dios mío”, “Hoy la he visto, la he visto y me ha mirado, hoy creo en Dios”. De este modo, el lenguaje poético es un tipo de lenguaje expresivo, pero no todo lenguaje expresivo es poético, como lo demuestra esta otra exclamación: “¡Arriba Colo Colo!”

*Uso operativo:* es aquel que hacemos del lenguaje cada vez que el solo hecho de pronunciar una palabra, o un conjunto de palabras, se confunde con la acción a que esas mismas palabras se refieren y que queremos realizar. “Sí, juro”; “Yo te bautizo en el nombre...”; “Voy” (en una mano de póquer).

*Uso prescriptivo o directivo:* es aquel que hacemos del lenguaje cuando intentamos dirigir la conducta de nuestro interlocutor, o sea, cuando lo que queremos es que éste adopte un determinado comportamiento o curso de acción, como en los casos de “Cierre la puerta”, “Salga de la clase”, o “Es conveniente tomar apuntes en clase”.

Cada vez que ordenamos, rogamos, sugerimos, recomendamos, pedimos, incluso cada vez que interrogamos—de donde resulta que el llamado uso interrogativo del lenguaje podría ser una modalidad del uso directivo del mismo—, estamos en presencia de ese uso del lenguaje que llamamos *prescriptivo o directivo*. Se trata de actos lingüísticos múltiples y diversos, pero que tienen algo claramente en común: con todos ellos lo que se busca es conseguir que otro realice una determinada acción.

También son posibles los usos combinados del lenguaje, por ejemplo, del *informativo y prescriptivo*: “Llueve, así que toma tu paraguas”; del *prescriptivo y expresivo*: “Da limosna a ese mendigo. ¡Es muy triste la pobreza!”.

Entonces, uno podría decir que las normas, y en particular

las prescripciones, constituyen un uso *directivo* del lenguaje, porque cada vez que alguien dicta o pone en vigencia una norma, lo que busca es *influir* en el comportamiento del o de los destinatarios de la norma de que se trate.

Así pasa, por ejemplo, con la norma religiosa que dice “Amarás a Dios por sobre todas las cosas y al prójimo como a ti mismo”; o con la norma moral que establece “Debes decir siempre la verdad”; o con la norma de trato social que dispone “Debes utilizar los cubiertos cuando comas”; o con la norma jurídica que dice “Cada vez que se celebra un contrato de compraventa, el vendedor deberá retener el 20% del precio y declararlo y enterarlo luego en arcas fiscales”.

**Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal.**— A propósito de la relación entre normas de conducta y lenguaje, cabría advertir, además del hecho de que las normas sólo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, lo siguiente:

En el fenómeno normativo es preciso distinguir el *acto normativo*, el *enunciado normativo* y la *norma* propiamente tal.

Llamamos *acto normativo* al acto lingüístico ejecutado por una autoridad normativa en un lugar y tiempo dados, destinado a producir una prescripción y, como tal, orientado finalmente a dirigir la conducta de otro u otros sujetos.

El *enunciado normativo* es el resultado del acto normativo, o sea, se trata de una cadena de expresiones del lenguaje gramaticalmente correcta y completa.

Finalmente, la *norma* es el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución del acto normativo.

Es importante tener presente esta triple distinción, puesto que cada uno de estos componentes del fenómeno normativo tiene un distinto status. El acto normativo tiene un status *pragmático*, el enunciado normativo tiene un status *sintáctico* y la norma tiene un status *semántico*.

*Pragmático*, en el caso del *acto normativo*, porque lo que este acto pretende es instituir una norma, promulgarla. *Sintáctico*, en el caso del *enunciado normativo*, porque es la Sintaxis la parte de la Gramática que enseña cómo unir y coordinar las palabras para formar oraciones. *Semántico*, en el caso de la *norma*, porque la Semántica es el estudio de los significados.

A propósito de lo último que acabamos de decir, es conveniente diferenciar entre “normas” y “enunciados normativos”. Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón escriben lo siguiente a este respecto: “Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es el conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por tanto, entre la formulación de la norma (el enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados”.

De este modo, cuando leemos los artículos de un Código o de una ley, o cuando repasamos los Diez Mandamientos, lo que tenemos propiamente por delante no son normas, sino enunciados normativos. Las normas van a ser los significados que atribuyamos a tales enunciados, lo cual pasa por la interpretación de éstos.

“Ama a tu prójimo como a ti mismo” es un enunciado normativo. Y para dar con la norma es preciso que se interprete ese enunciado; por ejemplo, que se interpreten la palabra “amar” y la expresión “prójimo”. En el contexto de un enunciado normativo como ese, “amar” puede tener diferentes interpretaciones: ¿significa que debemos atender a las necesidades de nuestro prójimo, que debemos tener afecto por éste, que debemos desearlo, que es preciso sentir pasión por él? Lo mismo pasa con la palabra “prójimo”: ¿debemos entender toda la humanidad o sólo las personas con quienes nos relacionamos más habitualmente? Según entendamos una cosa u otra, la norma será distinta.

El enunciado normativo puesto a la entrada de un parque “Se prohíbe la entrada de vehículos” obliga a interpretar la palabra “vehículos”. ¿Se trata sólo de vehículos motorizados? ¿Se incluye a las bicicletas, al coche en que transportamos a un recién nacido, al pequeño auto a pedales que conduce un niño?

Esta distinción entre enunciado normativo y norma hace posible que enunciados normativos distintos expresen una misma norma (“Se prohíbe fumar”, “No se permite fumar”), o que un mismo enunciado normativo pueda expresar más de una norma (“Las personas que tengan un ingreso anual superior a X deberán declarar y pagar un impuesto a la renta de Y, que podrá ser pagado de contado o en diez cuotas anuales”, enunciado éste que combina una norma imperativa con una permisiva).

## NORMAS DE TRATO SOCIAL, MORALES Y JURIDICAS

### 1. CLASES DE NORMAS DE CONDUCTA

**Normas de trato social, morales y jurídicas. Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad.**

**Normas de trato social, morales y jurídicas.**— Pasaremos a estudiar ahora los distintos tipos de normas de conducta, en particular las normas de trato social, las normas morales y las normas jurídicas. Nos interesan de preferencia las normas jurídicas, pero es útil identificar y caracterizar antes las otras, puesto que un ejercicio como ese nos ayudará luego a identificar y caracterizar las normas jurídicas.

A propósito de cada una de las clases de normas antes identificadas, vamos a seguir ahora el siguiente método: (1) dar una noción de cada una de ellas, (2) comentar esa noción, y, por último, (3) precisar las características o propiedades más importantes de cada una de esas distintas clases de normas, dando un tratamiento más acucioso y extenso, como es natural, a las normas jurídicas.

**Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad.**— En cuanto a las características o propiedades de cada clase de normas, las identificaremos por referencia a cuatro parejas de criterios, a saber, *exterioridad-inte-*

*rioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; y coercibilidad-incoercibilidad..* Esto significa que una vez definidas las normas de trato social, las morales y las jurídicas, y luego de comentar la noción que fijemos para cada una de esas clases de normas, procederemos a preguntarnos si ellas son exteriores o interiores, autónomas o heterónomas, unilaterales o bilaterales, coercibles o incoercibles.

Por lo mismo, es conveniente que establezcamos a continuación cuál es el contenido de cada uno de los criterios antes mencionados, o sea, es preciso aclarar en qué consiste cada una de las ocho propiedades posibles que pueden tener las distintas clases de normas. Dicho de otra manera: es necesario establecer cuándo podemos decir que una norma de conducta es exterior o interior, heterónoma o autónoma, unilateral o bilateral, coercible o incoercible, de modo que, luego de establecido qué significa cada una de tales propiedades, podamos concluir cuáles de éstas convienen a las distintas clases de normas de conducta que hemos identificado.

#### *Exterioridad-interioridad*

Decimos que una norma es *exterior* cuando ella regula únicamente las acciones efectivamente emitidas o exteriorizadas del sujeto obligado, sin alcanzar, por tanto, al fuero interno del sujeto, y desentendiéndose de las motivaciones que éste pueda tener para actuar en uno u otro sentido. Por lo mismo, una norma exterior podrá darse por cumplida siempre que el sujeto obligado adecue su comportamiento a lo que la norma prescribe, sin importar cuál haya sido la disposición interna que el sujeto pudo tener al respecto ni las motivaciones de orden subjetivo que lo puedan haber llevado a emitir un comportamiento que esté de acuerdo con la norma. Así las cosas, tratándose de normas exteriores, el juicio de aprobación o reprobación que pueda darse sobre el correspondiente sujeto obligado atiende únicamente a lo que el sujeto ha hecho o ha dejado de hacer, independientemente de cuáles hayan sido sus motivaciones íntimas para ello.

En cambio, decimos que una norma de conducta es *interior* cuando ella regula no sólo las acciones efectivamente emitidas o exteriorizadas del sujeto obligado, sino que alcanza

también con su regulación al fuero interno de éste y considere las motivaciones que pueda haber tenido para actuar en un sentido o en otro. Por lo mismo, una norma interior podrá darse por cumplida únicamente cuando la conducta del sujeto, además de adecuarse externamente a lo que la norma prescribe, muestre unas motivaciones de orden interno que sean coincidentes con dicha conducta. De este modo, tratándose de normas interiores, el juicio de aprobación que pueda darse sobre el correspondiente sujeto va a depender no sólo de lo que éste haga o deje de hacer, sino también de las motivaciones que haya tenido para ello.

Tratándose de normas exteriores, basta con que el sujeto obligado actúe *conforme al deber* establecido por ellas; en cambio, en el caso de las normas interiores se exige que el sujeto actúe *por el deber* de que se trate. Las primeras no demandan una adhesión del sujeto al deber impuesto, cosa que sí hacen las segundas. Por lo mismo, puede decirse que las normas interiores son más exigentes que las exteriores.

#### *Autonomía. Heteronomía*

*Autonomía* significa sujeción al querer propio, no al querer de otro, y, por lo tanto, una norma de conducta es autónoma cuando, desde el punto de vista de su procedencia u origen, advertimos que ella es producida por el mismo sujeto obligado que le debe obediencia o acatamiento. Por lo mismo, tratándose de normas autónomas, puede decirse que el sujeto obligado es su propia autoridad normativa, o, puesto de otro modo, que el sujeto legislado llamado a obedecer la norma se confunde con el legislador autorizado para establecer la norma.

También decimos que una norma es autónoma cuando, sin venir propiamente producida por el sujeto, sino meramente adoptada por éste, su obligatoriedad depende finalmente de que la adopción de la norma se lleve a cabo en virtud de un acto libre y consciente del propio sujeto.

En consecuencia, es posible distinguir entre autonomía en el *origen* de la norma y autonomía en el *imperio* de ésta. Así, las normas religiosas, esto es, las que determinada religión impone a sus seguidores, no tienen autonomía en cuanto a su origen, aunque sí la tienen en cuanto a su imperio. Las normas religio-

sas provienen siempre del fundador de la respectiva religión, o de quienes actúan por delegación de aquél, y no son establecidas por cada uno de los individuos que hacen suya la religión de que se trate. Sin embargo, las normas religiosas sólo obligan a los sujetos que las reconocen y aceptan como tales.

En cambio, *heteronomía* significa sujeción al querer ajeno, al querer de otro, y, por lo tanto, una norma de conducta es heterónoma cada vez que, desde el punto de vista de su origen o procedencia, ella venga producida por un sujeto distinto de aquel o aquellos que le deben acatamiento, esto es, por una autoridad normativa que se sitúa fuera y por encima de los sujetos destinatarios de la norma. Por lo mismo, tratándose de normas heterónomas, puede decirse que por una parte está la autoridad normativa y, por la otra, el sujeto imperado; o, puesto de otro modo, que por una parte está el legislador, que da o produce la norma, y por la otra el sujeto legislado, que debe acatarla sin que le haya correspondido intervenir en la producción de la norma, y sin importar, en principio, si está o no de acuerdo con lo prescrito por ésta.

Pero la heteronomía designa algo más que el origen de la norma en una autoridad que se sitúa fuera y por encima de los correspondientes sujetos normativos. Significa también que éstos, aun cuando no les hubiere correspondido ninguna intervención en la producción de la norma de que se trate, están en principio obligados a obedecerla sin importar el juicio de aprobación o de rechazo que la norma pueda merecerles.

En consecuencia, también hay una heteronomía en cuanto al *origen* de la norma y otra en cuanto al *imperio* de ésta. Las normas jurídicas son por lo general heterónomas en ambos sentidos: provienen de autoridades normativas que se sitúan fuera y por encima de los sujetos normativos que deben cumplirlas y éstos están obligados a obedecerlas al margen de la aprobación o desaprobación que les dispensen. Así, por ejemplo, con una norma que establece el deber de declarar y pagar un determinado impuesto. Pero en el ámbito del derecho puede existir una norma que sea heterónoma en cuanto a su origen —por ejemplo, la que establece el servicio militar obligatorio— y que no lo sea en cuanto a su imperio, por ejemplo, si se admite la objeción de conciencia de parte de los obligados por esa norma.

### *Unilateralidad-bilateralidad*

Una norma es *unilateral* cuando impone a un sujeto una determinada obligación o deber sin conceder a un sujeto distinto del obligado la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate.

Por la inversa, una norma es *bilateral* si junto con imponer a un sujeto una determinada obligación o deber concede a otro sujeto distinto del obligado la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate.

Es propio de las normas de conducta imponer deberes a uno o más sujetos obligados, aunque no todas ellas conceden simultáneamente a otro u otros sujetos la facultad de exigir el cumplimiento de ese deber. Cuando lo hacen, estamos en presencia de una norma bilateral; cuando no lo hacen, de una norma unilateral. Por lo mismo, tratándose de normas bilaterales es posible distinguir entre dos sujetos, a saber, el *sujeto pasivo* y el *sujeto activo*. El primero de ellos es aquel sobre quien pesa el *deber*, mientras el segundo es aquel que está investido de la *facultad* para exigir el cumplimiento del deber. De este modo, puede decirse que las normas bilaterales son *imperativo-atributivas*, puesto que imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades, mientras que las normas unilaterales son meramente *imperativas*, puesto que imponen deberes y no conceden facultades correlativas.

Respecto de cualquier norma de conducta que impere sobre algún sujeto existe para los demás sujetos la posibilidad de representar a aquél la norma de que se trate, esto es, de hacerle ver que debe ajustar su comportamiento a lo que esa norma prescribe. Sin embargo, sólo en el caso de algunas normas, que por eso se llaman bilaterales, existe frente al sujeto obligado otro sujeto en situación no sólo de *representarle* la norma y el deber que ésta le impone, sino de *exigirle* el cumplimiento de aquella o éste.

También puede decirse que las normas unilaterales son las que imponen deberes a un sujeto frente a sí mismo, en tanto que las normas bilaterales imponen deberes a un sujeto frente a otro sujeto que está en posición de exigir a aquél el cumplimiento del deber de que se trata. Es por esta razón que a veces se alude a la bilateralidad de ciertas normas con la expresión

*alteridad*, que significa, precisamente, condición de ser o de haber otro.

### *Coercibilidad-incoercibilidad*

*Coercibilidad* es una expresión que designa la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de una norma o la aplicación de la sanción que deba seguir cuando la norma hubiere sido ya infringida. Por lo tanto, una norma o un conjunto de normas son coercibles cuando a su respecto existe la posibilidad antes indicada.

En cambio, una norma es *incoercible* cuando para conseguir su cumplimiento u obtener la aplicación de la sanción que ella contemple para el caso de incumplimiento no es posible, legítimamente, recurrir a la fuerza organizada de la sociedad.

Es propio de todas las normas de conducta que impongan deberes. Es propio de todas las normas de conducta, asimismo, que en caso de no ser cumplidas se haga efectivo algún tipo de sanción sobre el correspondiente sujeto infractor. La infracción de toda norma, en consecuencia, debe ir seguida de una sanción. Sin embargo, sólo en el caso de algunas normas es posible imponer la correspondiente sanción en uso de la fuerza socialmente organizada. Cuando existe una posibilidad semejante, estamos en presencia de normas coercibles.

Cabe señalar que la fuerza de que hablamos a propósito de la coercibilidad o incoercibilidad de las normas es una fuerza física, no psicológica. Con esto queremos decir que siempre existe alguna forma de presión en favor del cumplimiento de las normas de conducta, cualquiera sea la clase a que pertenezcan, aunque sólo en el caso de algunas de éstas es posible recurrir a la fuerza organizada para conseguir su cumplimiento o a la aplicación de las sanciones que procedan. Sólo cuando ocurre esto último podemos decir que estamos en presencia de normas coercibles.

## 2. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL

**Concepto. Usos meramente fácticos y usos normativos. Simple hábitos de conducta convergente y reglas sociales. Reflexiones**

**adicionales. Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles.**

**Concepto.**— Son prescripciones, originadas al interior de un grupo social determinado, que tienden a la realización de ciertos fines como la urbanidad, el decoro, la cortesía y otros semejantes, en las que la inobservancia de los deberes impuestos se traduce en un tipo difuso de sanción, consistente en el rechazo o repudio que el grupo de que se trate hace en la persona del infractor, rechazo o repudio que, según el tipo e importancia de la norma de trato social infringida, adoptará diversas modalidades de expresión que tendrán también, según los casos, diferentes grados de intensidad.

Las normas de trato social constituyen un ámbito normativo específico, bien distinto de otros como la moral o el derecho, aunque a su interior es posible distinguir muy diferentes tipos de normas, los cuales están ligados a los también múltiples tipos de grupos que originan normas de este carácter.

Las personas, en la medida que tienen y conservan un sentido de pertenencia a grupos determinados a los que se integran ya por una libre elección o por obra del azar o del destino, dan lugar a este tipo de normas.

La costumbre suele jugar un papel de importancia en las relaciones que las personas desarrollan entre sí, lo cual quiere decir que, ante situaciones similares que se les presentan habitualmente, las personas tienden a comportarse de manera idéntica. Esto quiere decir que las personas, al responder con actuaciones iguales a situaciones similares, transforman insensiblemente algunos de sus comportamientos en conductas típicas, esto es, habituales, todo lo cual les permite organizar su experiencia de relación con los demás de una manera que las exime de tener que deliberar constantemente y frente a cada caso acerca de cuál es la conducta apropiada que ellas deben emitir en determinadas ocasiones. Así, por ejemplo, cada vez que dirigimos un gesto o unas palabras a la persona que vive en la casa contigua a la nuestra cuando nos encontramos casualmente con ella al salir a la calle, la verdad es que emitimos una conducta que importa el obedecimiento a la norma de trato social que impone el deber de saludar a nuestros vecinos; sin embargo, emitimos esa conducta de un modo casi instantáneo cada vez

que concurren las circunstancias de aplicación de aquella norma, sin necesidad de incurrir en un gran esfuerzo deliberativo al respecto.

**Usos meramente fácticos y usos normativos.**— A este respecto, conviene distinguir, según la terminología de Heinrich Henkel, entre *usos meramente fácticos* y *usos normativos*.

Los *usos meramente fácticos* son todas aquellas prácticas que, habitualmente reiteradas al interior de un grupo social determinado, carecen no obstante de fuerza normativa y, por tanto, no imponen propiamente la obligación de observarlas ni van tampoco seguidas de un castigo o sanción cuando se las deja sin observar en un caso dado. En cambio, los *usos normativos* son prácticas que de hecho son regularmente reiteradas al interior de un grupo social, pero que cuentan además con fuerza normativa y, por tanto, resultan obligatorias para los integrantes del grupo y van seguidas de algún tipo de sanción en caso de inobservancia.

Por ejemplo, constituye un uso meramente fáctico la práctica que se observa en nuestro medio de almorzar en los lugares públicos destinados a ese efecto entre las 13 y las 15 horas, de modo que si una persona concurre a almorzar a un restaurante a las 18 horas, esto es, cuando los demás clientes toman el té, no infringe propiamente ningún deber para con éstos. Los restantes clientes probablemente tomarán nota del hecho con curiosidad, sobre todo si esa persona almuerza regularmente fuera del horario común, pero en caso alguno reaccionarán frente a ella con algún tipo de sanción. Por el contrario, almorzar en un restaurante sentado a la mesa y utilizando los cubiertos para llevarse los alimentos a la boca, constituye un uso normativo, esto es, una práctica a la que el sujeto tiene el deber de sujetarse, de modo que si la persona de nuestro ejemplo se instala a comer sentado sobre la mesa y cogiendo los alimentos con las manos, lo más probable es que el dueño del local y los demás clientes no se limiten a tomar nota de su conducta como si se tratara tan sólo de un proceder diferente o extravagante, sino que reaccionen representándole a la persona que su comportamiento es impropio, apartándose de ella e impidiéndole incluso la permanencia en el restaurante o su futuro ingreso a éste.

**Simples hábitos de conducta convergente y reglas sociales.**— A este mismo respecto, Herbert Hart distingue entre *simples hábitos de conducta convergente* y *reglas sociales*. Según este autor, la diferencia está en que en las segundas hay un elemento de deber y en los primeros no. Por lo mismo, en el caso de las reglas sociales cabe esperar que la desviación por parte de un sujeto de la práctica de que se trate de lugar a un castigo, cosa que no ocurre tratándose de las simples conductas convergentes. De este modo, tomar el té a las 5 de la tarde es un hábito de conducta convergente en Londres, en tanto que la práctica que consiste en que los hombres vayan descubiertos en las ceremonias religiosas, constituye por su parte una regla social.

Uno podría preguntarse por qué una costumbre o práctica social determinada permanece en la condición de simple hábito de conducta convergente y por qué otra práctica cualquiera llega a convertirse en un uso normativo o regla social, e, incluso, por qué un uso meramente fáctico se transforma luego en un uso normativo, o, a la inversa, por qué un determinado uso normativo pierde de pronto fuerza normativa y decae hasta transformarse en un uso meramente fáctico. Las causas pueden ser ciertamente muchas y muy variadas, pero lo que importa retener sobre el particular es que tratándose de prácticas meramente fácticas, el grupo social aprecia la conducta que se desvía del modelo como una anomalía, mas no como una amenaza o un peligro. En cambio, la no observancia de un uso normativo o regla social es considerada por el grupo como un comportamiento que no es posible tolerar, y es por eso que el grupo reacciona y ejerce una presión fuerte sobre el infractor.

**Reflexiones adicionales.**— Algunas reflexiones que sugiere la noción de normas de trato social son las siguientes:

Las normas de trato social, como normas que son, constituyen prescripciones obligatorias de conducta, esto es, expresan deberes y tienen la pretensión de influir en la conducta de los sujetos a quienes van dirigidas. Como apunta Bobbio, "gran parte de la cohesión de un grupo social se debe a la uniformidad de comportamientos, provocada, precisamente, por la presencia de normas con sanción externas".

Las normas de trato social se generan directamente al interior del respectivo grupo social de que se trate, de manera es-

pontánea o bien por actos más o menos formales que ejecutan determinadas personas a las cuales se ha investido de algún modo como autoridades normativas, como es el caso de ciertas reglas que rigen en determinadas asociaciones. Sin embargo, hay múltiples grupos sociales, y de muy diversa composición, a cuyo interior se desarrollan usos normativos cuya vigencia se circunscribe al ámbito de que se trate. Así, pueden distinguirse usos familiares, usos de asociaciones, usos de determinados lugares o comarcas, usos nacionales, usos de ciertas profesiones, etc.

Es preciso advertir que las normas de trato social que se producen al interior de cada uno de tales grupos rigen únicamente para quienes pertenecen al grupo de que se trate o se relacionen de algún modo con éste. Ahora bien, Heinrich Henkel destaca que “una persona puede verse afectada por una norma de los usos, bien en base a una elección libre (cuando se pasa a ser miembro de una asociación o de una comunidad rural o se entra en el estamento militar), bien por una integración determinada por el destino (pertenencia, por nacimiento, a una nación o a la nobleza)”. Sobre el particular, lo que interesa preguntarse es si la validez de las normas de que se trate está condicionada por el consentimiento del afectado, caso a caso, a tales normas, o si el sometimiento de éste se produce por el solo hecho de la pertenencia al grupo respectivo que las ha producido con una pretensión absoluta de validez para todos sus miembros. Por lo dicho antes, es esto último lo que acontece tratándose de las normas de trato social.

Las normas de trato social apuntan a la realización de ciertos fines, tales como el decoro, la cortesía, la urbanidad, y otros semejantes.

La inobservancia de las normas de trato social por parte de un sujeto que debía observarlas, va seguida de un castigo o sanción que consiste en el rechazo o repudio que el grupo de que se trate hará objeto al correspondiente infractor. Se trata, en consecuencia, de una sanción más o menos difusa, puesto que, según el tipo e importancia de la norma de trato social transgredida, ese rechazo o repudio adoptará expresiones que pueden diferir bastante entre sí en las concreciones que adoptan y en la intensidad que puedan tener.

Señala Bobbio, con razón, que el cumplimiento de las normas de trato social está “garantizado por diversas respuestas, más

o menos enérgicas, que el grupo social da en caso de violación”, de modo que las respuestas de tipo sancionatorio que da el grupo tienen diferente grado de gravedad: “se parte de la pura y simple reprobación y se va hasta el destierro del grupo, que puede consistir en cualquier forma de aislamiento en interés del mismo grupo, o bien en una verdadera y propia expulsión”. “La forma más grave de sanción social —termina Bobbio— es el linchamiento, que es una típica sanción de grupo, expresión de la muchedumbre, forma primitiva, espontánea e irreflexiva del grupo social”.

Por tanto, las sanciones que siguen a la infracción de las normas de trato social no tienen, comúnmente, un carácter institucionalizado, esto es, ellas no se encuentran claramente preestablecidas por las mismas normas ni éstas tampoco hacen una identificación cierta de las personas que estarán facultadas para aplicar las sanciones.

Las normas de trato social se sustentan en la tradición, esto es, pueden ser identificadas observando las costumbres del grupo y el modo como se comportan habitualmente sus miembros, lo cual no impide que puedan hallarse en ciertos casos formalmente establecidas y comunicadas. Tal es el caso, por ejemplo, del reglamento de normas de conducta que un club establece para sus miembros, el cual puede llegar incluso a especificar algunas sanciones para el caso de incumplimiento y determinar con precisión el órgano que estará a cargo de su aplicación.

**Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles.**— De acuerdo a lo expresado previamente, las características o propiedades que podemos adjudicar a las normas de trato social son las siguientes:

Las normas de trato social son *exteriores*. Ellas regulan sólo las conductas efectivamente emitidas por los correspondientes sujetos normativos y pueden darse por cumplidas bastando para ello con que el comportamiento del sujeto, visto en su sola exterioridad, corresponda a aquel que la norma espera de él. Las normas de trato social no extienden su pretensión regulativa al fuero interno de los sujetos, cuyas motivaciones resultan por tanto indiferentes para certificar el cumplimiento de la norma. Tan exteriores son estas normas que no faltan quienes afirman que ellas constituyen el reino de la hipocresía, puesto que el sujeto

normativo puede observarlas incluso por mero cálculo o conveniencia, o simplemente para ahorrarse dificultades con sus semejantes, sin que resulte relevante, al momento de enjuiciar su comportamiento, cuál pueda ser el grado real de adhesión que tiene para con la norma de que se trate.

Las normas de trato social son *heterónomas*. Ellas tienen su origen en el grupo social respectivo y no en decisiones individuales de los sujetos normativos que deben observarlas. Además, estos últimos se encuentran vinculados a este tipo de normas por el solo hecho de pertenecer o de relacionarse con el grupo de que se trate, sin que su consentimiento o acuerdo pueda ser visto como una condición para la validez u obligatoriedad de las normas.

Las normas de trato social son *bilaterales*, puesto que imponen deberes a un sujeto no para consigo mismo, sino para con los demás, aunque es preciso advertir que estos últimos no están comúnmente facultados para exigir el cumplimiento de la norma de trato social, en un sentido fuerte de la expresión exigir, sino sólo para representar ese cumplimiento como algo valioso para la convivencia en armonía del grupo en que la norma deba regir.

En la hipótesis de un Robinson solitario en medio de una isla y sin relación alguna con otro hombre, no es posible imaginar siquiera la vigencia de normas de trato social a que aquél pueda hallarse vinculado. Sin embargo, la bilateralidad de las normas de trato social se ve en cierto modo debilitada, porque los sujetos distintos del obligado pueden llegar habitualmente sólo hasta representar a éste la o las normas que debe observar, mas no propiamente a exigir el cumplimiento de éstas por medios forzados. Con todo, esta última circunstancia va a depender de la importancia social que se conceda a la norma, así como de la mayor o menor institucionalización que ésta tenga al interior del grupo de que se trate. Así, por ejemplo, un amigo puede apenas representar a otro como inconveniente que no haya visitado a un amigo común para expresarle sus condolencias en presencia de la pérdida de un ser querido, pero no se le ocurriría ponerse en posición de exigirle un comportamiento semejante. A la vez, los miembros de una asociación que exigiera una determinada vestimenta en ciertas ceremonias internas, podrían ir más lejos que la sola representación de la norma frente a la

conducta de uno de ellos que no observara el deber de presentarse vestido como la norma lo dispone.

Quizás si lo que podría decirse es que en las normas de trato social hay tanto una dimensión de *unilateralidad* como de *bilateralidad*. De bilateralidad, claramente, en cuanto se trata de normas cuyos deberes representan obligaciones que reconocemos para con los demás, no para con nosotros mismos, y de unilateralidad, a la vez, si se trata de normas cuyo cumplimiento los demás no están en posición de exigirnos, sino sólo de presentarnos.

Las normas de trato social son *incoercibles*. Respecto de este tipo de normas no existe la legítima posibilidad de hacer uso de la fuerza socialmente organizada para favorecer su cumplimiento ni para hacer efectiva la aplicación de las sanciones que deban seguir en caso de incumplimiento. Salvo el caso excepcional de que esta clase de normas se encuentre institucionalizada tanto en su enunciación como en sus sanciones, así como en los órganos o personas facultados para aplicar tales sanciones, evento en el cual las normas de que se trate forman parte de lo que se llama *derecho corporativo*, no es posible ni legítimo valerse de la fuerza, socialmente organizada, para obtener el cumplimiento de las normas de trato social o conseguir la aplicación de las correspondientes sanciones al sujeto infractor.

Lo anterior no significa que las normas de trato social carezcan de sanción, puesto que la tienen, aunque con las características que fueron explicadas en su oportunidad. Tampoco significa que el correspondiente grupo social no ejerza algún tipo de presión sobre los sujetos normativos en favor del cumplimiento de las normas o de la aplicación de consecuencias negativas cada vez que uno de ellos las hubiere infringido. Pero de lo que el respectivo grupo no dispone, a diferencia de lo que acontece en el caso de las normas jurídicas, es de una *organización social* de la fuerza que pueda establecer caso a caso la procedencia de sanciones y ejecutar éstas de una manera coactiva. El grupo presiona a favor del cumplimiento de las normas de trato social; reacciona en caso de infracción; reprende, rechaza, repudia, elimina y hasta expulsa de su seno al sujeto infractor; pero no dispone de un aparato organizado que le permita institucionalizar de manera coactiva cada una de esas distintas acciones.

### 3. LAS NORMAS MORALES

**Explicación previa sobre las palabras “ética” y “moral”. Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos. Características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos.**

**Explicación previa sobre las palabras “ética” y “moral”.**— La principal dificultad que presentan las normas morales a la hora de dar una noción de ellas proviene del hecho de que la moral no constituye un ámbito normativo unitario. De este modo, buena parte de las dificultades que se encuentran para caracterizar a la moral entre los diversos órdenes normativos, surgen, como escribe Henkel, de que se acostumbra mirar a la moral “como un sector unitario y no diferenciado, pasando por alto que hay distintas esferas de la moral, que las propiedades o características de estas esferas no son exactamente las mismas y que, por último, el resultado de la contraposición entre derecho y moral varía según sea la determinada esfera o ámbito de la moral que se compare con el derecho”.

Así, según veremos más adelante, hay un ámbito de lo que podemos llamar *moral personal*, otro de lo que se denomina *moral social*, y, por último, un ámbito de lo que es posible considerar como *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*.

Sin embargo, antes de discurrir acerca de cada uno de esos ámbitos de la moral, de establecer sus características y de fijar las relaciones y a la vez las diferencias que cada uno de ellos tiene con el derecho, conviene detenerse en algunas consideraciones previas que permitan establecer los distintos sentidos en que se utilizan palabras como “ética” y “moral”.

“Ética” es una palabra que proviene del griego “ethos”, término que alude a su vez a las costumbres. Por tanto, en un *primer sentido*, llamamos *ética* a lo que concierne al *actuar*, al comportamiento humano, así como llamamos *técnica* a lo que concierne al *hacer* del hombre en cuanto este hacer le conduce a la producción de una obra. En este primer sentido, la palabra “ética” se refiere sólo al actuar humano y no califica a éste de correcto o incorrecto, de bueno o malo, sino que meramente alude a tal comportamiento.

En un *segundo sentido*, más restringido que el anterior, “ética” es una expresión que se emplea no ya para aludir en general al

comportamiento humano, sino para calificar a ese mismo comportamiento de *bueno* o de *correcto*. En este segundo sentido, ética no es cualquier conducta, sino una conducta que podemos aprobar en uso de un estándar cualquiera, o sea, de una determinada idea o criterio previo que poseemos acerca del bien.

Este segundo uso de la palabra ética es más frecuente que el primero, porque en el lenguaje común decimos que es ético no cualquier comportamiento, sino solo aquel comportamiento que estamos en condiciones de aprobar.

Por lo mismo, el segundo sentido de la palabra ética, en cuanto alude al actuar correcto, supone un estándar, esto es, un criterio o idea acerca de lo que debe ser a propósito del comportamiento de que se trate. Esta idea de lo que debe ser puede referirse a la simple urbanidad o decoro; al orden, paz y seguridad en las relaciones sociales; o al bien, entendido como la mayor excelencia espiritual que un individuo desea alcanzar para sí.

Pues bien: la idea de lo que debe ser en relación con la urbanidad, el decoro y otros valores semejantes se expresa en lo que hemos llamado usos sociales o normas de trato social. En cuanto a la idea de lo que debe ser en relación con el orden, la paz y la seguridad, que son objetivos sociales más altos que los de la simple urbanidad y el decoro, ella se expresa en otro tipo de normas —las llamadas normas jurídicas—, que son las que componen el núcleo central y más visible de ese fenómeno cultural de carácter normativo al que designamos con la palabra derecho. Por lo que toca, en fin, a la idea de lo que debe ser en relación con el bien, dicha idea se expresa en lo que llamamos moral, esto es, en un cierto conjunto de principios y normas que establecerían qué es lo que debemos hacer para actuar de un modo moralmente correcto y conseguir el bien a que aspiramos.

Por todo lo expresado antes, y sin salir todavía del segundo de los sentidos de la palabra ética, llamamos *ética* a lo que concierne al actuar humano correcto por referencia a cualquiera de los tres órdenes normativos antes individualizados, a saber, los usos sociales, el derecho y la moral, lo cual explica —por una parte— que tradicionalmente se haya dicho que las normas de trato social, las jurídicas y las morales son todas normas *éticas*, puesto que todas ellas, aunque por referencia a distintos fines, establecen qué es lo que debemos hacer para actuar correcta-

mente, es decir, de un modo adecuado o no reprochable, y —por otra parte—, ello explica también, en el plano ahora cognoscitivo, que la Ética haya sido considerada como el estudio no sólo de las normas específicamente morales, sino también de las jurídicas y de las de trato social.

En un *tercer sentido*, todavía más restringido que el anterior, ética es una palabra que se emplea habitualmente para referirse a uno determinado de los tres órdenes normativos ya mencionados, concretamente a la *moral*, dejando entonces fuera al derecho y a las normas de trato social, de donde se sigue que *ético* pasa a ser ahora sólo el comportamiento *moralmente correcto*, o sea, aquel que es en el hecho tal y como debía ser de acuerdo con la norma moral de que se trate.

*Ética*, de acuerdo a este tercer sentido, pasa a ser sinónimo de moral, y, en consecuencia, se trata de una expresión alusiva a lo que deberíamos hacer para alcanzar el bien y evitar el mal.

Véase, en consecuencia, cómo la palabra ética tiene tres sentidos: *uno*, el más amplio, para aludir al *comportamiento humano* en general; *otro*, menos amplio, para aludir sólo a los *comportamientos humanos correctos*, o sea, los comportamientos que es posible aprobar desde cualquiera de los tipos de normas o estándares que hemos identificado; y un *tercero*, en fin, más particular, para hacer referencia al *comportamiento humano moralmente correcto*, esto es, al comportamiento humano que puede recibir aprobación desde un punto de vista moral.

Si fijamos ahora nuestra atención en la palabra moral, entendida como un cierto orden normativo que podemos identificar y a la vez diferenciar de otros órdenes normativos, tales como el derecho y las normas de trato social, es preciso diferenciar ahora los *tres distintos modos de hablar* que es posible adoptar en relación con tal orden normativo. El *primer nivel* o modo de hablar de la moral es el de las propias normas morales que componen ese orden, en cuanto estas normas suelen encontrarse sustentadas en el lenguaje, tanto oral como escrito, que empleó el líder moral que instituyó las normas en referencia. Así, la expresión “No matarás”, escrita por Jehová en las Tablas de la Ley, o “Amarás a tu prójimo como a ti mismo”, pronunciada más tarde por Jesús, si bien constituyen normas que en su origen tienen un evidente carácter religioso, nada impide considerarlas como normas de un código moral que muchas personas en la

actualidad, sin ser necesariamente cristianas y a veces ni siquiera creyentes, aceptan como directivas cuya observancia, en la idea que esas personas tienen del bien, les ayuda a ser buenas o mejores desde un punto de vista moral.

Un *segundo nivel* o modo de hablar de la moral se configura en la medida en que existe también un lenguaje que no es el que emplean las propias normas morales en su formulación, sino el que utiliza quien, con cualquier propósito, desea intervenir en la dictación de este tipo de normas, sino sólo en su identificación, en la aclaración de los términos que ellas emplean y, en general, en su interpretación, o sea, en la determinación del ámbito de significado que tales normas puedan tener.

En el primero de los niveles que hemos presentado, el lenguaje de la moral es *prescriptivo*. Se trata del lenguaje que emplean las propias normas, o, mejor aun, quien o quienes hayan establecido las normas, y que nos dice cómo debemos comportarnos. “Robar es malo” sería un ejemplo al respecto, puesto que se trata de un enunciado que quiere influir en el comportamiento de quienes lo escuchan. En cambio, el lenguaje de la moral en el segundo de los niveles es *descriptivo*. Se trata del lenguaje que emplean quienes escogen como objeto o materia de estudio un determinado orden moral y procuran decirnos no propiamente cómo conducirnos, sino cómo aumentar nuestro conocimiento acerca de ese determinado orden moral. Es lo que ocurre, por ejemplo, si alguien nos dice “En Chile se considera que robar es malo”.

De este modo, uno es el lenguaje de Jesús diciéndonos que debemos amar al prójimo, y otro distinto es el del sacerdote de una religión cristiana o el de un comentarista cualquiera que nos trata de decir, en el contexto de ese mensaje de Jesús, en qué consiste “amar” y qué se entiende por “prójimo”.

Por lo mismo, en el primero de esos niveles la moral es *normativa*, porque *consiste* en normas y porque, en consecuencia, habla normativamente; en cambio, en el segundo de los niveles el discurso moral es *normativo* únicamente porque *recae* sobre normas de tipo moral.

Pero hay todavía un *tercer modo de hablar* acerca de la moral, que da lugar, por su parte, a un *tercer nivel* del discurso moral. Este tercer modo de hablar se configura en cuanto hay personas interesadas en hablar de moral no ya instituyendo directa-

mente normas de este tipo –primer nivel– ni tampoco interpretando un determinado orden moral para facilitar así su conocimiento y, eventualmente, su aceptación y acatamiento –segundo nivel–, sino planteando y analizando aspectos más generales, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un filósofo se pregunta, más allá de los límites y contenidos de un orden moral determinado, si y cómo es que el hombre cuenta con una conciencia que le permite valorar con algún grado de certeza la bondad y maldad de sus actos, si y cómo es posible hablar de moral como un orden normativo, si y cómo es posible distinguir la moral de otros órdenes normativos que le son próximos o afines, si y cómo es posible, además, distinguir distintos modos de hablar acerca de la moral, si y cómo es también posible diferenciar diversos sectores o ámbitos de la moral en cuanto orden normativo, si y cómo –por último– podemos dar algún contenido y alcance a determinadas palabras que están presentes en todo discurso moral, tales como “bueno” o “malo”.

Ese tercer modo de hablar es el de los *filósofos de la moral*. En cuanto al primero de los modos de hablar que identificamos antes –el de las normas morales– pertenece por su parte a los *moralistas*, sin dar a esta última palabra ninguna connotación peyorativa. Y por lo que toca al segundo de los modos de hablar –al de quienes no dictan normas morales, aunque sí las explican e interpretan–, puede ser tanto un modo de hablar de filósofos de la moral como de moralistas. Será de *filósofos* cuando el propósito del analista sea sólo mejorar el conocimiento y la comprensión que los demás tengan acerca del orden moral de que se trate. Será de *moralistas* cuando, sin perjuicio de lo anterior, la motivación principal del intérprete tenga que ver con la idea de favorecer en los que escuchan una disposición a aceptar y a obedecer el orden moral acerca del cual se habla.

Pues bien: a ese discurso moral de primer nivel, se le suele llamar, simplemente, *moral*; al de segundo nivel, *ética*; y al tercero, *metaética*.

Lo anterior quiere decir que el que introduce normas morales o promueve su cumplimiento, se mueve en el plano de lo que se llama *moral*; el que procura conocer y explicar las normas morales dadas en ese primer nivel, se mueve, por su parte, en el plano de la *ética*; y el que trata de responder a preguntas que conciernen no a un orden moral determinado, sino a la

moral en general, y discurre en torno a preguntas como las que fueron indicadas un par de párrafos atrás, se mueve ahora en el plano de la *metaética*. Por lo mismo, cada vez que estamos en presencia de un discurso moral, cabe preguntar a cuál de esos tres planos pertenece el discurso de que se trate, aunque, claro está, son planos que pueden en ocasiones superponerse entre sí. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien se sitúa en el plano de la *ética*, esto es, trata de identificar, interpretar y comprender un orden moral dado, y, a la vez, está interesado en que ese trabajo que realiza sirva de algún modo a la promoción de ese mismo orden, caso en el cual estará también situado en el plano que llamamos *moral*.

Cabe mencionar, asimismo, que no faltan autores que hacen un sólo plano de los dos últimos que hemos identificado, esto es, de la *ética* y de la *metaética*, a fin de contrastarlo y diferenciarlo del primero, o sea, de la *moral*. De este modo, se habla en ocasiones de *ética normativa*, para aludir al primero de tales planos, y de *metaética* para referirse a los otros dos en su conjunto. De acuerdo a esta manera de ordenar las cosas, la *ética normativa* sería la que propone normas morales, en tanto que la *metaética* discurriría acerca de esas normas para aclarar el lenguaje de que éstas se valen en su formulación. Aludiendo a esta distinción. W. D. Hudson, en su libro *La filosofía moral contemporánea*, escribe lo siguiente: “El moralista es alguien que utiliza el lenguaje moral en lo que podemos llamar primer orden. El moralista, en cuanto tal, toma parte en la reflexión, argumentación o discusión de lo que es moralmente acertado o equivocado, bueno o malo. Habla de lo que la gente debe hacer. En cambio, por filósofo moral entiendo a alguien que toma parte en lo que podemos llamar discurso de segundo orden”, y que, en cuanto tal filósofo de la moral, formula preguntas tales como “¿Qué características definen el lenguaje moral como tal?”, “¿En qué se distingue y en qué se asemeja el lenguaje usado para otros propósitos, tales como enunciar hechos empíricos o pronunciar mandatos?”, “¿Qué hace una persona cuando habla de lo que debe hacer?”

En fin, otra distinción que vale la pena tener presente es aquella que se hace entre *ética normativa* y *ética crítica*. La primera se identifica con un orden moral cualquiera, de carácter objetivo, mientras la segunda lo hace con un orden moral que

debería regir aunque no reconozca una vigencia objetiva. En este sentido, la ética normativa se configura sobre la base de un orden moral que *es*, o sea, que rige efectivamente, mientras que la ética crítica se refiere a un orden moral que *debe ser*, esto es, al que se quiere dar una vigencia objetiva de la que carece.

**Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos.**— Según dijimos al inicio del apartado anterior, si se piensa en la moral como orden normativo, es preciso reparar en que no se trata de un orden único ni indiferenciado, sino que es posible distinguir distintos ámbitos, a saber, la *moral personal*, la *moral social* y la *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*. Esta distinción es útil de ser tenida a la vista no sólo porque permite advertir que cuando hablamos de moral como orden normativo no hablamos de un sector único e indiferenciado, sino porque a la hora de trazar las relaciones entre derecho y moral, el resultado va a ser distinto si lo que se compara con el derecho es uno u otro de esos tres distintos ámbitos de la moral.

La *moral personal*, también llamada moral autónoma o moral de la perfección, se configura a partir de la idea de bien o de perfección moral que cada individuo forja dentro de sí, y de la que derivan exigencias morales que se expresan en normas o pautas obligatorias para el respectivo sujeto.

Por su parte, la *moral social*, o moral media, se configura a partir de las ideas que acerca de lo bueno prevalecen en una comunidad determinada y, por lo mismo, se expresa en un conjunto de exigencias de orden moral que el grupo social de que se trate dirige a sus miembros.

Finalmente, la llamada *moral de los sistemas religiosos y filosóficos*, también llamada sistemas de ética superior religiosa, como hace Henkel, se forma a partir del mensaje y testimonio de los fundadores de las grandes religiones, como en el caso del cristianismo, o del que dan y establecen determinados pensadores o filósofos, como es el caso del estoicismo, y se expresa también en máximas, principios y normas por las que rigen su conducta moral las personas que adhieren al credo religioso o filosófico de que se trate.

La llamada *moral personal o autónoma* tiene entonces su centro de gravedad en la conciencia de cada individuo, porque es allí donde surgen, o al menos donde se aceptan y aprueban, las normas de conducta que han sido formadas o adoptadas sobre la base de la idea de bien o de perfección moral que el propio sujeto ha abrazado previamente. Es también la conciencia del sujeto moralmente obligado la que actúa como instancia de juzgamiento en caso de incumplimiento de una de las normas de este ámbito, y, asimismo, la instancia sancionadora, a través del remordimiento, en caso de infracción.

Haciendo una analogía con el derecho, puede decirse que en esta primera esfera de la moral, la conciencia individual actúa a la vez como *legislador* (da o establece la norma), como *juez* (enjuicia el comportamiento que se desvía de la norma) y como *órgano ejecutor de la sanción* (produce ella misma, directamente, el castigo para el infractor).

La *moral social*, por su parte, tiene su centro de gravedad en el grupo de que se trate, porque proviene del acervo fundamental de ideas y creencias predominantes en el mismo grupo acerca de lo que es moralmente bueno o moralmente incorrecto. Por lo mismo, este ámbito de la moral se constituye en la medida en que todo grupo social, al margen de cuál sea la moral personal de cada uno de sus miembros, comparte algunas ideas, creencias o sentimientos firmemente arraigados acerca de lo que sea moralmente correcto o incorrecto en las relaciones de sus integrantes, las cuales, por su parte, se reflejan en ciertas maneras de actuar estandarizadas dentro del grupo de que se trate. Por lo tanto, la fuerza vinculante de este sector de la moral no reside en la conciencia de cada individuo, sino, como apunta Henkel, "en el ejercicio, devenido normativo, del comportamiento del grupo".

En consecuencia, y valiéndonos otra vez de la misma analogía, el grupo social es el que actúa aquí como legislador y, asimismo, como órgano de control y de juzgamiento de las conductas que se aparten de los correspondientes patrones e, incluso, el mismo grupo actúa como órgano sancionador, a través del reproche o reprobación social de que hace objeto al sujeto infractor.

Por último, la *moral de los sistemas religiosos o filosóficos* tiene su centro de gravedad en el mensaje del fundador o inspirador

de la religión o del sistema filosófico de que se trate, puesto que este tipo de normas morales, en lo que a su capacidad de vinculación se refiere, sobrepasan a tal fundador o inspirador y alcanzan a una vasta pluralidad de individuos, a saber, todos los que se proclaman creyentes o partidarios de la doctrina religiosa o filosófica de que se trate.

Cabe advertir que los tres estratos de la moral que hemos identificado no deben ser vistos como si estuvieran enteramente aislados unos de otros, al modo de compartimentos estancos, esto es, como si carecieran de relaciones e influencias recíprocas. Heinrich Henkel lo expresa de la siguiente manera: "En la imagen de los 'estratos' superpuestos no hemos de representar éstos aislados entre sí, sino en una relación e influencia mutuas. Ya el nacimiento de una ética superior, aunque haya sido fundada por un individuo, por el creador de una religión por ejemplo, y aun más su difusión entre un grupo de partidarios, presupone que encuentre un ambiente de predisposición en el sentir valorativo de muchos individuos. Por otra parte, la fuerza normadora de la ética superior actúa también sobre la vida de la sociedad".

Además, y trasladándonos ahora a los ámbitos de la moral personal y de la moral social, resulta evidente que ambos sectores interactúan constantemente, puesto que la moral social no se configura con entera independencia de lo que sea la moral personal de los individuos miembros del grupo, ni esta moral personal es tampoco ajena a la experiencia moral que cada individuo adquiere mediante su educación y su misma pertenencia a un grupo determinado en el que prevalecen ciertas ideas o creencias acerca de lo que es moralmente bueno o aceptable.

**Las características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos.**— Las normas de la moral personal son *interiores*, esto es, regulan tanto las conductas efectivamente emitidas por el sujeto obligado cuanto el fuero interno de éste, de modo que para poder darlas por cumplidas no basta con que dicha conducta se adecue a la norma, sino que es preciso, además, que exista moralidad en el fuero íntimo del correspondiente sujeto, o sea, en las motivaciones que éste tuvo para actuar de un modo o de otro en un caso dado. En consecuencia, el juicio moral sobre el sujeto normativo no puede basarse sólo en la observación de lo

que éste hace, sino que considera también la raíz de su conducta y examina cuáles fueron los motivos y las intenciones que el sujeto tuvo al actuar.

Las normas de la moral personal son *autónomas*. Al provenir de la propia conciencia del sujeto obligado o, cuando menos, al tener que ser aceptadas por dicha conciencia, representan la sujeción a un querer propio, no a un querer ajeno.

Las normas de la moral personal son *unilaterales*, esto es, representan deberes que un sujeto admite frente a sí mismo y frente a la idea de bien o de perfección moral que asume como propia, y no confieren a un sujeto distinto la facultad de exigir el cumplimiento de tales deberes. Los sujetos distintos del obligado podrán representar a éste las normas morales a que decidió sujetarse, pero no están en posición de exigirle que se comporte de ese modo.

Las normas de la moral personal son *incoercibles*, o sea, no existe en este sector de la moral la posibilidad de emplear la fuerza socialmente organizada ni para obligar al sujeto normativo a cumplir con las normas ni para imponerle castigos en caso de incumplimiento. Todo el valor de la moral personal se encuentra en que sus normas se cumplan sin mediar más fuerza que la de la conciencia del propio sujeto obligado. Por otra parte, la sanción de este tipo de normas —el remordimiento de la misma conciencia— no puede imponerse por medio de la fuerza, puesto que se trata de una sanción íntima, en cierto modo espontánea, siempre dolorosa, y por completo ajena a la utilización social de la fuerza.

Tratándose ahora de la moral social, sus normas son *exteriores*, lo cual quiere decir que regulan sólo los comportamientos efectivamente emitidos por los correspondientes sujetos normativos, no así la interioridad de éstos, y pueden entonces darse por cumplidas bastando con que lo que el sujeto hace o no hace se corresponda externamente con lo que una norma de este sector le prescribía hacer o no hacer, cualquiera sean las motivaciones de ese sujeto o la adhesión que pueda tener o manifestar respecto de esa norma.

Las normas de la moral social son *heterónomas*, es decir, provienen del grupo social de que se trate, no de la conciencia individual de los obligados, y representan entonces la sujeción a un querer ajeno, no propio, sin perjuicio de que un sujeto obli-

gado por una norma de este sector pueda también aprobar ésta en conciencia.

En el ámbito de la moral social se delimitan con nitidez, por un lado, la figura del legislador (el grupo) y, por otra, la de los sujetos imperados, sin perjuicio de que éstos, en la medida en que de hecho observan regularmente determinadas normas de la moral social, colaboran a que ellas conserven su vigencia dentro del grupo de que se trate. Por la inversa, en la medida en que la mayoría de los integrantes del grupo deja de observar una determinada norma de la moral social, ella pierde su base de sustentación y puede llegar incluso a modificarse o a desaparecer como tal.

Las normas de la moral social son *bilaterales*, puesto que imponen deberes a los sujetos no frente a sí mismos ni a la idea de perfección moral que cada uno de ellos pueda tener, sino frente a los demás y a la idea de bien moral que prevalezca al interior del grupo, de modo que los sujetos distintos del obligado cuentan con la posibilidad de exigir de éste la observancia de las normas de que se trate.

En fin, las normas de la moral social son *incoercibles*, esto es, no existe la posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada ni para garantizar su cumplimiento ni para imponer las correspondientes sanciones en caso de infracción, lo cual no obsta a que el grupo ejerza de hecho distintas formas de presión social en favor de su observancia y reaccione con castigos, como la reprobación o el rechazo social del infractor, cuando sea procedente.

Tratándose de las normas de la moral de los sistemas religiosos o filosóficos, ellas son *interiores*, *heterónomas*, *unilaterales* e *incoercibles*.

*Interiores*, en primer lugar, por las mismas razones que ofrecimos a propósito de las normas de la moral personal.

*Heterónomas*, acto seguido, porque no provienen de la conciencia del propio sujeto obligado, sino del fundador o inspirador de la correspondiente doctrina religiosa o filosófica, aunque, no es obvio, requieren de que dicha conciencia las acepte. Por lo mismo, se combina aquí un elemento heterónimo con uno de tipo autónomo. La heteronomía se muestra en el origen de este tipo de normas morales, que se transmiten a los creyentes o seguidores como un sistema en buena parte ya elaborado y

apto para su directa aplicación. Por su lado, la autonomía se muestra en que tales creyentes o seguidores se someten voluntariamente al sistema, lo cual quiere decir que si no existe autonomía en lo que concierne al origen del sistema, sí la hay en punto a la decisión que se adopta en favor de éste.

En tercer lugar, las normas de este sector son *unilaterales*, por las mismas razones que fueron dadas a propósito de las normas de la moral personal, aunque tratándose del presente sector son indudablemente más fuertes las posibilidades de representación de las normas que asiste a los que comparten con el sujeto obligado la pertenencia al sistema religioso o filosófico de que se trate.

Por último, estas normas son también *incoercibles*, por las mismas razones que lo son las de la moral personal.

#### 4. LAS NORMAS JURIDICAS

**Concepto. Comentario. Características de las normas jurídicas. Exterioridad y salvedades a la exterioridad. Heteronomía y salvedades a la heteronomía. Bilateralidad. Coercibilidad de las normas jurídicas. Coercibilidad, coacción y sanción. Aspectos resaltantes de la coercibilidad del derecho: las relaciones entre derecho y fuerza.**

**Concepto.**— Las normas jurídicas regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad, provienen de actos de producción normativa que son ejecutados comúnmente por autoridades normativas a las que otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento otorgan competencia para la ejecución de tales actos de producción normativa, cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada, y que, por último, apuntan a la realización de ciertas aspiraciones de orden, paz y seguridad que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad.

**Comentario.**— La vida del hombre en sociedad, en cuanto produce vínculos de cooperación y solidaridad, aunque también conflictos, no está regulada únicamente por las normas de trato social y por las de la moral social. Existe también otro orden

normativo, formado por las llamadas normas jurídicas, las cuales son producidas por actos de legisladores históricos, estos es, por autoridades normativas institucionalizadas y, por tanto, identificables, a las que se reconoce competencia para producir este tipo de normas y, asimismo, para modificarlas o dejarlas sin efecto. En consecuencia, si la vida del hombre en sociedad conlleva la existencia de *normas de trato social*, que procuran realizar fines como la urbanidad, la cortesía y el decoro, así como *normas de moral social*, que realizan por su parte una cierta idea media del bien que prevalece en la sociedad de que se trate, dicha vida del hombre en sociedad conlleva también la presencia de *normas jurídicas*, cuya finalidad se relaciona con las exigencias de paz, orden y seguridad en el curso de las relaciones sociales.

Desde las más sencillas hasta las más complejas formas de organización social que los hombres han ido desarrollando a lo largo de la historia, desde la pequeña y homogénea tribu hasta las actuales sociedades extensas y plurales en que nos toca vivir, todas ellas han supuesto la vigencia de un determinado ordenamiento jurídico, más complejo o menos complejo según los casos, esto es, han supuesto la existencia de normas que tienen la pretensión de guiar el comportamiento en algún determinado sentido, valiéndose para ello de sanciones preferentemente negativas, a saber, de consecuencias desfavorables que deben producirse cada vez que un sujeto normativo se desvía de las normas correspondientes, sanciones que, por último, pueden ser impuestas por medios coactivos.

Es usual que a este tipo de normas, vistas en el conjunto que ellas hacen, se las llame *derecho*, lo cual explica, por ejemplo, que con la expresión "derecho chileno" quiera aludirse al conjunto de las normas jurídicas que rigen en el Estado de Chile. Puede ser discutible que el derecho se identifique con las normas jurídicas, esto es, que se trate de una palabra que designa nada más que un cierto orden normativo de la conducta humana que posee carácter coactivo, pero lo que no resulta discutible es que en toda sociedad existen las llamadas normas jurídicas y que éstas conforman un cierto orden coactivo que regula la conducta de quienes viven en ella.

"El derecho, como el aire, está en todas partes", escribe Carlos Nino. "El derecho está presente, directa o indirectamente, en muchos de los episodios de nuestra vida cotidiana", escribe

por su parte Antonio Hernández Gil. Por ejemplo, continúa explicando Carlos Nino, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que sus vecinos podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido algunas reglamentaciones y habrá hecho uso también de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos); aunque no posea un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la "coraza" normativa que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; y si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescrito por normas jurídicas.

Sobre lo que Nino quiere llamar la atención es que todos esos contactos con el derecho ocurren en un día normal de cualquier persona, lo cual produce una cierta "omnipresencia del derecho", y, a la vez, una evidente dificultad para "aislarlo conceptualmente y explicar su estructura y funcionamiento".

Por su parte, Antonio Hernández Gil, en un breve trabajo que tituló *El derecho*, llama también la atención sobre la fuerte presencia que el derecho tiene en la vida de todas las personas. Del departamento de donde salió esta mañana, dice él, puedo ser propietario o arrendatario, con consecuencias muy distintas en uno y otro caso; si al conducir mi automóvil camino al trabajo encuentro una señal de "Ceda el paso", puedo detenerme y cumplir así con una obligación jurídica, o no detenerme y quedar expuesto a la correspondiente sanción; antes de ingresar a mi lugar de trabajo puedo adquirir tabaco y celebrar de este modo un contrato de compraventa por el que, a cambio de los cigarrillos, he pagado un determinado precio; el lugar de mi trabajo puede ser un Instituto dependiente del

Ministerio de Educación y en él se espera de mí que cumpla con los deberes funcionarios que acompañan al cargo que desempeño; a la salida del trabajo puedo dirigirme a una tienda con el propósito de adquirir un terno y encontrarla cerrada por huelga de su personal y, descontenta la molestia que este hecho me causa, advertir que los trabajadores de ese lugar están haciendo uso de un derecho; mi familia me espera en casa para comer juntos y tengo también conciencia de que sus miembros tienen derechos y obligaciones que les atribuye e impone el Código Civil; más tarde puedo sentarme a escribir un artículo para una revista y ejercitar de ese modo mi libertad de expresión; en fin, puedo ese mismo día acostarme temprano, puesto que al día siguiente tengo previsto levantarme de madrugada para ir a cazar, una actividad, esta última, que es para mí un pasatiempo, pero que está también regulada por disposiciones de orden jurídico.

Con estos otros sencillos ejemplos, Hernández Gil quiere decirnos que basta tener conocimientos jurídicos elementales, sentido común y noticia de algunos datos legales mínimos para darnos cuenta de la presencia que el derecho tiene en cada uno de los actos antes señalados. Sin embargo, agrega el autor, "preguntas como ¿cuál es la naturaleza o esencia del derecho?", o, simplemente, "¿qué es el derecho?", permanecen abiertas y sin respuestas convincentes, a veces ni siquiera para quienes las contestan, tras muchos siglos de meditación.

En consecuencia, vamos a continuar ahora trabajando con las normas jurídicas y a posponer para más adelante la cuestión de los distintos sentidos o significados de la palabra "derecho" y la pregunta acerca de si lo único que se designa con esta palabra es el conjunto de las normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo dados.

**Características de las normas jurídicas.**— De las normas jurídicas puede decirse que son *exteriores*, *heterónomas*, *bilaterales* y *coercibles*. Sin embargo, tanto la exterioridad de las normas jurídicas como su heteronomía reconocen importantes *salvedades*. Precisamente, una debida atención por esas *salvedades* conduce a la conclusión de que esta clase de normas son sólo *preferentemente heterónomas* y que en ellas únicamente *domina una dimensión de exterioridad*.

**Exterioridad y salvedades a la exterioridad.**— Las normas jurídicas son *exteriores* porque regulan los comportamientos exteriorizados de los correspondientes sujetos normativos, esto es, las conductas efectivamente emitidas por éstos y no los comportamientos meramente pensados o proyectados, de modo que para que una norma jurídica pueda darse por cumplida basta con que lo que el sujeto hizo o dejó de hacer sea lo mismo que la norma le exigía o prohibía hacer, resultando por tanto indiferentes las motivaciones internas que el sujeto haya tenido para comportarse de una u otra manera.

Lo anterior quiere decir que el derecho fija su atención en los comportamientos *exteriorizados* de los sujetos imperados, dejando fuera de regulación la interioridad de éstos, y que, sin pretender la adhesión a sus normas de parte de tales sujetos, reclama únicamente que éstos se comporten del modo que las normas indican. Así, por ejemplo, un sujeto normativo puede desear la muerte de otro y solazarse internamente con las distintas alternativas de que podría valerse para conseguir ese efecto, pero, a la vez, y movido por el sólo temor a las fuertes sanciones jurídicas que se contemplan para el delito de homicidio, abstenerse de realizar cualquier acto que pueda movilizar esa interioridad. Una interioridad, claro está, que es posible reprobar en este caso desde un punto de vista moral, mas no jurídico, porque, como suele decirse, "los pensamientos no se castigan". Del mismo modo, una de las obligaciones que tiene el arrendatario de un inmueble es pagar la renta convenida, porque así lo disponen las normas del Código Civil relativas al arrendamiento y porque así lo pactaron ambas partes al celebrar el correspondiente contrato. Pues bien: un arrendador cumple con dicha norma tanto si el pago lo hace con perfecta conciencia de su deber, esto es, por adhesión a la norma, como si lo hace de mala gana o incluso deseando en su fuero interno toda clase de males al arrendador que se presenta puntualmente todos los meses a cobrar la renta.

Kant distinguió entre *moralidad* y *legalidad*. Se llama *legalidad* a la mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la norma, sin tener en cuenta los móviles de la acción; en cambio, se habla de *moralidad* cuando la idea del deber es, al mismo tiempo, el móvil de la acción. En consecuencia, tratándose de normas jurídicas nos encontramos en el dominio de la mera legalidad.

Por lo tanto, como escribe Heinrich Henkel, "la sola existencia de mala voluntad y mala motivación sólo infringe la moralidad; pero mientras no se produzca el correspondiente comportamiento externo no fundamenta una ilegalidad". Todo lo cual es producto del diferente objetivo de ambos sectores normativos —moral y derecho—, porque en el primero de ellos "se trata de la realización de la idea del bien moral", mientras que en el segundo lo que se persigue es "encauzar la actuación social, a fin de alcanzar una convivencia soportable en la sociedad".

Sin embargo, la exterioridad de las normas jurídicas reconoce algunas *salvedades* que es preciso anotar. Por lo demás, una debida atención por dichas *salvedades* nos conducirá a la conclusión de que las normas jurídicas son sólo *preferentemente exteriores*, o, lo que es lo mismo, que en el derecho *domina una dimensión de exterioridad*.

La *primera salvedad* aparece en la medida en que advertimos la dificultad de que existan actos totalmente interiorizados y actos puramente exteriorizados, puesto que lo común es que la interioridad de las personas tienda a expresarse en conductas exteriores, a la vez que muchos de los que consideramos actos exteriorizados pueden ser rastreados hasta encontrar su raíz en el fuero interno de los sujetos. Es efectivo que la moral demanda de los sujetos normativos que haya bien en su voluntad y en las motivaciones más profundas de su conducta. Pero el sólo bien de la voluntad y de las motivaciones no basta, porque, como se dice comúnmente, "el camino al cielo está empedrado de buenas intenciones", lo cual exige que en el terreno moral la buena voluntad y buenas *motivaciones* den lugar también a buenas *acciones*, o sea —como dice Henkel— que "la ética de las motivaciones se complementa con la ética del comportamiento". En otras palabras: "sólo con el concierto de buen comportamiento y buena voluntad se alcanza la aprobación del juicio moral".

Por su lado, es también efectivo que el derecho desatiende en principio el fuero interno de los sujetos y aspira nada más que a la *legalidad* de las conductas. Pero una vez que un sujeto normativo actúa en un sentido o en otro, puede tener relevancia, a los efectos de la calificación jurídica de su conducta, inspeccionar cuál fue su interioridad en relación con el comportamiento de que se trate.

Una *segunda salvedad* a la exterioridad de las normas jurídicas se produce en el ámbito particular del derecho penal. En esta rama del derecho siempre existe interés por conocer con qué interioridad actúan los sujetos normativos que incurren en alguna de las conductas tipificadas como delitos. En efecto, mientras un sujeto no incurra en alguna de esas conductas (matar, lesionar, robar, hurtar, etc.), su interioridad es enteramente irrelevante desde un punto de vista jurídico, por aplicación de la máxima antes señalada: "los pensamientos no se castigan". Pero una vez que el sujeto ejecuta alguna de esas conductas es importante determinar si lo hizo intencionadamente o sólo por descuido o negligencia. De ello dependerá que el ilícito en que la persona hubiere incurrido sea calificado de *delito* o de *cuasidelito*, de lo cual, a su vez, dependerá la gravedad de la pena que haya de aplicársele.

"Delito —dispone el Art. 1 del Código Penal— es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley", mientras que el Art. 2 agrega lo siguiente: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen un cuasidelito si sólo hay culpa en quien las comete". Por lo mismo, alguien que conduciendo su automóvil lanza el vehículo deliberadamente en contra de una persona a la que desea eliminar y produce efectivamente la muerte de ésta, será procesado y condenado como responsable del *delito* de homicidio; en cambio, un conductor que causa la muerte de un peatón sin quererlo, en circunstancias que manejaba descuidada o imprudentemente, será juzgado y condenado como responsable del *cuasidelito* de homicidio.

En consecuencia: tratándose del derecho penal, la exterioridad se mantiene incólume mientras el sujeto no realiza ninguna de las conductas tipificadas como delito; pero, a la vez, dicha exterioridad desaparece por completo una vez que el sujeto incurre de hecho en alguna de esas conductas. En el primer caso, su fuero interno no es relevante para el derecho, mientras que en el segundo sí lo es.

En el campo del derecho civil aparece también, en ocasiones, una dimensión de interioridad de las normas, configurándose una *tercera salvedad* a la exterioridad.

En efecto, hay instituciones del derecho civil que exigen una determinada disposición interior de los sujetos para que puedan

entenderse debidamente configuradas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el domicilio y con la posesión. El Art. 59 del Código Civil define domicilio como "la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella", mientras que el Art. 700 dice que la posesión es "la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor o dueño". Tal como se ve, en ambos casos, para que exista domicilio o posesión, se requiere de un hecho externo y fácilmente verificable, a saber, en un caso la residencia en un lugar y en el otro la tenencia de una cosa, pero, a la vez, se exige, complementariamente, un determinado *ánimo* o disposición interna del respectivo sujeto.

Cabe llamar la atención que, todo lo contrario de las dos situaciones mostradas a propósito de esta tercera salvedad, en el campo del derecho civil se prescinde a veces por completo de la interioridad del sujeto, al cual se le hace responsable, excepcionalmente, del daño sufrido por otro sujeto sin que medie ninguna participación dañosa del primero. Así, por ejemplo, el propietario de un vehículo, aun cuando éste sea conducido por otra persona al momento de causar daño a un tercero, es civilmente responsable de este daño y debe concurrir a las reparaciones pecuniarias del caso.

En consideración a las salvedades apuntadas, debemos concluir que las normas jurídicas son sólo *preferentemente exteriores*.

**Heteronomía y salvedades a la heteronomía.**— Pasando ahora a la segunda de sus características, podemos afirmar que las normas jurídicas son *heterónomas*, puesto que lo común es que ellas sean estatuidas por autoridades normativas situadas fuera y aun por encima de los sujetos que deben obedecer esas normas. Es más: un rasgo sobresaliente de todo ordenamiento jurídico desarrollado es que éste institucionalice la producción de nuevas normas y que determine con precisión los órganos, autoridades y poderes que estarán facultados para introducirlas, así como para modificar o derogar las ya existentes. En el ámbito jurídico, por lo mismo, es fácil separar la figura del que produce las normas desde una posición de autoridad —en sentido amplio, el legislador— de la de quienes deben obedecer tales normas en condición de sujetos legislados.

Con todo, la heteronomía reconoce también importantes *salvedades*, cuya consideración nos conducirá a la afirmación de que

las normas jurídicas son sólo *predominantemente heterónomas*, o, lo que es lo mismo, que en el derecho *domina una dimensión de heteronomía*.

La *primera salvedad* al carácter heterónimo de las normas jurídicas es de carácter *político* y se produce como resultado de la democracia como forma de gobierno.

En toda sociedad organizada y compleja es preciso adoptar decisiones colectivas o de gobierno, esto es, decisiones que interesan al conjunto de la comunidad y que vinculan a todos los miembros de ésta. "Todo grupo social —escribe Bobbio— tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, tanto interior como exterior".

Lo anterior quiere decir que en toda sociedad resulta necesaria la adopción de decisiones orientadas hacia otros, o hacia todos, y estas decisiones —que podemos llamar decisiones colectivas o de gobierno—, al no poder ser tomadas por los individuos en forma aislada, es preciso que lo sean por alguien y que este alguien proceda conforme a determinadas reglas y procedimientos previamente establecidos. Así, por ejemplo, cuando un parlamento vota una ley adopta una de estas decisiones que comprometen al conjunto de la sociedad.

Ahora bien, la democracia puede ser definida como la forma de gobierno en la que la adopción de las decisiones colectivas tiene lugar con la intervención de los propios sujetos que van a quedar luego vinculados por tales decisiones. La regla básica de la democracia consiste en que en la adopción de las decisiones de gobierno debe participar el mayor número de personas, por ejemplo, toda la población adulta, esto es, todos quienes hayan alcanzado la mayoría de edad para tener y ejercer derechos políticos. Pero establecido que toda la población adulta no puede estatuir directamente, una a una, todas esas decisiones, la democracia estipula que los llamados a adoptarlas deben ser elegidos por la población y tener el carácter de legítimos representantes de ésta.

En una democracia, en consecuencia, el poder no es *ejercido* directamente por el pueblo —porque en sociedades como las actuales el pueblo no puede estar reunido permanentemente en asamblea para acordar una a una todas las decisiones de interés común—, aunque sí puede afirmarse que en una democracia el

poder *proviene* o *deriva* del pueblo, en el entendido de que es al pueblo al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, elegir a quienes tendrán competencia para tomar las decisiones colectivas. De este modo, sólo en una democracia *directa* puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en las democracias *representativas*, lo que puede decirse es que el pueblo elige al que decide o gobierna.

En una democracia directa, o sea, cuando el pueblo reunido en asamblea adopta directamente las decisiones colectivas, la heteronomía del derecho desaparece, puesto que en tal caso los sujetos se someten a su propio querer, o, al menos, al querer de la mayoría, y no al querer de otro. Tratándose en cambio de una democracia representativa, esto es, cuando las decisiones colectivas son tomadas por órganos integrados por representantes del pueblo, la heteronomía del derecho no desaparece, aunque se suaviza, porque si bien quienes quedan vinculados por tales decisiones no se someten en tal caso a un querer propio, sino al querer de sus representantes, estos últimos tienen tal carácter en virtud de elecciones libres, informadas y periódicas en las que pueden participar todos los ciudadanos. Así, en una democracia representativa, el pueblo no está de hecho sujeto a un querer *propio*, sino al querer de *otro*, aunque lo correcto sería decir que está sujeto a un querer *delegado*.

Existe también una *salvedad* de tipo *social* a la heteronomía del derecho y de sus normas.

Para explicar esta nueva *salvedad* es preciso anticipar dos conceptos jurídicos fundamentales —los de *validez* y *eficacia*— que serán desarrollados en la parte de este libro que trata del ordenamiento jurídico.

Por *validez* de una norma jurídica se entiende la existencia de ésta y su consiguiente pretensión de obligatoriedad de cara tanto a los sujetos imperados que deben obedecerla cuanto a los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla en sus consecuencias coactivas cada vez que uno de aquellos sujetos se desvíe de lo establecido por la norma. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que es *válida* equivale a afirmar que ella *existe*, que *obliga* y que *debe ser* obedecida y aplicada por los sujetos imperados y por los órganos jurisdiccionales.

Por *eficacia* de una norma jurídica se entiende el hecho de que la norma sea efectivamente obedecida y aplicada, en la ma-

yoría de los casos, por sujetos imperados y por órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, decir de una norma jurídica que tiene *eficacia* equivale a afirmar que ella *es* generalmente obedecida y aplicada.

Por lo mismo, la diferencia entre validez y eficacia salta a la vista: en cuanto válida, una norma jurídica *debe ser* obedecida y aplicada; en tanto eficaz, ella *es*, de hecho, obedecida y aplicada.

La diferencia entre ambos conceptos proviene de que una norma jurídica válida tanto puede ser eficaz como ineficaz. Será eficaz cuando resulte de hecho generalmente obedecida y aplicada; en cambio, será ineficaz cuando no consiga ser habitualmente obedecida o aplicada.

Así, puede surgir una *salvedad* a la heteronomía según sea la actitud que se adopte frente a la pregunta que inquiere acerca de cuál es la *relación* entre validez y eficacia.

Si se afirma que *no hay relación* alguna entre validez y eficacia de las normas jurídicas, o sea, que la circunstancia de resultar eficaz o ineficaz una de tales normas en nada afecta a su validez, entonces no se configura ninguna *salvedad* a la heteronomía. De acuerdo a este punto de vista, si una norma jurídica válida producida heterónomamente —por ejemplo, una ley— no consigue ser eficaz, o habiéndolo sido pierde luego su eficacia, tal hecho no perjudica la validez de la norma y ésta continúa siendo válida, esto es, continúa existiendo y teniendo el doble carácter obligatorio antes indicado.

En cambio, si se considera que la eficacia es el *fundamento* de la validez de las normas jurídicas, o sea, si se estima que lo que da u otorga validez a una norma es su eficacia, entonces se produce una evidente *salvedad* al carácter heterónimo del derecho, puesto que sus normas llegarían a existir y a obligar sólo cuando fueran antes regularmente obedecidas y aplicadas como tales. De acuerdo a este nuevo punto de vista, sería el obediencia de la norma, su aceptación por parte de los correspondientes sujetos imperados, la sujeción de éstos, en fin, a su propio querer, lo que permitiría que una norma jurídica llegara a ser válida.

También se configura una *salvedad* al carácter heterónimo de las normas jurídicas cuando se sostiene una posición distinta de las dos anteriores, como es el caso de Kelsen, quien afirma, a diferencia del primero de los puntos de vista, que la eficacia

tiene relación con la validez, y, a diferencia del segundo, que la eficacia no es lo mismo que la validez ni es tampoco el fundamento de ésta. De acuerdo con la posición de Kelsen, por lo mismo, la validez de las normas jurídicas no es enteramente independiente de su eficacia, aunque ésta no constituye el fundamento de aquélla.

Para Kelsen una norma jurídica es válida, o comienza a ser válida, con independencia de su eficacia, o sea, antes de saberse incluso si será o no eficaz. Así, una ley, luego de ser aprobada por el Congreso Nacional y de ser sancionada y promulgada por el Presidente de la República, es válida desde el mismo momento en que se publica como tal. No obstante, una norma jurídica válida necesita de la eficacia para continuar siendo válida, lo cual quiere decir dos cosas: que una norma jurídica válida que consigue además ser eficaz, sigue ella siendo válida; y que una norma jurídica válida que no consigue ser eficaz, o que habiéndolo conseguido pierde más tarde su eficacia, deja también de ser válida.

De acuerdo con el punto de vista de Kelsen, en consecuencia, una norma jurídica no necesita ser eficaz para *empezar* a ser válida, aunque sí requiere de la eficacia para *continuar* siendo válida. En otras palabras: la eficacia o ineficacia de una norma jurídica es siempre un hecho que se produce después de que la norma haya adquirido validez. Ahora bien, si lo que sigue a la validez de la norma es la eficacia de ésta, la norma continúa siendo válida; en cambio, si lo que sigue a la validez es la ineficacia de la norma, ésta pierde su validez.

Kelsen explica su posición diciendo que la eficacia no es el fundamento de la validez, aunque sí *condición* de la validez. No es fundamento de la validez porque la eficacia no es la que da u otorga la validez a las normas, pero es condición de la validez porque de la eficacia depende que una norma jurídica continúe o no siendo válida. Para explicar esto, Kelsen recurre a la siguiente analogía: para poder vivir es preciso respirar y alimentarse, aunque nadie diría que respirar y alimentarse son lo mismo que la vida o el fundamento de ésta, o sea, nadie afirmaría que respirar y alimentarse son hechos o funciones que dan u otorgan la vida. Sin embargo, nacer y alimentarse son condiciones para la vida, puesto que no podríamos conservar la vida si no respiráramos y nos alimentáramos.

En la llamada "objección de conciencia" encontramos ahora una *salvedad* de carácter *moral* a la heteronomía del derecho y de sus normas.

En virtud de lo que se llama objeción de conciencia, un sujeto de derecho, obligado por el ordenamiento jurídico de su país a realizar un determinado acto o prestación, puede excusarse legítimamente de cumplir el deber jurídico de que se trate, al contradecir éste la conciencia moral del individuo.

Hay determinados deberes que el derecho de un país impone a sus habitantes —por ejemplo, recibir instrucción militar a través de un servicio militar obligatorio—, que el mismo ordenamiento jurídico, bajo ciertas circunstancias, permite eludir y sustituir por algún otro deber que no ofenda la conciencia moral del sujeto, tal como acontece, por ejemplo, en el caso de que éste pueda rechazar el servicio militar y optar por un servicio comunitario de otra índole.

Es evidente que en una situación como esa la heteronomía de la norma jurídica cede en favor de la autonomía moral del sujeto, aunque cabe llamar la atención acerca de que la objeción de conciencia no se dirige contra todo el ordenamiento jurídico, sino sólo contra alguna determinada de sus normas o instituciones, y que, además, no persigue privar de validez u obligatoriedad general a la norma o institución objetada, sino limitar su validez en el caso particular del objetor de conciencia de que se trate. La objeción de conciencia tampoco importa un quiebre del principio de igualdad ante la ley, puesto que el deber de que ella exime a un sujeto es sustituido por el cumplimiento de otra obligación.

En ocasiones, la objeción de conciencia es vista como modalidad de un fenómeno más general, a saber, la llamada "desobediencia civil", pero la verdad es que hay una marcada diferencia entre ambas situaciones. Tratándose de la desobediencia civil, el acto de resistencia no es protagonizado por un solo sujeto, sino por un grupo, y es llevado a cabo con el propósito de demostrar públicamente la injusticia del ordenamiento jurídico vigente, o de una parte importante de éste, y con la finalidad de conseguir el cambio o modificación del ordenamiento de que se trate.

En todo caso, tanto la desobediencia civil como la objeción de conciencia, la primera de carácter *colectivo* y la segunda de

tipo *individual*, son formas que puede adoptar la resistencia al obediencia del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos normativos, lo cual plantea la pregunta acerca de cuándo o en qué casos, y en mérito de cuál justificación, pueden las personas desobedecer legítimamente las normas jurídicas que rigen sus comportamientos.

Por último, hay también una *salvedad jurídica* a la heteronomía de las normas jurídicas.

Esta salvedad tiene que ver con la existencia de fuentes formales del derecho de carácter *autónomo*, o en las que resulta posible apreciar una importante dimensión de autonomía, lo cual exige anticipar el concepto de *fuentes formales del derecho*.

Con la expresión *fuentes formales del derecho* se designa al conjunto de los procedimientos o métodos de producción de normas jurídicas, que son llevados a cabo por distintas autoridades, instancias de tipo social y sujetos de derecho, todos los cuales están autorizados para producir normas en virtud de otras normas del mismo ordenamiento jurídico al que se incorporarán las que produzcan esas mismas autoridades, instancias o sujetos.

Todo ordenamiento jurídico, además de las normas que imponen directamente deberes a los sujetos imperados y prevén las consecuencias desfavorables que tendrán que aplicárseles por los tribunales cada vez que se desvíen de lo establecido por tales normas, contempla un tipo de disposiciones que se llaman "normas de competencia". Estas son las que autorizan a determinados órganos o personas para introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico, así como para modificar o derogar las que se encuentren vigentes. Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado autoriza al Presidente de la República y al Congreso Nacional para que, valiéndose del procedimiento que la propia Constitución señala, produzcan determinadas normas jurídicas a las que en general se llama "leyes". Por lo mismo, la *ley* es una fuente formal del derecho, esto es, un método a través del cual determinadas autoridades producen normas jurídicas, y se trata, además, de una fuente formal *heterónoma*, puesto que las normas son producidas en este caso por la labor asociada de dos órganos o poderes públicos que se sitúan fuera y por encima de los sujetos que deben dar cumplimiento a tales normas.

Por otra parte, hay fuentes formales del derecho, como la *costumbre jurídica* y los *actos jurídicos*, que tienen carácter *autónomo*,

*mo*, o que, cuando menos, muestran una importante dimensión de autonomía en el derecho.

En el caso de la costumbre como fuente formal del derecho, las normas jurídicas no vienen producidas por uno o más órganos o poderes públicos que se encuentren situados fuera o por encima de los sujetos imperados, sino por la reiteración constante y uniforme que de una determinada conducta hacen esos mismos sujetos, con el convencimiento de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria, lo cual significa que cabe esperar sanciones específicamente jurídicas, y no de otro orden, cada vez que la referida conducta no sea observada por cualquiera de los sujetos normativos.

En la parte de este libro que trata de las fuentes formales del derecho tendremos que volver sobre ese concepto de costumbre jurídica, sobre la evolución que ésta ha tenido como fuente formal del derecho y sobre el valor que tiene actualmente en el ordenamiento jurídico nacional. Por el momento, basta con percibir cómo el concepto que acabamos de anticipar muestra claramente que las normas de derecho consuetudinario, esto es, las que son producidas a través de la costumbre jurídica, son creadas y sustentadas por los mismos sujetos que deben obedecerlas, lo cual resulta suficiente para ver en ella una fuente formal de carácter autónoma.

Tratándose ahora de los actos jurídicos, éstos constituyen también una fuente formal del derecho de carácter autónomo, puesto que las normas que se producen por su intermedio resultan ser expresión de voluntad de los mismos sujetos que quedan imperados por ellas. Se trata, como es obvio, de normas jurídicas *particulares*, porque restringen su ámbito de validez únicamente a los sujetos que las producen. Pero el hecho de ser normas jurídicas particulares, a diferencia de lo que acontece con las leyes, que por lo común contienen normas jurídicas abstractas y generales, no las priva de su condición de normas jurídicas.

En otras palabras: sólo la confusión entre "ley" y "derecho", así como la creencia de que la ley era la única fuente formal del derecho, pudo en algún momento llevar a la convicción de que las normas jurídicas son siempre generales, esto es, dadas para géneros de casos y no para determinadas situaciones concretas y singulares. Es efectivo que determinadas fuentes formales, como es el caso de la ley y de la costumbre jurídica, dan lugar,

por lo común, a normas jurídicas de carácter general, pero eso no debe hacer olvidar la existencia de fuentes formales por medio de las cuales lo que se produce son normas jurídicas concretas y singulares, como es el caso, sin ir más lejos, de los actos jurídicos. De este modo, cuando dos sujetos celebran un determinado contrato, que es una clase de acto jurídico destinado a crear derechos y obligaciones para las partes que intervienen en él, y convienen, por ejemplo, en que uno de ellos —llamado vendedor— entregará a otro —llamado comprador— una cosa determinada a cambio del pago de un precio también convenido por ellos, están creando normas jurídicas particulares cuyo poder vinculatorio se limitará sólo a los contratantes.

Es efectivo que en el ejemplo antes señalado las partes se valen de las normas jurídicas de carácter legal, y por tanto general, que en materia de compraventa se contienen en el Código Civil. Esto quiere decir que al celebrar ese determinado contrato de compraventa, las partes aplican las normas legales de tipo general sobre compraventa. Pero ello no impide que, a la vez, creen o produzcan de ese modo las normas jurídicas particulares que les concederán e impondrán los derechos y obligaciones que para cada una de ellas resultan de ese determinado contrato. Aquí, por lo mismo, las partes aplican y producen normas jurídicas, aunque las normas que se producen lo son por propia voluntad de los contratantes y muestran así una evidente dimensión de autonomía en el derecho.

A propósito de cuanto venimos diciendo, Kelsen distingue entre métodos de creación jurídica *autocráticos* (la ley, la sentencia judicial) y métodos *democráticos* (la costumbre jurídica y los actos jurídicos). Los primeros constituyen métodos de producción jurídica que muestran el carácter *heterónomo* del derecho, mientras que los segundos son prueba de la dimensión de *autonomía* que aparece también en el fenómeno jurídico.

Todas las precedentes salvedades que han sido analizadas a propósito de la heteronomía de las normas jurídicas, en especial la última de ellas, a saber, la que calificamos de salvedad jurídica, obligan a concluir que en este tipo de normas sólo *domina una dimensión de heteronomía*.

**Bilateralidad.**— Las normas jurídicas son *bilaterales* porque, junto con imponer deberes a uno o más sujetos de derecho, con-

ceden o reconocen a otro u otros sujetos, distintos de los anteriores, la facultad de exigir el cumplimiento de tales deberes.

Las normas jurídicas no imponen a los sujetos deberes que éstos tengan frente a sí mismos, sino obligaciones que asumen ante otros sujetos. Por lo mismo, al sujeto sobre el que pesa el deber se le llama *sujeto pasivo*, mientras que a aquel que está dotado de exigir el cumplimiento de ese deber se le denomina *sujeto activo*.

Puesto lo anterior de otro modo, el derecho, a diferencia de lo que ocurre con la moral personal o autónoma, es ante todo vida de *relación*, no de *introspección*. Por esta misma razón se alude a veces a la bilateralidad del derecho con la palabra "alteridad".

**Coercibilidad.**— Por último, las normas jurídicas son *coercibles*, y es ésta la característica que mejor contribuye a identificarlas, a la vez que a diferenciarlas de los demás tipos de normas.

Este rasgo de las normas jurídicas ha sido destacado, entre otros, por Heinrich Henkel, quien afirma que "la fuerza no es atributo, sino característica esencial del derecho positivo". Así, un derecho impotente, esto es, un derecho desarmado, desprovisto de la posibilidad de dirigir y ejecutar actos de fuerza en contra de quienes no cumplan sus prescripciones, sólo podría ser un derecho meramente pensado o proyectado, o bien un derecho derogado, o sea, en todos esos casos, un no-derecho. Por lo mismo, el pensamiento de un derecho "que no fuese inexorable (coercitivo, autárquico) —dice por su parte Luis Recasens Siches— constituiría un absurdo, es decir, un pensamiento irrealizable, como el de cuadro redondo o el de cuchillo sin mango ni hoja". Kelsen, todavía más explícito, se pregunta "¿Qué pueden tener de común el llamado derecho de los antiguos babilonios con el que existe actualmente en los Estados Unidos? ¿Qué puede tener de común el orden social de una tribu negra sometida a un cacique despótico —orden al que también se da el nombre de derecho— con la Constitución de la República Suiza?" El único elemento en común —responde este autor—, a pesar de todas las diferencias éticas que tras ellos existen y que traducen contenidos muy diversos, es "la técnica social que consiste en provocar la conducta deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva".

En consecuencia, el derecho no es meramente plan o propuesta de determinados comportamientos que se consideran deseables, sino exigencia de estos mismos comportamientos, bajo la amenaza de sanciones, y con la particularidad de que para imponer estas sanciones se encuentra autorizado el uso de la fuerza.

**Coercibilidad, coacción y sanción.**— Con todo, es preciso distinguir entre los conceptos de *coercibilidad*, *coacción* y *sanción*, siguiendo en esto las explicaciones de Luis Legaz Lacambra.

La *coercibilidad* designa la legítima posibilidad de aplicar la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento del derecho. La *coacción*, por su parte, designa el hecho cumplido de la fuerza, o sea, la expresión material de ésta. En fin, la *sanción* consiste en la precisa consecuencia jurídica desfavorable que debe recaer sobre el sujeto que ha dejado sin observar el deber impuesto por una norma jurídica.

Coacción y sanción, por lo mismo, pueden fallar en el ámbito de la experiencia jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el infractor que se fuga sin ser jamás habido o en el caso del acreedor que renuncia voluntariamente a requerir la aplicación de la fuerza para obtener la reparación del daño causado. En ambos casos no hay *coacción* —la fuerza, como tal, no se cumple, no llega a ser actual—, ni tampoco *sanción*, puesto que ninguna consecuencia jurídica desfavorable se hace efectiva sobre el sujeto infractor. Pero la *coercibilidad*, entendida como la mera posibilidad de hacer uso de la fuerza en presencia de la infracción, no ha fallado ni puede tampoco fallar, por cuanto ella designa un carácter a priori, esto es, independiente de la experiencia. “Por eso —escribe Legaz Lacambra— todo lo que tienen de legítimas y bien fundadas las objeciones que se dirigen contra la coacción como elemento esencial del derecho, considerándola como fuerza física actual, lo tienen de inválidas cuando se dirigen contra el carácter coactivo del derecho, en el sentido de afirmar la coactividad como posibilidad de ejercer la coacción, como la posibilidad de poner en marcha un aparato por virtud del cual se aplican las consecuencias de la infracción del orden jurídico”.

La coercibilidad, recuerda Henkel, “requiere tener dispuestos un *aparato coercitivo organizado* para la ejecución de la coacción jurídica, dentro de un *procedimiento jurídicamente ordenado*”.

Por su lado, Recasens Siches aclara que “no se habla del hecho de la fuerza (coacción), sino de la *esencial posibilidad* de usarla cuando no se produzca el cumplimiento voluntario”.

Lo peculiar del derecho no está que mande o prohíba ciertos comportamientos bajo la amenaza de sanciones, porque todos los órdenes normativos contemplan algún tipo de sanción para los infractores. Lo peculiar del derecho reside en que sus sanciones pueden ser aplicadas en uso de la fuerza. Dice Kelsen: “la única diferencia relevante entre los diversos ordenamientos sociales no radica en que algunos prescriban sanciones y otros no, sino en la circunstancia de que prescriben diferentes tipos de sanciones”.

En consecuencia, ni la coacción ni la sanción, sino la coercibilidad, constituyen una característica inseparable del derecho.

**Aspectos resaltantes de la coercibilidad: la relación entre derecho y fuerza.**— Es preciso, sin embargo, destacar algunos aspectos del concepto de coercibilidad:

En *primer lugar*, que se trata sólo de la *posibilidad* del uso de la fuerza, y no de la fuerza en acto, lo cual permite establecer la diferencia entre coercibilidad y coacción, según fue explicado antes.

*Segundo*, que se trata de la *legítima* posibilidad de emplear la fuerza, lo cual quiere decir que la fuerza que utiliza el derecho no es cualquier fuerza, sino sólo aquella que autoriza el propio ordenamiento jurídico de que se trate, la cual es hecha valer, asimismo, a través de los órganos públicos que ese mismo ordenamiento establece. La reacción directa que un acreedor puede tener frente al deudor que no ha cumplido su obligación —propinándole un golpe, por ejemplo— constituye ciertamente un acto de fuerza, pero no podríamos decir que se trata de una fuerza legítima. Del mismo modo, ese acreedor podría dirigirse personalmente a la casa del deudor, forzar la entrada a ésta y apropiarse de bienes suficientes para satisfacer su crédito, aunque un resultado similar podría obtener a través de un procedimiento judicial en el que se decretara el embargo, retiro y subasta de determinados bienes del deudor. En ambos casos habría aplicación de fuerza, pero sólo en el segundo de ellos podemos ver un acto legítimo de aplicación de fuerza.

En consecuencia, fuerza legítima no significa fuerza justa, de conformidad a la idea y procedimientos que acerca de la justicia pueda tener cada cual frente a los casos de infracción a normas jurídicas. Fuerza legítima significa fuerza conforme al derecho, o sea, fuerza ejercida a través de órganos regulados en su funcionamiento por el propio ordenamiento jurídico.

En *tercer término*, la fuerza que aplica el derecho es una fuerza *socialmente organizada*, precisamente porque ella debe hacerse efectiva a través de órganos coercitivos que están establecidos y regulados por el propio derecho.

En *cuarto lugar*, cabe destacar que el derecho se vale generalmente de sanciones negativas para obtener el cumplimiento de sus normas, esto es, de consecuencias desfavorables para los sujetos infractores, que están especificadas en las propias normas jurídicas y que consisten en la privación de ciertos bienes del infractor, tales como su vida (caso de la pena de muerte), su libertad (como en las penas de presidio), su patrimonio (como en las penas pecuniarias de multa) o su honor (caso de la pena que priva al infractor de sus derechos políticos o de la posibilidad de acceder a cargos públicos). Sin embargo, en determinadas situaciones el derecho se vale de premios o recompensas para estimular determinadas conductas que considera deseables, situación en la cual se dice que estamos en presencia de *sanciones premiales*. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una disposición del Código Civil declara que quien denuncie la existencia de un tesoro tendrá derecho a la mitad de éste.

En *quinto lugar*, es preciso aclarar que lo que el derecho impone en uso de la fuerza no son los comportamientos que sus normas exigen como *debidos*, sino los *actos de tipo coactivo* que deban seguir en caso de que algún sujeto normativo se aparte de tales comportamientos. “La caracterización del derecho como un ordenamiento coactivo —escribe William Ebenstein— no significa que el derecho imponga realmente por la fuerza el comportamiento exigido jurídicamente, puesto que el acto coactivo debe ser ejecutado sólo en presencia del comportamiento prohibido por el derecho”.

De este modo, todo individuo es libre de ajustar o no su conducta a lo exigido por el derecho, y éste, salvo el caso de la comisión de un delito flagrante, nada puede hacer para imponer

por la fuerza física el comportamiento que exige como debido. A este mismo respecto, Kelsen acota lo siguiente: “que el derecho sea caracterizado como un ordenamiento coactivo no significa —como ha sido afirmado algunas veces— que imponga por la fuerza la conducta jurídica, esto es, el comportamiento que ha sido ordenado. Este comportamiento no es exigido por la fuerza a través del acto coactivo, porque éste debe ser ejecutado precisamente cuando un individuo se comporta no de la manera ordenada por la norma, sino de la manera prohibida por la norma. Es precisamente para este evento que se prescribe un acto coactivo como sanción”.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso admitir que al ser el derecho un ordenamiento coactivo, los sujetos imperados no pueden dejar de sentir una fuerza *psíquica*, aunque no *física*, que los impulsa al obediencia, lo cual quiere decir que la sola representación del acto coactivo por parte de los sujetos imperados induce a éstos a comportarse en la forma exigida por el derecho. Pero, reiteramos, se trata de una fuerza psíquica, espiritual, y no actuante de hecho. Por lo demás, la representación por parte de los sujetos de los actos coactivos con que reacciona el derecho en caso de cumplimiento, no es el único motivo que les induce a comportarse en la forma que las normas jurídicas prescriben. Razones de mera reputación, o bien imperativos de orden moral cuando lo prescrito por el derecho se encuentre también ordenado por la moral, son también motivaciones frecuentes que favorecen el obediencia de las normas jurídicas.

En *sexto lugar*, decir que la coercibilidad es un atributo de las normas jurídicas no importa afirmar que *todas y cada una* de las normas jurídicas de un determinado ordenamiento son siempre susceptibles de aplicación por medio de la fuerza socialmente organizada. En rigor, la coercibilidad, más que una característica de todas las normas de un ordenamiento jurídico, constituye una característica del ordenamiento visto como un todo.

En *séptimo lugar*, afirmar que la coercibilidad es una característica inseparable del derecho, o incluso *esencial*, como afirman algunos autores, no importa favorecer una confusión entre el *derecho* y la *fuerza*, puesto que la coacción que utiliza el derecho no es equiparable al simple poder fáctico que se ejerce sobre

un individuo, desde el momento que ella reúne las condiciones que hemos indicado precedentemente, en especial que ella debe hallarse autorizada y ser declarada y ejecutada por órganos públicos competentes.

Seguidamente, puede afirmarse, incluso, que el derecho se atribuye el *monopolio de la fuerza*, como han sostenido autores como Ihering, Kelsen y Max Weber. Esto quiere decir que el derecho prohíbe todo acto de fuerza de un sujeto sobre otro que no consista en la ejecución de los actos coactivos a que el propio derecho autoriza. Junto con prohibir la fuerza, en consecuencia, el derecho fija en qué casos, bajo qué condiciones y por cuáles órganos públicos será legítimo aplicar fuerza a un sujeto, con lo cual monopoliza el uso de la fuerza dentro de la sociedad.

Derecho y fuerza, por tanto, no son una y misma cosa, porque el derecho es sólo una determinada *organización* de la fuerza, en tanto que, por esta misma razón, o sea, por ser el derecho una determinada organización de la *fuerza*, tampoco puede mirarse al derecho como un ordenamiento por completo independiente de la fuerza. Josef Kunz lo dice del siguiente modo: "el medio del derecho, el acto coercitivo de la sanción, es de la misma naturaleza que lo que el fin del derecho quiere evitar: el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres".

Kelsen por su parte, añade lo siguiente: "el derecho y la fuerza no han de ser entendidos como absolutamente discordantes entre sí. El derecho es una organización de la fuerza. El derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza únicamente está prohibido como entuerto, es decir, como condición (en la norma), pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia". Y concluye este último autor: "la fuerza se emplea (por el derecho) para evitar el empleo de la fuerza. El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto prohíbe el uso de la fuerza. Sin embargo, no excluye absolutamente el uso de la fuerza. El derecho es una organización de la fuerza. La paz es un estado en el que no hay uso de la fuerza. En este sentido de la palabra, el derecho provee únicamente una paz relativa, en cuanto priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero la reserva para la comunidad".

Quizás si la mejor manera de poner gráficamente la *relación* a la vez que la *diferencia* entre el derecho y la fuerza, sea recu-

rriendo, como hace Ihering, a la imagen con que se representa comúnmente al derecho: la figura de la espada y la balanza. "La balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia, el derecho inerme, incapaz de imponerse. La espada sin la balanza, a su turno, es la fuerza bruta, ciega y sin control. De manera que tanto la espada como la balanza son símbolos que, conectados entre sí, resultan expresivos de la realidad de lo jurídico. Porque el derecho no reina verdaderamente sino allí donde la fuerza empleada para blandir la espada iguala a la habilidad con que se sostiene la balanza".

Por último, y en *noveno lugar*, el tema de la relación, a la vez que de la diferencia entre derecho y fuerza, ha llevado a algunos autores a plantearse la pregunta acerca de cómo podemos distinguir entre la manera como actúa el *derecho* y el modo como se comportan las *bandas de ladrones*.

Tanto el derecho como las bandas de ladrones exigen de determinado sujeto, bajo la amenaza de un castigo, que se comporte de una cierta manera. Una ley tributaria, por ejemplo, impone a un sujeto el deber de declarar y pagar un determinado impuesto, lo cual hace bajo la amenaza de aplicarle una sanción en caso contrario; por su parte, una banda de ladrones exige también de su víctima la entrega de dinero bajo la amenaza de infligirle un daño o castigo.

*Subjetivamente* —dice Kelsen— ambas situaciones son similares, porque en los dos casos alguien espera de otro, bajo la amenaza de un castigo, que se comporte de determinada manera. Sin embargo, *objetivamente* no son situaciones equiparables, porque sólo en la primera de ellas, la del servicio del Estado que cobra y percibe un determinado impuesto, la conducta en cuestión puede ser conectada con una norma del respectivo ordenamiento jurídico, a saber, la que autoriza precisamente dicha conducta. En cambio, no podemos interpretar la amenaza que el ladrón de caminos dirige a su víctima como el sentido objetivo de una norma jurídica válida, puesto que ninguna norma jurídica autoriza dicha conducta y, todo lo contrario, la tipifica como delito, esto es, como un comportamiento que debería ser sancionado.

Según Hart, ahora, y continuando con el mismo ejemplo, sólo en el caso de la ley tributaria puede uno decir que el sujeto *debe* comportarse conforme dicha ley lo prescribe, mientras

que en el caso de la víctima de un robo diríamos que *tiene* que comportarse del modo como exige el asaltante si es que quiere evitar las consecuencias negativas con que éste le amenaza. Por otra parte, las normas jurídicas dan órdenes permanentes a ser seguidas por clases de personas, lo cual les confiere un carácter a la vez de perdurabilidad y generalidad que no tienen las órdenes dadas por el asaltante y, además, promueven en tales personas un hábito general de obediencia. Por lo mismo, concluye Hart, “en este hecho de la obediencia general se encuentra una distinción crucial entre las normas jurídicas y el caso simple originario de la orden dada por el asaltante”. Es más, agrega este autor, “la mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra (la del asaltante sobre su víctima) es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido”.

## ALGUNOS CONCEPTOS JURIDICOS BASICOS

### 1. SUJETOS Y OBJETOS DE DERECHO

**Hombre, persona y sujeto de derecho. Sujeto jurídico individual. Sujeto jurídico colectivo. Atributos de la personalidad. La prestación. El objeto de derecho.**

**Hombre, persona y sujeto de derecho.**— La bilateralidad de las normas jurídicas puso de manifiesto que éstas imponen deberes a determinado sujeto y, a la vez, conceden a otro sujeto la facultad de exigir el cumplimiento del deber de que se trate. En consecuencia, tales deberes y facultades suponen la existencia de sujetos que son titulares de estas facultades o sobre quienes pesan los correspondientes deberes. Es por eso, entonces, que el sujeto de derecho puede ser considerado como un elemento de las normas jurídicas.

*Sujeto de derecho* es todo aquel capaz de tener derechos y obligaciones jurídicas.

El *hombre*, desde un punto de vista meramente biológico, es uno más entre los seres vivos que habitan la tierra, aunque el derecho, al hacer de todo hombre un sujeto de derecho, considera a aquél en la condición más compleja de *persona*, palabra esta última que designa a un ser dotado de libertad y, por tanto, responsable de sus actos. Por lo mismo, es en cuanto persona que el hombre está dotado de una especial dignidad. Es esta dignidad, a fin de cuentas, lo que está a la base del reconocimiento de todo hombre como *sujeto de derecho* y, asimismo, lo que está a la base del reconocimiento de los llamados “derechos humanos”, que adscriben también a toda persona sin excepción.

En consecuencia, y siguiendo en esto el esquema propuesto por Antonio Bascañán Valdés, todo *hombre es persona* y a toda persona, cualquiera sea su edad, estado o condición, se le reconoce como *sujeto de derecho*, lo cual equivale a decir que toda persona es apta para tener derechos y obligaciones jurídicas.

Cosa distinta, por ejemplo, es que por motivos de edad, o por otras razones que el propio derecho establece, una persona no esté en condiciones de ejercer y cumplir por sí misma los derechos y obligaciones de que sea titular. Esta incapacidad de *ejercicio*, si bien limita al sujeto de derecho que la tiene, no afecta en nada a la titularidad de los derechos del sujeto. En este evento será necesario designar un representante que actúe por el sujeto que tenga incapacidad de ejercicio, pero éste conservará no sólo su condición de sujeto de derecho, sino también los propios derechos de que sea titular.

**Sujeto jurídico individual.**— La persona humana es siempre sujeto de derecho y es por eso que el Art. 56 del Código Civil dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

A la persona humana, individualmente considerada, se le llama *sujeto jurídico individual*, o, según la terminología que emplea nuestro Código Civil, “persona natural”.

El sujeto jurídico individual comienza con el nacimiento y concluye con la muerte. Por eso es que el Art. 74 del Código Civil establece que “la existencia legal de toda persona principia al nacer”. Sin perjuicio de esto, el concebido pero no nacido, esto es, un ser que no es todavía un sujeto de derecho, se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico, tanto en su vida como en los derechos que puedan diferírsele. El ordenamiento jurídico, al hacer de la interrupción voluntaria del embarazo un delito y al conceder permiso prenatal a la madre trabajadora embarazada, está protegiendo la vida del que se halla concebido, pero que aun no nace. Del mismo modo, pueden diferirse derechos a la criatura que está en el vientre materno —como dice por su parte el Art. 77 del Código Civil—, aunque tales derechos estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Esto último quiere decir que si la criatura nace y nace viva, entrará al goce de esos derechos tal como si hubiera existido jurídicamente al momento en que se le diferirieron;

pero si no llega a nacer, o nace sin vida, los derechos en cuestión pasarán a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.

**Sujeto jurídico colectivo.**— Además de los sujetos jurídicos individuales existen los *sujetos jurídicos colectivos*, o “personas jurídicas”, como los llama nuestro Código Civil, y a las que define del siguiente modo: “personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”.

Es evidente que la formación de un sujeto jurídico colectivo, o persona jurídica, se produce siempre a partir de la voluntad de dos o más sujetos jurídicos individuales, o personas naturales. Sin embargo, es propio de los sujetos jurídicos colectivos formar un ente jurídico aparte del que constituyen cada uno de los sujetos individuales que hayan concurrido a formarlo.

Los sujetos jurídicos colectivos pueden ser de *derecho público* —como el Estado y las Municipalidades, por ejemplo— o de *derecho privado*, como es el caso de las corporaciones y fundaciones, que no persiguen fines de lucro, y de las distintas clases de sociedades, que son por su parte personas jurídicas que persiguen fines de lucro.

Salvo el caso del Estado, que es el sujeto jurídico colectivo de derecho público por excelencia, todos los demás nacen a la vida jurídica siguiendo para ello los procedimientos y las formalidades que el propio ordenamiento jurídico se encarga de establecer para las distintas clases de personas jurídicas. En cuanto a su extinción, ésta se produce por propia voluntad de los asociados, por la llegada del plazo o condición que se hubiere fijado al respecto o por disposición de la autoridad cuando no correspondan al objeto para el cual fueron constituidos.

**Atributos de la personalidad.**— Tanto los sujetos jurídicos individuales como los de carácter colectivo participan de determinados atributos, a saber, la *capacidad de goce*, *nacionalidad*, el *nombre*, el *patrimonio* y el *domicilio*. En cuanto a los sujetos jurídicos individuales, tienen también otro atributo, el *estado civil*, que depende de las relaciones de familia y que, por eso mismo, no puede ser tenido por los sujetos jurídicos colectivos.

Se llama *capacidad de goce* a la aptitud que tiene todo sujeto de derecho para *adquirir* derechos y *contraer* obligaciones jurídicas. Por lo mismo, puede decirse que el concepto de capacidad de goce se confunde con el concepto mismo de sujeto de derecho. Por su parte, la llamada *capacidad de ejercicio*, esto es, la aptitud de un sujeto de derecho para *ejercer por sí mismo* los derechos de que es titular, y para cumplir también por sí mismo las obligaciones o deberes jurídicos que le correspondan, suele ir aparejada a la capacidad de goce, o sea, lo normal será que una persona adulta y sana tenga tanto capacidad de goce como de ejercicio. Sin embargo, por determinadas razones, por ejemplo, por motivos de edad, el derecho priva a ciertos sujetos jurídicos individuales de capacidad de ejercicio y les obliga a actuar en la vida jurídica por medio de representantes.

En cuanto a *la nacionalidad*, consiste en el vínculo jurídico que une a un sujeto de derecho con un Estado determinado. Tratándose de sujetos jurídicos individuales, la Constitución Política de cada Estado establece los principios y reglas que determinan cómo se adquiere la nacionalidad y cómo se pierde ésta. En general, puede decirse que un sujeto jurídico individual tendrá la nacionalidad correspondiente al territorio en que ha nacido, o bien, independientemente de esa circunstancia, la nacionalidad de sus progenitores. Ocurre también que las legislaciones de los países combinen ambos criterios, dando prevalencia a uno u otro de ellos.

Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, y dada la evidente y creciente internacionalización de las actividades que éstos realizan, la determinación de la nacionalidad se transforma en un asunto mucho más complejo. La determinación de la nacionalidad de un sujeto jurídico colectivo podrá producirse en razón del Estado que autorizó su constitución o funcionamiento, o bien en razón del territorio en que se encuentra situada la sede principal de sus actividades. Pero es cada vez más frecuente que una misma institución obtenga el reconocimiento de varios Estados a la vez, lo cual torna difícil establecer cuál es efectivamente la sede principal de sus negocios.

El *nombre* es el conjunto de palabras que sirven para identificar a un sujeto de derecho de una manera breve y formal que todos los restantes sujetos pueden llegar a conocer. En el caso de los su-

jetos jurídicos individuales, el nombre *patronímico*, también llamado apellido, depende de las relaciones de familia que el sujeto tenga con sus progenitores, mientras que el llamado nombre *propio*, o de pila, es determinado por la persona que concurre a efectuar la inscripción del nacimiento en el registro respectivo de la Dirección de Registro Civil. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, el nombre va a ser determinado por los propios asociados y deberá dejarse constancia del mismo en el estatuto por el que se rija la persona jurídica de que se trate. En el caso de los sujetos jurídicos colectivos que se crean por ley, el nombre dependerá de la decisión que sobre el particular adopten los órganos del Estado que intervienen en el proceso de formación de las leyes.

El *domicilio*, según lo define nuestro Código Civil, es la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Si ambas condiciones concurren respecto de un mismo sujeto en más de un lugar, se entenderá que en todos ellos tendrá domicilio. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, el o los domicilios tendrán que ser establecidos en el correspondiente estatuto social.

En cuanto al *patrimonio*, consiste en el conjunto de derechos y obligaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero, aunque se estima que el patrimonio de un sujeto de derecho constituye en tal sentido una universalidad, esto es, algo más, y algo también distinto, de la simple suma de sus derechos y obligaciones. Tratándose de sujetos jurídicos colectivos, su patrimonio, así como la propia personalidad jurídica de que están dotados, es independiente del que tienen por separado cada uno de los socios o personas naturales que los forman.

El *estado civil* es un atributo de la personalidad del que sólo participan los sujetos jurídicos individuales. Establecido que la definición de estado civil que proporciona el Art. 304 del Código Civil constituye más bien una definición de la capacidad de goce, convendría citar aquí la que propone Antonio Vodanovic: "realidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y que depende de sus relaciones de familia".

**La prestación.**— Se llama prestación a lo que un sujeto de derecho debe dar, hacer o no hacer en virtud de lo dispuesto por una o más normas jurídicas determinadas.

Cuando la prestación consiste en dar o en hacer algo, se llama prestación *activa*; cuando consiste en no hacer algo, esto es, en omitir una cierta conducta, se llama prestación *pasiva*.

En relación a los sujetos que intervienen, *sujeto activo* de la prestación es el que tiene la facultad de exigirla, y *sujeto pasivo* el que está obligado a realizar la conducta u omisión en que consiste la prestación. Así, el que presta dinero a otro es sujeto activo, mientras que sujeto pasivo es el que recibe el dinero y contrae la obligación de devolverlo.

Tratándose de vínculos jurídicos más complejos, como el caso de una compraventa, el vendedor es sujeto activo por lo que respecta a la conducta del comprador de pagar el precio, pero es al mismo tiempo sujeto pasivo por lo que concierne a la conducta de entregar la cosa vendida. Recíprocamente, el comprador es sujeto activo en lo que respecta a la conducta del vendedor de entregar la cosa y sujeto pasivo por lo que toca a la conducta que consiste en pagar el precio convenido por la cosa.

**El objeto de derecho.**— Dijimos antes que el objeto de la norma jurídica es la prestación, esto es, una determinada conducta que debe ser realizada por algún sujeto de derecho. Sin embargo, convendría distinguir ese concepto, como hace Antonio Bascuñán, del concepto de objeto de derecho en cuanto objeto de la prestación misma. En este último sentido, *objeto de derecho* es “todo aquello susceptible de una relación o protección jurídica”.

## 2. LA RELACION JURIDICA, LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA CONSECUENCIA JURIDICA

**La relación jurídica y sus componentes. Los derechos subjetivos y los significados de esta expresión. La consecuencia jurídica.**

**La relación jurídica y sus componentes.**— Siguiendo en esto nuevamente a Antonio Bascuñán, la relación jurídica es el vínculo entre dos sujetos de derecho, surgido de la realización de un supuesto normativo, y que coloca a uno de tales sujetos en posición de sujeto activo frente a otro en posición de sujeto pasivo en la realización de una prestación determinada.

Desde el punto de vista de su estructura, la relación jurídica consta de un *supuesto normativo*; un *hecho jurídico efectivamente acaecido*; un *deber jurídico* del sujeto pasivo; una *facultad jurídica* del sujeto activo; y la realización de la *prestación*.

En cuanto al *supuesto normativo*, se trata de la hipótesis a cuya realización efectiva la norma jurídica asocia una determinada consecuencia. Así, por ejemplo, una norma jurídica dispone que el padre debe proveer de alimentos a su hijo. Pues bien: el hecho de que alguien adquiera respecto de otro ser humano la condición de padre es ciertamente hipotético, puesto que tanto puede ocurrir como no ocurrir, aunque todos los sujetos de derecho están advertidos por la norma en referencia de que en caso de adquirir tal condición va a seguirse una determinada consecuencia, cual es, el deber de dar alimentos al hijo de que se trate.

Otra norma jurídica dispone que el que recibe dinero en préstamo tiene la obligación de devolverlo en la fecha convenida y con los intereses que hubiere pactado con su acreedor. He ahí otro supuesto normativo, otro hecho calificado jurídicamente que tanto puede suceder o no —que un sujeto reciba de otro una suma de dinero en préstamo—, pero se trata de un hecho que, una vez ocurrido, va a producir la consecuencia que la misma norma establece.

En otras palabras: las normas jurídicas describen o califican determinados hechos al modo de hipótesis que tanto pueden realizarse como no realizarse y a cuya realización efectiva vinculan determinadas consecuencias. Entonces, cada vez que un sujeto de derecho realice esa hipótesis, o cada vez que la hipótesis se realice por referencia a un sujeto determinado, deberán producirse las consecuencias que la norma hubiere previsto.

En cuanto al *hecho jurídico acaecido*, es el mismo que, supuesto por una norma, se realiza luego efectivamente, de modo que las consecuencias previstas también por la norma pasan a vincular ahora, indefectiblemente, a los sujetos de que se trate. Como escribe Antonio Bascuñán Valdés, “una vez realizado un hecho jurídico, convertido en realidad el supuesto de la norma, la consecuencia (prestación) indefectiblemente se imputa a ese supuesto”.

Ya está dicho, asimismo, que la realización efectiva del supuesto normativo, con la consecuencia antes indicada, determina también la posición tanto del sujeto pasivo, sobre quien pesa el

deber de efectuar la prestación, como del sujeto activo, que es el que aparece dotado de la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación. En consecuencia, así como hay una vinculación entre el deber jurídico y la facultad jurídica, puesto que ésta supone la existencia de aquél, también la hay entre sujeto pasivo y sujeto activo, puesto que el primero asume frente al segundo su condición de tal.

El *deber jurídico* del sujeto pasivo es lo que éste tiene la obligación de dar, hacer o no hacer en relación con el correspondiente sujeto activo.

**El derecho subjetivo y los significados de esta expresión.**— Por su parte, la facultad jurídica, llamada también “derecho subjetivo”, o simplemente “derecho”, es la que tiene el sujeto activo frente al sujeto pasivo, como consecuencia de la efectiva realización del supuesto normativo cuyo acaecimiento efectivo fijó las posiciones de uno y otro sujeto.

Por tanto, se puede definir *derecho subjetivo* como la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación.

El concepto de derecho subjetivo se fue abriendo lentamente paso en la historia del pensamiento jurídico y la pregunta principal que plantea dicho concepto es la siguiente: las facultades en que consisten los así llamados derechos subjetivos, ¿proviene siempre de una norma jurídica del respectivo ordenamiento jurídico positivo de que se trate o pueden ellas ser tenidas y hechas valer por sus titulares al margen de si una norma jurídica positiva se las reconoce u otorga expresamente?

Es preciso advertir que con esa pregunta no se quiere examinar si el derecho en sentido *objetivo* tiene primacía sobre el derecho en sentido *subjetivo* o si la tiene éste sobre aquél, puesto que uno y otro se implican recíprocamente, lo cual significa que el derecho en sentido objetivo aparece cuando se fija la atención en las normas jurídicas que integran un determinado ordenamiento, mientras que el derecho subjetivo lo hace cuando la atención se concentra en determinadas facultades jurídicas de que están dotados los sujetos de derecho.

Retomando la pregunta anterior, Kelsen y otros autores la responden negativamente y afirman, en consecuencia, que lo

que se llama derecho subjetivo no es otra cosa que la misma obligación jurídica vista desde la perspectiva del sujeto activo. En tal sentido, el “derecho” de un sujeto no es más que el reflejo de la “obligación” de otro sujeto. Por lo mismo, si sólo existen las obligaciones jurídicas que las normas de este tipo imponen a determinados sujetos en ciertas circunstancias, sólo existen también los derechos o facultades que en carácter de correlativos de tales obligaciones corresponden a otros sujetos.

Otros autores, en cambio, consideran que la persona humana estaría dotada de ciertos derechos innatos, de carácter natural, que le pertenecerían con total independencia del hecho de que las normas del derecho positivo los reconozcan expresamente como tales. No todos los derechos o facultades jurídicas de una persona tendrían el carácter antes señalado, aunque sí los que se reputan más importantes, y, respecto de estos últimos, el cometido del derecho positivo sería reconocer, declarar y proteger esos derechos originarios de que estarían dotados todos los individuos, hasta el punto de que si no lo hiciera sería posible poner en duda la validez, esto es, la obligatoriedad del derecho positivo de que se trate.

En particular, las llamadas doctrinas del derecho natural afirman que los hombres tienen “derechos” (en sentido subjetivo) anteriores a los “derechos” (en sentido objetivo) dotados de realidad histórica que puedan regir en un lugar y tiempo dados. Tales derechos, según algunas de esas doctrinas, provendrían directamente de la divinidad, según otras de la naturaleza racional del hombre y según otras de la naturaleza de las cosas mismas. Pero cualquiera sea el origen que se atribuya a tales derechos, todas las doctrinas del derecho natural sostienen que ellos son anteriores a los ordenamientos jurídicos positivos, lo cual equivale a decir que estos últimos deben reconocerlos y protegerlos, y que son también superiores, lo cual quiere decir que se trata de derechos que continuarían existiendo y prevaleciendo como tales aun cuando un determinado ordenamiento jurídico positivo no los reconociera como tales.

Esas ideas son las que sustentan, por ejemplo, las primeras líneas de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en

derechos, y que entre tales derechos se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

En el caso de Kelsen, sobre todo si nos fijamos en lo que este autor expresó en la segunda versión de su libro *Teoría Pura del Derecho*, habría que ofrecer una cuenta más pormenorizada de lo que fueron sus ideas acerca de los derechos subjetivos. Lo que sigue, por lo mismo, es una presentación abreviada de su pensamiento sobre el tema:

*Primero:* Kelsen niega que exista base de sustentación suficiente para fundamentar una distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

Con ello, el jurista vienés se mantiene en su línea de pensamiento habitual, caracterizada por una similar negación de otros dualismos clásicos del pensamiento jurídico, tales como los que distinguen entre *derecho natural* y *derecho positivo*, y entre *derecho público* y *derecho privado*.

*Segundo:* Sin embargo, Kelsen admite que se acostumbra contraponer la obligación jurídica, o sea, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, esto es, el tener un derecho. Todavía más: advierte Kelsen que suele ponerse al derecho subjetivo en primer lugar, porque lo frecuente es que en el campo del derecho se hable de “derechos y obligaciones” y no de “obligaciones y derechos”.

*Tercero:* Según Kelsen, lo que refuerza ese primer plano en que suele colocarse al derecho subjetivo es que en determinados idiomas —el alemán y el francés, por ejemplo— la misma palabra que designa al derecho en cuanto orden normativo (“Recht”, “droit”) es la que se emplea para aludir a los derechos —en el sentido de facultades jurídicas— que tendría un sujeto. Algo similar ocurre en el caso de la lengua castellana.

En cambio, el inglés dispone de dos palabras, a saber, “law” para el derecho en sentido objetivo y “right” para el derecho en sentido subjetivo.

*Cuarto:* Concentrando luego su atención en el derecho subjetivo, Kelsen afirma que es difícil captar este concepto por el hecho de que con esa expresión se designan circunstancias jurídicas muy diversas entre sí.

En consecuencia, es preciso distinguir los *diferentes sentidos* de la expresión “derecho subjetivo” y aclarar qué es lo que se en-

cuentra realmente detrás de cada uno de los usos que hacemos de dicha expresión.

Siguiendo en esto las ideas de Kelsen expuestas en el libro antes mencionado, y utilizando también el esquema de que Carlos S. Nino se vale para explicar esta materia, podemos decir que los *sentidos* en que se emplea la expresión “derecho subjetivo” son los siguientes:

a) *Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido.*

Este sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque la conducta a que ese derecho se refiere no se encuentra jurídicamente prohibida, de modo que los sujetos pueden o no ejecutarla libremente.

“Tengo derecho a fumar al aire libre” sería un ejemplo de este primer uso de la palabra derecho en sentido subjetivo.

Por lo mismo, en este primer sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de expresar que cierta conducta *no está prohibida por el derecho en sentido objetivo*.

b) *Derecho subjetivo como equivalente a la ilegitimidad de prohibir.*

Este segundo sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque nadie tiene competencia para prohibir la conducta a que ese derecho se refiere.

Por ejemplo, “Tengo derecho a fumar en mi casa”.

Por lo mismo, en este segundo sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de decir a otro o a otros que *carecen de competencia para introducir como derecho objetivo una determinada prohibición*.

c) *Derecho subjetivo como equivalente a autorización.*

Este tercer sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque la conducta a que este derecho se refiere se halla jurídicamente permitida.

Por ejemplo, “Tengo derecho a virar con luz roja”.

Así, en este tercer sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de expresar que cierta conducta *está permitida expresamente por el derecho en sentido objetivo*.

d) *Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa.*

Este nuevo sentido aparece cuando se dice que un determinado sujeto tiene un derecho porque la conducta a que ese derecho se refiere constituye un deber u obligación activa para otro sujeto.

Por ejemplo, "Tengo derecho a que mi arrendatario me pague la renta".

En este cuarto sentido, derecho subjetivo no sería más que una manera de hablar para referirse, desde la perspectiva del sujeto activo o acreedor, a la *obligación que el derecho objetivo ha impuesto al correspondiente sujeto obligado o deudor*.

e) *Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva.*

Este sentido aparece cuando se dice que un sujeto tiene un derecho porque sobre otro u otros sujetos pesa una determinada obligación pasiva, esto es, una obligación de no hacer.

Por ejemplo, "Tengo derecho a que mi vecino no tape con un muro la vista que mi casa tiene sobre el océano".

De este modo, el quinto sentido de derecho subjetivo no sería otra cosa que una manera de hablar para referirse a una determinada *obligación de no hacer que el derecho objetivo impone a otro sujeto de derecho*.

f) *Derecho subjetivo como acción procesal.*

Este sentido aparece cada vez que decimos que alguien tiene un derecho porque está en posición de requerir la intervención de los órganos jurisdiccionales a fin de que el correspondiente sujeto pasivo cumpla con una determinada obligación jurídica.

Por ejemplo, "Tengo derecho a demandar a mi arrendatario si éste no paga la renta".

De tal modo, en este sexto sentido, derecho subjetivo aparece como una noción técnica, puesto que no es reducible a una obligación jurídica correlativa, aunque, a la vez, se trataría de una potestad que viene reconocida a un sujeto por el propio derecho en sentido objetivo. Así, se trataría nada más que de *acciones que las normas del derecho en sentido objetivo otorgan a los sujetos de derecho en determinadas circunstancias*.

g) *Derecho subjetivo como equivalente a derechos políticos.*

Este último sentido aparece cuando se dice que alguien tiene un derecho porque el sistema político lo convoca a participar en la producción del derecho objetivo en un sentido amplio de esta última expresión.

Por ejemplo, "Tengo derecho a votar en las elecciones".

Por tanto, este sentido de la expresión derecho subjetivo constituiría una manera de expresar *la participación que el propio*

*derecho objetivo acuerda a los sujetos para que intervengan en su producción.*

"La legislación democrática —escribe Kelsen— puede ser realizada en forma inmediata, por el 'pueblo', es decir, por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas 'democracias directas', el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legisferante, tomando la palabra y votando en la misma. O bien la actividad legislativa es efectuada por el pueblo sólo mediatamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo".

Así las cosas, los derechos políticos conceden una participación en la formación de la voluntad estatal, es decir, en la producción del derecho, ya sea en forma directa o indirecta.

Como se ve, en cualquiera de los diferentes sentidos que Kelsen le acuerda a esta expresión, "derecho subjetivo" siempre puede ser remitido, de un modo o de otro, al *derecho objetivo*, esto es, al derecho en cuanto orden normativo vigente, de donde se sigue que para este autor sólo es posible hablar de derechos subjetivos por referencia a un determinado orden normativo dotado de realidad histórica y vigencia efectiva. Por lo mismo, el primer plano en el campo jurídico no lo pueden ocupar aquellos derechos, sino las normas del respectivo ordenamiento y las obligaciones jurídicas de las que los derechos subjetivos no son comúnmente más que reflejos o correlatos.

**La consecuencia jurídica.**— La consecuencia jurídica expresa la fase o circuito de cumplimiento forzado de ésta, puesto que dado efectivamente el hecho ilícito previsto hipotéticamente por la norma, debe aplicarse una sanción por los órganos correspondientes del Estado.

*Hecho ilícito, sanción e intervención del Estado* son, por tanto, los componentes de la consecuencia jurídica.

Siguiendo en esto a Antonio Bascañán Valdés, *hecho ilícito* es la conducta contraria a la prescrita por la norma, o, lo que es lo mismo, la conducta prohibida por la norma. Como dice por su parte Kelsen, el hecho ilícito no es otra cosa que la condición estatuida por el derecho para que tenga lugar un determinado acto coactivo también estatuido por el mismo derecho. "Sólo porque una acción u omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden

jurídico, se las califica de ilicitud o delito". Del mismo modo, sigue el autor, "sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción".

Más directamente aun, considera Kelsen que lo que hace de determinada conducta un acto ilícito no es ninguna propiedad inmanente de la conducta ni ninguna relación de ella con alguna norma metajurídica, ya sea natural o divina, sino la sola circunstancia de que alguna norma del ordenamiento jurídico positivo convierta a la conducta en condición de un acto coactivo, es decir, en antecedente de una sanción.

Por lo mismo, el hecho ilícito no constituye propiamente la negación del derecho, o sea, no es algo que amenace ni menos suprima la existencia del derecho como orden normativo, sino, todo lo contrario, representa la condición que, una vez acaecida, trae consigo la eficaz aplicación de las sanciones que el propio derecho ha previsto. En consecuencia, el hecho ilícito no es algo *exterior* al derecho, algo que estuviera fuera o en contra del derecho; por la inversa, se trata de un hecho *interno* al derecho, algo que se encuentra previsto y determinado por éste. "El acto ilícito —como escribe por su parte Antonio Bascañán— no viola ni puede violar el derecho, porque el acto ilícito permite desempeñar al derecho su función 'esencial', cual es, reaccionar con sanciones coactivas cuando los sujetos se desvían de lo que sus normas prescriban o prohiban".

Tal vez no sea esa la característica "esencial" del derecho —la de reaccionar con sanciones que es posible y legítimo aplicar en uso de la fuerza socialmente organizada—, sino la de conseguir que en el curso de la vida social los sujetos normativos observen ciertas conductas que se consideran deseables y se abstengan de otras que se consideran dañinas. Pero tal es el cometido de todo orden normativo, no sólo del derecho, aunque la peculiaridad más notoria de éste como orden normativo consiste, precisamente, en la manera como reacciona frente a las conductas que se desvían de sus normas. Por tanto, quizás lo correcto sea decir que reaccionar con sanciones coactivas frente a los ilícitos es la propiedad no esencial, sino más peculiar del derecho.

En cuanto a la *sanción*, se trata de otro acto humano, lo mismo que el hecho ilícito, y que se aplica en presencia del acaecimiento de este último. Es, entonces, la consecuencia jurídica del

incumplimiento de un deber jurídico, y posee, consiguientemente, el carácter de una consecuencia desfavorable para el sujeto infractor.

Siguiendo nuevamente a Antonio Bascañán, las sanciones pueden clasificarse en sanciones *de coincidencia con la prestación*, como es el caso de la ejecución forzada de la obligación que el correspondiente sujeto no cumplió voluntariamente; y sanciones *de no coincidencia con la prestación*, como es el caso del pago de una suma de dinero equivalente a la obligación que se dejó de cumplir, la *ineficacia* del acto, que consiste en la invalidación de las consecuencias jurídicas que se pretendía conseguir al ejecutar el acto de que se trate, y, por último, *la pena*, que consiste por su parte en la privación forzada de ciertos bienes del infractor, tales como la vida, la libertad, el honor o el patrimonio.

También existen las sanciones *combinadas*, que se producen cuando dos o más de las sanciones antes señaladas se asocian a un determinado acto ilícito.

En cuanto a las sanciones *premiales*, esto es, a ciertas consecuencias jurídicas favorables para un sujeto y que el derecho asocia a determinados actos, no se trata propiamente de sanciones. Por otra parte, lo propio del derecho es proceder sobre la base de anunciar sanciones negativas, no recompensas, de modo que estas últimas, cuando son previstas por una norma jurídica, deben entenderse más bien como la prestación a que un sujeto está obligado en presencia del acto lícito y positivo que ha sido ejecutado por otro sujeto.

Por último, en lo que concierne a la *intervención del Estado*, es también propio del derecho que la aplicación de las sanciones sea requerida ante órganos públicos especializados, los cuales son los únicos autorizados para *declarar* la procedencia de la sanción y para *ordenar* su posterior *ejecución*. A este respecto, recuérdese lo que se dijo a propósito de la coercibilidad como característica de las normas jurídicas: el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza.

CAPITULO II

EL CONCEPTO DE DERECHO,  
LAS RELACIONES  
ENTRE DERECHO Y MORAL  
Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
DE LA PERSONA HUMANA

PRIMERA PARTE  
EL CONCEPTO DE DERECHO

1. ¿QUE ES EL DERECHO?

**Los desacuerdos sobre el concepto de derecho. La triple dimensión del fenómeno jurídico. El derecho como realidad normativa. Tres sentidos de la palabra "derecho". Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho.**

**Los desacuerdos sobre el concepto de derecho.**— De conformidad a lo explicado en el capítulo precedente, podríamos concluir ahora que la palabra "derecho" designa nada más que a las *normas jurídicas*, o sea, al conjunto que hace una clase particular de normas de conducta que llamamos de ese modo. Poniendo esa conclusión de una manera analítica, podríamos decir que "derecho" es una palabra que se utiliza para designar a un determinado orden normativo de la conducta humana, cuyas normas tienen características de coercibilidad y bilateralidad, además de ser preferentemente exteriores y predominantemente heterónomas. Más sucintamente, y dado que la coercibilidad es una característica que se presenta sólo en el caso de las normas jurídicas, podríamos decir, simplemente, que el derecho es un orden normativo de carácter coactivo.

Sin embargo, si algo resulta difícil de conseguir es un acuerdo en el concepto de derecho, especialmente en el caso de los autores que asumen este problema de manera más seria y recurrente —los filósofos del derecho—, puesto que es la filosofía del derecho la disciplina que acostumbra preguntar por el concepto de derecho.

Por otra parte, resulta difícil comprender cómo el derecho pueda no tener todavía una conceptualización que todos pue-

dan compartir, establecido que se trata de un fenómeno cultural que acompaña la vida humana desde las más primitivas formas de asociación y que ha conocido expresiones históricas tan antiguas y deslumbrantes como es el caso del derecho romano. Sin embargo, una de las obras más importantes e influyentes de filosofía del derecho de la segunda mitad de este siglo —*El concepto de derecho*, de Herbert Hart—, más de dos milenios después de que los romanos dieron lugar a su derecho, vuelve a colocar en el primer plano la pregunta que nos preocupa en este instante: ¿qué es el derecho?

Por lo mismo, vale la pena conocer y comparar algunas de las respuestas que han sido dadas a esta pregunta por autores que procuraron asumirla en toda su profundidad.

“Ordenes bajo la amenaza de castigos” o “reglas de un poder supremo obligatorio habitualmente obedecido” (Austin); “producto cultural del espíritu del pueblo”, lo mismo que el lenguaje y el folclor (Savigny); “normatividad coactiva tendiente a fines históricamente condicionados” (Ihering); “orden de la conducta humana de carácter coactivo” (Kelsen); “unión de reglas primarias y secundarias” (Hart); “lo que los individuos miembros de una comunidad reconocen y obedecen como derecho” (Somlo); “conducta en interferencia intersubjetiva” (Cossio); “las profecías acerca de lo que harán los tribunales” (Holmes); “la cosa justa” (Tomás de Aquino); “la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico” (Radbruch); “querer entrelazante, inviolable y autárquico” (Stammler); “la voluntad de una clase erigida en ley” (Marx); “interacción dinámica y dialéctica de hechos, normas y valores” (Reale).

Dichas respuestas a la pregunta “¿qué es el derecho?” son muy diversas entre sí y producen una sensación de perplejidad. En todo caso, una manera de atenuar dicha perplejidad consiste en advertir que no todos esos autores asumen una misma perspectiva, puesto que algunas de tales definiciones ponen el acento en el origen del derecho, otras en sus funciones, otras en los fines que le corresponderían, otras en su carácter instrumental y otras, en fin, en alguna de las determinadas características que el derecho tiene en cuanto orden normativo.

**La triple dimensión del fenómeno jurídico.**— Por otra parte, algunas de esas respuestas ven al derecho como si fuera una rea-

lidad *normativa* (Austin, Ihering, Kelsen, Hart), otras como una realidad *fáctica* (Somlo, Cossio, Holmes) y otras como un algo que tendría que ver no propiamente con normas ni con conductas, sino con *valores* (Tomás de Aquino, Radbruch). Esto también produce desconcierto, puesto que es muy distinto apuntar a normas, a conductas o a valores a la hora de definir el derecho, y es por eso, asimismo, que no falta entre tales definiciones una —la de Miguel Reale— que trata de articular esas tres dimensiones y de definir el derecho como algo que tiene que ver tanto con normas como con conductas y valores.

No está de más retener esa triple dimensión del fenómeno jurídico, puesto que, sin necesidad de adoptar la respuesta de Miguel Reale, lo cierto es que todo el que se ocupa del derecho sabe que tiene que manejar *aspectos normativos* (las normas del respectivo ordenamiento); *aspectos fácticos y conductuales* (determinados hechos que se encuentran en el origen de las normas y que se llaman “fuentes materiales del derecho”, las conductas que frente a lo que las normas jurídicas prescriben observan de hecho los sujetos imperados, y el comportamiento efectivo de los jueces en cuanto aplican o no aplican las consecuencias de tipo coactivo que las normas jurídicas prevén para el caso de incumplimiento); y también *aspectos valorativos* (las valoraciones que hace una autoridad normativa al introducir, modificar o derogar normas jurídicas de un determinado ordenamiento, las valoraciones que como resultado de lo anterior quedan de algún modo ínsitas en las propias normas jurídicas, y las valoraciones socialmente dominantes en la sociedad y que, en la medida en que coinciden con las valoraciones de las autoridades normativas y de las propias normas, colaboran a la eficacia o ineficacia de éstas).

Por ello, en la parte final de este manual, cuando se hayan ya examinado esas tres dimensiones del fenómeno jurídico como resultado del tratamiento previo de temas como las normas jurídicas, su validez, su eficacia, las fuentes materiales y formales de las normas, la producción y aplicación de ellas, y sus fines, ofrecemos algún tipo de visión que, sin hacer perder de vista la entidad normativa del derecho, dé cuenta de esas dimensiones fácticas y valorativas que aparecen también en el fenómeno jurídico.

**El derecho como realidad normativa.**— Por el momento, sin embargo, continuaremos nuestras explicaciones sobre la base de

asumir una noción normativa del derecho, o sea, admitiendo que el derecho es una realidad específicamente normativa, esto es, un conjunto de normas, o —como dice Hart— algo que *contiene* normas o que tiene que ver *preferentemente* con normas. En consecuencia, en esta parte de un curso de Introducción al Derecho, por razones de tipo preferentemente metodológico, basta con una noción de derecho al estilo de las que proponen autores como Kelsen y Hart, sin perjuicio de advertir que el derecho presenta también dimensiones no normativas que deben ser siempre tenidas en cuenta si es que se quiere conseguir una comprensión cabal y no fragmentaria del fenómeno jurídico.

Una concepción normativista del derecho enfrenta desde luego varios problemas, a saber, tiene que tener una respuesta a la pregunta acerca de qué son las normas de conducta y cuáles las especificidades de las normas jurídicas en particular. Estos dos problemas, sin embargo, fueron ya desarrollados en el capítulo I.

Una concepción semejante del derecho, además, tiene que ofrecer alguna explicación acerca de las dimensiones fácticas y valorativas que presenta también el fenómeno jurídico, problema éste sobre el que volveremos en el capítulo final de este manual.

Asimismo, una concepción normativista del derecho tiene que explicar la presencia en todo ordenamiento jurídico de enunciados que no responden al esquema de las prescripciones, esto es, que no establecen determinadas conductas como debidas o prohibidas, sino que cumplen otras funciones, a saber, definir conceptos, otorgar competencias, interpretar, derogar, etc. Precisamente, al analizar más adelante el concepto que del derecho tienen Kelsen y Hart, vamos a presentar las explicaciones que ofrecen estos autores acerca de los enunciados que cumplen tales funciones.

Por último, una concepción normativista del derecho tiene que explicar también la presencia en todo ordenamiento jurídico de algunos patrones de conducta que no son normas y que no operan como normas, como es el caso de los *principios*. Sin ir más lejos, una de las críticas que Ronald Dworkin hace a la teoría de Hart consiste, precisamente, en advertir que es frecuente que en los razonamientos y en las decisiones que adoptan los jueces, así como en los razonamientos que llevan a cabo los juristas cuando hacen ciencia del derecho, especialmente cuando unos y otros tienen que vérselas con lo que Dworkin llama

“casos difíciles”, juegan un papel muy importante ciertos patrones de conducta que no son normas y a los cuales el propio Dworkin llama, genéricamente, “principios”. Pues bien: sobre los denominados *principios* trataremos en este manual en el capítulo relativo a las fuentes del derecho.

**Tres sentidos de la palabra “derecho”. Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho.**— Antes de pasar a exponer los puntos de vista de Kelsen y Hart acerca del derecho, así como acerca de las relaciones entre derecho y moral, conviene detenerse un instante en los tres diferentes sentidos que hemos manejado hasta ahora de la palabra “derecho”, así como en la distinción entre *normas jurídicas* y *proposiciones jurídicas*.

Las *normas jurídicas* son prescripciones, o sea, tienen el propósito de influir en el comportamiento humano, para lo cual, a diferencia de los demás tipos de normas, contemplan sanciones que es posible y legítimo imponer en uso de la fuerza socialmente organizada. Así entendido el asunto, puede decirse que las normas jurídicas constituyen el derecho, o, lo que es lo mismo, que el derecho es un conjunto de normas dotadas de las características que analizamos en su oportunidad, entre las cuales sobresale la coercibilidad.

Entendida de ese modo, esto es, como conjunto de normas, como un determinado orden de la conducta humana, la palabra “derecho” es utilizada en sentido *objetivo*, lo cual quiere decir que *derecho*, en el sentido *objetivo* del término, es o constituye un conjunto de *normas*.

De este modo, la palabra “derecho” se emplea en sentido *objetivo*, cuando se dice, por ejemplo, que de acuerdo con el *derecho* chileno todo individuo puede manifestar libremente sus opiniones, de palabra o por escrito.

Explicamos también en su momento que en sentido *subjetivo*, la palabra “derecho” es utilizada para aludir a determinadas *facultades* o *poderes* que tienen los sujetos de derecho.

De este modo, cuando alguien afirma que tiene *derecho* a expresar libremente sus opiniones, la palabra “derecho” no alude ya a una norma, sino a un poder o facultad del referido sujeto.

Pero la palabra “derecho”, escrita ahora generalmente con mayúscula, se emplea también en un tercer sentido, esto es, para

aludir al *saber* que hace objeto de estudio a las normas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico.

El derecho en sentido objetivo, esto es, como conjunto de normas, puede ser constituido en objeto de estudio y, de hecho, lo ha sido desde tiempos muy antiguos. Pues bien: a ese saber o conocimiento que cierta clase de personas —los juristas— acumulan acerca del derecho (en sentido objetivo), se le acostumbra llamar “Derecho” o “ciencia del derecho” y, también, “dogmática jurídica”. En consecuencia, y a fin de evitar confusiones entre el derecho como un conjunto de normas y como objeto de saber o de conocimiento, por una parte, y el determinado saber que se constituye sobre dicho objeto, por la otra, conviene reservar la palabra “derecho” para aludir al ordenamiento jurídico y “ciencia del derecho” para designar al saber que es posible constituir acerca del ordenamiento.

Ahondando un tanto más en la distinción precedente, el derecho, en cuanto orden de la conducta humana, está compuesto por *normas*; en cambio, la llamada ciencia del derecho lo está por *enunciados o proposiciones acerca de las normas*. De este modo, una cosa es la norma de un Código Penal que establece que “El que mate a otro sufrirá X pena” y otra distinta son los enunciados de tipo cognoscitivo que un especialista en derecho penal formula en un tratado acerca de esa y otras normas que tratan del delito de homicidio. Una cosa es el Código Penal, que está compuesto por normas, y otra es el manual o tratado de derecho penal, que está compuesto por enunciados o proposiciones acerca de esas normas.

Recogiendo esta distinción, Kelsen propone llamar “normas jurídicas” a las que constituyen el ordenamiento, o al derecho en sentido objetivo, y “reglas de derecho” a las que provienen de la ciencia del derecho. Las primeras *son* el derecho, mientras que las segundas *informan* sobre el derecho. Las primeras provienen de *autoridades normativas* que, como tales, se encuentran facultadas para producir normas jurídicas, en tanto que las segundas son el resultado de la actividad cognoscitiva que respecto del derecho llevan a cabo los *juristas*. Por lo mismo, sólo de las *segundas* tiene sentido preguntarse si son *verdaderas o falsas*, mientras que de las primeras tiene sentido preguntarse otras cosas, a saber, si son o no *válidas*, si son o no *eficaces*, si son o no *justas*.

Para ilustrar su distinción, Kelsen se vale del siguiente ejemplo: la norma estatuida por el legislador, que prescribe la reparación de los daños y la ejecución forzosa ante el incumplimiento de un contrato por una de las partes, y el enunciado formulado por la ciencia del derecho describiendo esa norma, tienen características lógicas diferentes, puesto que en el primer caso lo que tenemos es una *prescripción* y en el segundo una *descripción*.

Por lo anterior, puede decirse que tanto el derecho (en sentido objetivo) como la ciencia del derecho son *normativos*, aunque en sentidos bien diferentes en uno y otro caso: el derecho es normativo porque consiste en *ser* norma, o porque *contiene* normas, mientras que la ciencia del derecho es normativa porque *recae o versa* sobre normas.

## 2. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HANS KELSEN

**Filosofía y teoría general del derecho. El derecho como orden coactivo de la conducta humana.**

**Filosofía y teoría general del derecho.**— Antes de informar acerca de cuál es el concepto de derecho que es posible localizar en la obra del destacado jurista austriaco, conviene detenerse en el análisis de lo que Kelsen propone acerca del cometido o competencia de dos distintas disciplinas que hacen del derecho su objeto de estudio, aunque desde diferentes perspectivas o puntos de vista. Estas disciplinas son la *teoría general del derecho* y la *filosofía del derecho*.

En su número correspondiente a 1962, la prestigiosa revista francesa “Archives de Philosophie du Droit”, publicó el resultado de una encuesta que se efectuó en esa época entre los principales filósofos del derecho que se encontraban entonces con vida y en plena actividad intelectual y académica. La encuesta constaba de una sola pregunta, a saber: “¿Qué es la filosofía del derecho?”.

En cuanto a la respuesta de Kelsen a dicha pregunta, podría resumírsela de la siguiente forma:

Dijo Kelsen, en primer término, que tanto la teoría general del derecho como la filosofía del derecho tienen cada cual su razón de ser. La filosofía del derecho, añadió, “busca responder

a la pregunta que inquiera acerca de qué normas el derecho debe adoptar o establecer. En otras palabras, su materia específica es el problema de la justicia". Y agregó todavía sobre el particular: "y en cuanto la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral".

Por otra parte, "la teoría general del derecho —escribió— tiene por materia el derecho tal cual es en el hecho, efectivamente, o sea, el derecho positivo, tanto nacional como internacional". Y en cuanto al objetivo de esta disciplina, señaló que "consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales del conocimiento del derecho".

Cabría decir, por otro lado, que "Teoría pura del derecho" es no sólo el título del principal libro de Kelsen, sino, además, la denominación que se acuerda a la doctrina del propio Kelsen estimada como un todo.

La aclaración anterior nos permite decir ahora que Kelsen considera que su teoría pura del derecho —no el libro respectivo, sino su doctrina en general— constituye no una filosofía jurídica, sino una teoría general del derecho que, como tal, recae sobre el derecho positivo, esto es, sobre el derecho producido por actos de voluntad del hombre. Puntualiza Kelsen, sin embargo, que se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no sobre un ordenamiento jurídico determinado, con lo cual el jurista vienés quiere decir que "es una doctrina general sobre el derecho" y que no consiste en "la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales".

Al expresarse del modo que acabamos de recordar, Kelsen nos advierte acerca de que su teoría pura del derecho es una ciencia general del derecho y no, por el contrario, una ciencia jurídica particular, en cuanto no tiene por finalidad la identificación, interpretación y sistematización de las normas jurídicas que se articulan en un ordenamiento jurídico determinado, esto es, en un ordenamiento provisto de realidad histórica.

Ahora bien, en cuanto *teoría* y, sobre todo, en cuanto *teoría general del derecho*, la doctrina de Kelsen pretende únicamente distinguir su objeto, esto es, "dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea", pero no, en cambio, "a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho". "Es —concluye el autor— ciencia jurídica (general); no, en cambio, política jurídica".

Con lo anterior, se pone de manifiesto la diferencia que existe entre la teoría pura del derecho como teoría general del derecho y la filosofía del derecho, puesto que esta última, para Kelsen, según se anticipó, trata no del derecho que *es*, sino del derecho que *debe ser*, o sea, trata del problema de la justicia, que no es para este autor un problema específicamente jurídico, sino de orden moral.

Habría que precisar un punto: cuando Kelsen trata el problema de la justicia —por ejemplo, en su ensayo *¿Qué es justicia?*—, lo hace únicamente dentro de los límites que fueron indicados anteriormente, a saber, no buscando determinar él o los contenidos posibles de un ideal de justicia que pudiese ser compartido universalmente, sino preguntándose por la posibilidad de determinar racionalmente tales contenidos. Por lo mismo, la preocupación de Kelsen en este sentido podría ser calificada no como una preocupación *ética*, sino *metaética*. En otras palabras, Kelsen no intenta tomar parte en la discusión acerca de lo que sea o no moralmente correcto o equivocado en relación con el derecho, sino que se limita a discurrir acerca de las distintas maneras en que los filósofos utilizan términos morales como "bueno" o "justo" cuando pronuncian juicios morales, así como sobre las posibilidades de fundamentación racional de estos mismos juicios.

**El derecho como orden coactivo de la conducta humana.**— En cuanto al concepto de derecho, Kelsen admite, ante todo, que "una teoría del derecho tiene que determinar conceptualmente su objeto".

Ahora bien, para alcanzar una definición del derecho, Kelsen recomienda partir del uso lingüístico, esto es, establecer el significado que tiene la palabra alemana "Recht", así como sus equivalentes en otras lenguas, tales como "law" "droit", "diritto" y "derecho".

De lo que se trata, en suma, es de determinar si los fenómenos sociales que han sido designados con esas palabras a lo largo de la historia exhiben o no algunas notas comunes mediante las cuales puedan ellos ser suficientemente distinguidos de otros fenómenos igualmente sociales. También se trata de inquirir acerca de si tales notas comunes "son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto", en este caso, como es obvio, del concepto de derecho.

Ahora bien, Kelsen cree que si se comparan los fenómenos de índole social que en los más variados pueblos y en las más distintas épocas han sido designados con la palabra "derecho", resulta por lo pronto, como primera nota común a todos ellos, que aparecen como *ordenamientos* de la *conducta humana*. Como *ordenamiento* u *orden*, en primer término, esto es, como un conjunto de normas cuya unidad se encuentra en que todas ellas tienen, a fin de cuentas, un mismo fundamento en cuanto a su validez, lo cual quiere decir que de una misma norma fundante —la llamada norma básica o norma fundamental— derivan su validez todas las normas pertenecientes al orden o al ordenamiento de que se trate, sin perjuicio de que, de una manera más inmediata, el fundamento de validez de una norma se encuentre, directamente, en la norma jurídica de rango o jerarquía superior que regula su creación, y la de ésta a su vez en la norma también superior que regula a su turno quién, cómo y dentro de qué límites puede crearla o producirla. Así, escribe Kelsen, "una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden". Esto último quiere decir, desde luego, que el fundamento común o último de la validez de las normas de un mismo ordenamiento se encuentra en una norma única —la norma básica o fundamental—, la que, al fundamentar la validez de la primera Constitución histórica que pueda haber sido introducida, por ejemplo, en virtud de una revolución triunfante, acaba por fundamentar asimismo, en último análisis, la validez de todas las demás normas de ese ordenamiento que han seguido a esa primera Constitución histórica.

Este punto de vista de Kelsen acerca de la validez y fundamento de validez de las normas es desarrollado en el capítulo IV de este Manual.

Y como ordenamiento de la *conducta humana*, dice Kelsen, en segundo lugar, aunque este rasgo del derecho pareciera circunscribirse a los sistemas sociales de los pueblos civilizados, "puesto que en sociedades primitivas —admite el autor citado— también el comportamiento de los animales, las plantas e inclusive de cosas inanimadas, es regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres".

Es evidente que el derecho, en cuanto ordenamiento de la

*conducta humana*, regula el comportamiento de los hombres y pretende dirigir este mismo comportamiento en determinadas direcciones, ya sea demandando ciertas acciones positivas o proscribiendo otras que se consideran negativas. Ahora bien, cabría agregar que la circunstancia de "que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, plantas o la de cosas inanimadas, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquéllos y no contra éstos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban a veces una determinada conducta humana no sólo en relación con seres humanos, sino también en relación con animales, plantas u objetos inanimados". Así, por ejemplo, la caza de ciertos animales en épocas determinadas, como los daños causados a determinadas especies vegetales o a edificios históricamente valiosos, pueden hallarse prohibidos por el derecho y penalmente sancionados.

Una segunda nota común a todos los fenómenos sociales que se acostumbra designar con la palabra "derecho", la encuentra Kelsen en la circunstancia de que el derecho regula la conducta de los hombres en cuanto ésta se refiere, inmediata o mediata, a otro u otros hombres. "Se trata —escribe— de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los hombres". Así, "es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto" de la regulación jurídica.

Seguidamente, y en una tercera propiedad común de los órdenes sociales designados habitualmente como "derecho", Kelsen apunta que se trata de órdenes coactivos, en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, esto es, con un mal, ante determinadas conductas que se consideran socialmente indeseables. Es propio del derecho ordenar determinadas conductas, o prohibirlas, bajo la amenaza de un acto coactivo, lo cual quiere decir que las normas jurídicas ordenan una determinada conducta "en cuanto enlazan a la conducta contrapuesta un acto coactivo, dirigido contra el hombre que así actúa", es decir, facultan a un determinado sujeto para dirigir contra otro sujeto un acto coactivo a título de sanción.

Así, es en cuanto orden propiamente coactivo, en el sentido antes explicado, que el derecho se diferencia de otros órdenes sociales que, si bien reaccionan igualmente con algún tipo de sanción ante las conductas discrepantes, no es posible ni legítimo, en el caso de estos últimos, y a diferencia de lo que ocurre

en el ámbito de las regulaciones jurídicas, imponer o aplicar estas sanciones por medio del uso de la fuerza socialmente organizada.

Es más: en el carácter coactivo de sus sanciones ve Kelsen "el criterio decisivo" que permite diferenciar el derecho respecto de otros órdenes sociales. "El momento de la coacción —escribe Kelsen—, es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física, es el criterio decisivo".

Cabe señalar a este respecto la insistencia de Kelsen en punto a que si el derecho es un orden coactivo, no lo es en cuanto imponga por la fuerza la conducta obligatoria, esto es, *la conducta debida* o exigida por el derecho, sino únicamente en cuanto impone por la fuerza el *acto coactivo*, esto es, la consecuencia desfavorable que deba seguir una vez que se ha producido la conducta prohibida, o sea, la conducta contraria al ordenamiento jurídico.

En relación con el carácter coactivo del derecho, Kelsen advierte también acerca de que los ordenamientos jurídicos de las distintas comunidades denotan, desde sus primitivos orígenes hasta el presente, una tendencia común, cual es la de excluir el uso de la fuerza en las relaciones entre los individuos. Para ello, entonces, el derecho hace del empleo de la fuerza entre los individuos la condición o antecedente de una sanción, con lo cual busca impedir que el empleo de la fuerza encuentre campo propicio en las relaciones entre las personas. Sin embargo, hay que advertir que el acto coactivo que el derecho establece como consecuencia de determinadas conductas, entré éstas, precisamente, la que consiste en el empleo de la fuerza por un individuo contra otro es, en sí mismo, un acto de fuerza, lo cual muestra, por su parte, que la prohibición del empleo de la fuerza tiene únicamente un carácter relativo: el derecho prohíbe el uso de la fuerza, pero, a la vez, reserva este uso para sí, atribuyéndose incluso el monopolio del empleo de la fuerza.

Pero si el derecho se atribuye, como hemos visto, el monopolio del uso de la *fuerza*, no es para reducirse a mera fuerza, sino, por el contrario, para conseguir una *paz* relativa en las relaciones sociales, o sea, para favorecer la ausencia de toda otra

fuerza entre los miembros del grupo social. Así, podríamos decir, el derecho emplea la fuerza para evitar el empleo de la fuerza, y, en tal sentido, el derecho promueve simultáneamente la paz. Pero se trata, ciertamente, de una paz relativa, en cuanto la fuerza queda prohibida únicamente como entuerto, es decir como condición (en la norma), pero está simultáneamente permitida como sanción, o sea, como consecuencia.

De acuerdo a todo cuanto ha sido explicado precedentemente, para Kelsen el derecho no es otra cosa que una específica normatividad coactiva reguladora de la conducta humana.

Ahora bien, que el derecho sea visto o presentado como una realidad normativa, o sea, como un conjunto de normas, tiene cuando menos la dificultad de no poder explicar cómo resulta posible hallar en esa realidad normativa enunciados que no son normas estrictamente hablando, esto es, disposiciones que, en rigor, no prescriben comportamientos de manera coactiva. Pues bien: Kelsen reconoce la existencia en todo derecho de estos enunciados no normativos, denominándolos "normas jurídicas no independientes".

Entre tales normas jurídicas no independientes, Kelsen distingue las clases que se indicarán a continuación.

En primer lugar, forman parte de la categoría de las *normas jurídicas no independientes* aquellas que obligan a una determinada conducta, aunque dejan entregado a otra norma el cometido de estatuir la sanción para el caso de no ser observada la primera.

Son también *normas jurídicas no independientes* aquellas que permiten una conducta a ciertos sujetos en determinadas circunstancias, y que, como tales, no *prescriben* un comportamiento, ni tampoco lo *prohíben*, sino meramente lo *franquean* como posible o tolerado desde un punto de vista jurídico. Se trata, como se ve, de las llamadas "normas permisivas" positivamente, esto es, de normas permisivas que no resultan de la ausencia de prohibición de una determinada conducta por parte del ordenamiento, sino de una norma que, positivamente, franquea o tolera un cierto comportamiento. Para Kelsen, en todo caso, estas normas sólo hacen limitar la validez de una norma prohibitiva más general, como es el caso, a su entender, del Artículo 2, párrafo 4, del texto de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Esta disposición, como se sabe, prohíbe el recurso

a la fuerza por parte de los Estados miembros y, al enlazar a ese recurso a la fuerza las sanciones estatuidas en el Artículo 39, es obviamente una norma prohibitiva. Pero, por otra parte, el Artículo 51 permite el recurso a la fuerza como legítima defensa, y, en tal sentido, se trata por su parte de una norma permisiva que limita el ámbito de validez de la norma prohibitiva del Artículo 2.

También las normas derogatorias, esto es, las que eliminan o clausuran la validez de otras normas, pertenecen, según Kelsen, a la categoría de normas que venimos analizando.

Lo propio ocurre con las normas que facultan a alguien para la producción de nuevas normas jurídicas, esto es, las llamadas normas de competencia, como resultan, por ejemplo, las normas de nuestra Constitución que autorizan al Congreso Nacional para la discusión y la aprobación de las leyes.

A las *normas jurídicas no independientes* pertenecen también aquellas que definen conceptos jurídicos o que interpretan otras normas; en suma –por decirlo con las propias palabras de Kelsen–, se trata de aquellas normas que “determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan auténticamente una norma”.

Por último, los propios sujetos de derecho pueden, convencionalmente, esto es, a través de los negocios jurídicos que celebran entre ellos, producir *normas jurídicas no independientes*, en la medida en que establezcan por ese medio derechos y obligaciones recíprocos, aunque sin estatuir las sanciones correspondientes, sino que sujetándose en esto a las sanciones que dispongan las normas jurídicas generales de la legislación.

Pues bien: lo propio de todas las distintas clases de *normas jurídicas no independientes* –y de allí la denominación que les acuerda el autor– es que no pueden ser entendidas por sí solas, sino en conjunción con otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento jurídico. Así, las normas que obligan a una determinada conducta y que entregan a otra norma el cometido de establecer la sanción que deba seguir en caso de incumplimiento, sólo pueden ser entendidas en combinación con esta última norma. Lo mismo, las normas permisivas positivamente sólo tienen sentido en relación con las normas prohibitivas más generales cuya validez ellas limitan. Por su parte, las normas de-

rogatorias sólo cobran sentido en relación con las normas jurídicas cuya validez clausuran. También las normas de competencia sólo cobran significación propiamente jurídica si se las vincula con las normas que resultan creadas o producidas como consecuencia de que aquéllas faculten a alguien para producir éstas. Y, por último, las normas estatuidas convencionalmente en un negocio jurídico, y que no establecen directamente sanciones para el caso de incumplimiento, sino que se remiten en este aspecto a las normas generales de la legislación, sólo pueden ser cabalmente entendidas en relación con estas últimas.

Una de las dificultades de una concepción normativista del derecho, consiste, como acabamos de ver, en la presencia en todo derecho de enunciados que, como los que Kelsen llama “normas jurídicas no independientes”, propiamente no prescriben comportamientos bajo la amenaza de sanciones coactivas, sino que cumplen otras funciones jurídicas relevantes e indispensables al interior de todo ordenamiento jurídico desarrollado, tales como permitir, otorgar competencias, derogar, definir conceptos, e interpretar.

Quizá si esa dificultad, que Kelsen trata de salvar del modo que ha sido señalado antes, sea asumida en mejor forma por Herbert Hart y su distinción, que analizaremos acto seguido, entre *reglas primarias* y *reglas secundarias*.

### 3. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HERBERT HART

**La teoría jurídica analítica de Hart. ¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias.**

**La teoría jurídica analítica de Hart.**– En su elucidación de un concepto de derecho, el punto de partida de Hart no es muy diferente del que pudimos apreciar antes en el caso de Kelsen. En efecto, en el prefacio a la edición inglesa de su libro más importante –*El concepto de derecho*–, el jurista de Oxford destaca que esta obra “se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica”. Además –reconoce–, en muchos aspectos el libro plantea problemas que versan “sobre el significado de términos”

—entre otros, desde luego, de la expresión “derecho”—, y ello en atención a que “muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”. Y luego, citando a J. L. Austin, añade: debemos conseguir “una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”.

En cuanto a la calificación de su propia obra, Hart admite que se trata de un ensayo de “teoría jurídica analítica”, con lo cual quiere decir que se trata únicamente de un intento por clarificar la estructura general del pensamiento jurídico, “y no de la crítica del derecho o política jurídica”, según se expresó antes.

Por otro lado, y no obstante su preocupación por el análisis, estima Hart que su doctrina sobre el concepto de derecho puede ser considerada también como un ensayo de “sociología descriptiva”, con lo cual quiere decir que por muy sugestivas que puedan ser las investigaciones de las palabras, “no arrojan, en verdad, mucha luz sobre éstas, sino cuando se las examina en sus usos típicos y en la dependencia que reconocen respecto de un contexto social dado”.

**¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente.**— La palabra fundamental de toda teoría jurídica —“derecho”— es de aquellas que, según Hart, mayores perplejidades provoca al interior de esa misma teoría. “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana —escribe el autor— han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?”.

Ahora bien, el punto de partida para acercarse a una noción satisfactoria de derecho, lo encuentra Hart en la definición de John Austin, que sin embargo él no comparte, pero que, seguida de un análisis de las dificultades y carencias que es posible hallar en ella, permite aproximarse a una idea más depurada acerca del derecho.

Austin define el derecho como “órdenes o mandatos bajo la amenaza de castigos”, o bien, como “reglas de un poder supremo obligatorio habitualmente obedecido”.

Hart reprocha a esa noción austiniana el utilizar en la caracterización del derecho las palabras “órdenes” o “mandatos”, pues

to que si se observan las variedades de normas que muestra cualquier ordenamiento jurídico, podrá comprobarse que muchas de éstas no corresponden, en modo alguno, al modelo de las “órdenes” o de los “mandatos”. En primer lugar, porque las normas jurídicas extienden su ámbito de aplicación hasta alcanzar, incluso, a quienes las han dictado o instituido, lo cual no acontece si pensamos en una “orden” en sentido estricto. Seguidamente, y en cuanto al contenido de las normas jurídicas, dicho modelo es también insuficiente, puesto que algunas de las normas jurídicas, lejos de hacer lo propio de las órdenes, esto es, imponer deberes, otorgan o conceden facultades, como acontece, por ejemplo, con las denominadas normas de competencia, o sea, aquellas que autorizan a alguien para producir nuevas normas jurídicas. Por último, la idea de “órdenes” o de “mandatos”, con las salvedades antes apuntadas, podría corresponderse, hasta cierto punto, con las normas jurídicas que se crean o producen por vía de autoridad —por ejemplo, las normas del derecho legislado—, o sea, con las normas que son producidas heterónomamente, esto es, por un órgano o voluntad ajena y superior a los sujetos imperados a quienes las normas se dirigen y cuyo comportamiento regulan; pero dicha idea no se corresponde, sin embargo, con aquellas normas jurídicas que son producidas por los propios sujetos que quedan luego imperados por ellas, como sucede, por ejemplo, con las normas del derecho consuetudinario y, sobre todo, con las que los propios sujetos de derecho crean a través de los negocios jurídicos.

Descartada la definición de derecho propuesta por Austin, ¿qué noción propone Hart en su reemplazo?

El aserto central de Hart a este respecto es que el derecho constituye una realidad normativa compleja, compuesta de reglas primarias y secundarias.

A este respecto, hay que considerar que si bien Hart estima que el intento de definir el derecho sobre la base de establecer el género y la diferencia específica de éste no conduce a ningún resultado propiamente útil y esclarecedor, lo cierto es que, a fin de cuentas, el jurista inglés se sitúa en un determinado género de objetos para fijar el concepto de derecho —el de las *reglas* o *normas de conducta*—, para concluir diciéndonos que constituye un dato central para la comprensión del derecho el ver a éste como una *unión de reglas primarias y secundarias*. Reconocer esto

último, o sea, admitir, como hace Hart, que el derecho es algo que contiene reglas o que está compuesto principalmente por reglas, es muy importante de ser tenido en cuenta para todo cuanto sigue en la elucidación del concepto de derecho por parte de este autor, puesto que, si fuera posible decir qué es el derecho en términos de establecer su *género* y de identificar su *diferencia* específica, lo cierto es que la mayor dificultad consistiría precisamente en lo primero —establecer el género— y no tanto en la precisión de la diferencia específica que cualificaría al derecho al interior del género correspondiente.

Ahora bien, si las reglas se nos presentan como prescripciones obligatorias de conducta cuya inobservancia debe ser seguida de una sanción, ¿cuándo podremos decir que nos encontramos frente a una regla de conducta?

Enfrentado a esa pregunta, Hart desecha, en primer término, la explicación de que una regla existe cuando un grupo de personas acostumbra generalmente comportarse del modo como la regla en cuestión establece, observando, con razón, que una cosa es la simple *convergencia de conducta* entre los miembros de un grupo social (todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana), y otra cosa distinta son las *reglas o normas de conducta*, como la que establece, por ejemplo, que los hombres deben estar descubiertos en la iglesia.

La diferencia se encuentra, obviamente, en el componente de *deber* que acompaña a las normas de conducta y que se encuentra ausente en los meros comportamientos convergentes del grupo. Así, en el caso de una norma de conducta, se dice que *hay que* hacer o no hacer tal o cual cosa, o bien que *tenemos que* emitir o no emitir tal o cual comportamiento, lo cual no ocurre cuando nos referimos a los comportamientos meramente convergentes, en los que la regularidad de la correspondiente conducta es una cuestión puramente fáctica.

Por lo mismo, el grupo social tolera las conductas divergentes de los comportamientos habitualmente observados cuando estos últimos constituyen simples usos no normativos, en tanto que reacciona con sanciones cuando tales conductas divergentes se producen respecto de un comportamiento que sea observado en virtud de un uso normativo.

Como ya vimos en el capítulo I, lo anterior permite introducir la distinción entre *reglas o normas de conducta*, por un lado, y

simples *hábitos de conducta convergente*, por el otro; o, si se prefiere, entre usos normativos y usos no normativos, distinción que es presentada por Hart como crucial “para la comprensión del derecho, desde el momento en que este último se constituye como un cierto tipo o clase de normas de conducta, o sea, como un sector normativo diferenciado y autónomo, o, cuando menos, como algo que contiene reglas o que está compuesto principalmente por ellas”.

Por todo ello, y empleando palabras del propio Hart, “la categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en una definición del derecho, es la familia general de las reglas de conducta”. Sin embargo, añade Hart acto seguido, “el concepto de regla... es tan desconcertante como el de derecho mismo”.

**El derecho como unión de reglas primarias y secundarias.**— A pesar de las afirmaciones precedentes, no hay inconveniente en calificar la concepción de Hart acerca del derecho como una concepción normativista. Ni las dudas que tiene este autor acerca de la posibilidad de una definición del derecho *per genus et differentiam*, ni el carácter vago y confuso que atribuye a nuestra idea sobre las normas, ni, por último, la identificación de tipos muy diferentes de reglas, nada de esto impide finalmente a Hart su adscripción a una idea del derecho como conjunto de normas.

Volvamos, entonces, a la afirmación central del autor, a saber, la de que el derecho debe ser visto como *una unión de reglas primarias y secundarias*. ¿Qué quiere decir con esto el jurista inglés?

A este respecto, Hart parte de la constatación de que en el derecho es posible identificar variedades de normas jurídicas y es precisamente a raíz del espectro heterogéneo que las normas componen que el autor concluye diciéndonos que el derecho es una realidad normativa compleja, compuesta de reglas primarias (llamadas también normas de obligación o de deber) y reglas secundarias (que serían todas aquellas que no imponen propiamente deberes ni obligaciones a las personas).

Ahora bien, Hart llama “reglas primarias” a todas aquellas que establecen directamente obligaciones y deberes, entendiendo que una norma impone obligaciones “cuando la exigencia

general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande”.

Además, las reglas primarias tienen otras dos características, a saber, *primero*, que se las reputa importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social; y, *segundo*, que se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas normas, aunque pueda beneficiar a otro, puede también hallarse en conflicto con lo que la persona obligada por ellas tiene el deseo o el impulso de hacer.

Sin embargo, las reglas primarias acusan a lo menos tres carencias de importancia, que son las que serán corregidas, precisamente, por lo que Hart llama reglas secundarias. Tales carencias son:

- a) *falta de certeza*, porque no tienen ellas una marca común identificatoria, de modo que no proveen órganos ni procedimientos explícitos para la certificación de su existencia, ni para solucionar las dudas acerca de cuáles son, ni para determinar el alcance preciso que haya de dárseles;
- b) tienen también las reglas primarias un *carácter estático*, en el sentido de que van produciéndose y sustituyéndose por un proceso social lento y difuso, mediante el cual ciertas líneas de conducta consideradas en un principio optativas, pasan luego a ser habituales y, finalmente, obligatorias; y
- c) por último, las reglas primarias acusan una *ineficiencia* en la difusa presión social ejercida para hacerlas cumplir, puesto que, al faltar un órgano autorizado para ello, no se podrá determinar en forma definitiva cuándo han sido violadas y qué castigo debe aplicarse al correspondiente sujeto infractor.

La sola existencia de las reglas primarias del derecho en una sociedad dada, precisamente en atención a las carencias antes apuntadas, configura únicamente una forma rudimentaria o primitiva de derecho, porque en virtud de este tipo de reglas se consigue tan solo una forma muy simple de control social.

Por ello, y para alcanzar a constituir derecho en plenitud, es preciso que las reglas primarias se complementen con otro tipo de reglas —las reglas secundarias—, las cuales, al corregir las tres insuficiencias antes indicadas de las primarias, se presentan como aquellas que especifican la manera en que las reglas primarias

pueden ser identificadas en forma concluyente, introducidas, modificadas y su violación determinada de una manera incontrovertible.

La *falta de certeza* de las reglas primarias se salva mediante la introducción de una regla secundaria llamada por Hart “regla de reconocimiento”, o sea, de una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias.

Por su parte, el carácter *estático* de las mismas reglas primarias se enmienda mediante la presencia en todo ordenamiento jurídico evolucionado de otro tipo de reglas secundarias —las llamadas “reglas de cambio”—, que son aquellas que facultan a un individuo o grupo de personas para introducir nuevas normas jurídicas, así como para modificarlas, sustituir las o dejarlas sin efecto en el futuro.

Finalmente, la *ineficiencia* de la presión social que acusan las reglas primarias, es corregida por las llamadas “reglas de adjudicación”, o sea, por aquellas que facultan a alguien para determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión determinada se ha transgredido o no una regla primaria.

Por último, y a título de conclusiones, podríamos decir lo siguiente:

En cuanto al derecho, nos parece que Hart adscribe a una concepción que ve o considera a éste en términos de una realidad normativa.

En cuanto a la realidad normativa, el derecho exhibe una variedad o diversidad de normas no siempre reducibles al esquema simple y restringido de las prescripciones.

Las variedades de normas jurídicas pueden ser apreciadas no sólo desde el punto de vista del contenido de las mismas, sino, además, por el diverso origen o modos de producción que las normas reconocen entre sí, como también por sus distintos ámbitos de validez.

Tal variedad de normas al interior de la realidad normativa en que el derecho se estructura, conduce a Hart a la afirmación central de su teoría, a saber, que el derecho puede ser visto como una unión de reglas primarias y secundarias.

Por otra parte, no sólo existen diferencias entre las reglas primarias y secundarias, que se podrían resumir diciendo que las reglas primarias son *acerca de la conducta de las personas*, en tanto que las secundarias son *acerca de las propias reglas primarias*, sino

que también existen diferencias al interior de las mismas reglas secundarias.

Hart atribuye decisiva importancia a esta visión del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, estimándola como “la médula de un sistema jurídico”, como “una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto a los juristas como al teórico de la política”, como aquello que “está en el centro de un sistema jurídico”, como “la manera más provechosa de ver un sistema jurídico”.

## LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

### 1. LOS DISTINTOS AMBITOS DE LA MORAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO

**Moral personal y derecho. Moral de los sistemas religiosos y derecho. Moral social y derecho.**

**Moral personal y derecho.**— El concepto de derecho que proponen Kelsen y Hart se complementa bien con la posición que uno y otro autor tiene acerca de las relaciones entre derecho y moral.

Sin embargo, antes de exponer dicha posición conviene recordar los distintos ámbitos o esferas de la moral que fueron identificados en el capítulo I y precisar luego el tipo de relaciones que cada uno de tales ámbitos tiene con el derecho. Ello porque el resultado de la comparación del derecho con la moral, destinado a una identificación tanto de las proximidades como de las diferencias entre uno y otra, va a depender de cuál sea el determinado ámbito de la moral que se compare con el derecho.

La diferencia más marcada del derecho con la moral se da en el caso de la moral personal o autónoma y, asimismo, en el de la moral de los sistemas religiosos. En cambio, las mayores proximidades se dan entre moral social y derecho.

En efecto, si la moral personal es *interior*, el derecho es *exterior*; si la moral personal es *autónoma*, el derecho es *heterónomo*; si la moral personal es *unilateral*, el derecho es *bilateral*; en fin, si la moral personal es *incoercible*, el derecho es siempre *coercible*.

Sin embargo, un antagonismo tan manifiesto se atenúa si se repara en que el derecho es sólo preferentemente exterior, y que

en él sólo domina una dimensión de heteronomía, tal como fue explicado en el capítulo anterior. Por su parte, la moral personal no es puramente interior ni es tampoco absolutamente autónoma.

Por lo que respecta a la *interioridad* de la moral personal y a la *exterioridad* del derecho, tiene razón Henkel cuando advierte que “ni la moral autónoma tiene que ver exclusivamente con el querer y la motivación, ni el derecho tiene que ver exclusivamente con el comportamiento externo”. Por lo mismo, si la moral personal es un orden antes de la *conciencia* que del *comportamiento*, ello no quiere decir que para dicho ámbito de la moral resulten suficientes las buenas intenciones. “El camino al cielo está empedrado de buenas intenciones”, dice el refrán, de modo que la moral autónoma exige también que la interioridad buena de los sujetos se exprese en comportamientos exteriorizados de ese mismo carácter. Es más: podría decirse que lo que acontece no es que la moral personal sea antes un orden de la motivación que del comportamiento, sino que se trata de un orden que exige de los sujetos no sólo determinados comportamientos correctos, sino, además, una cierta interioridad igualmente correcta.

Tratándose ahora del derecho, y tal como tuvimos ocasión de mostrar también en el capítulo I, su exterioridad constituye sólo una nota o propiedad preferente, con lo cual quiere decirse que se trata de un orden que no excluye del todo el examen de la interioridad de los sujetos. Por tanto, si es efectivo que el derecho es un orden antes del *comportamiento* que de la *motivación*, también lo es que en determinadas situaciones al derecho le interesa penetrar en la interioridad de los sujetos para determinar qué vínculo pudo o no existir entre dicha interioridad y la conducta efectivamente emitida por el sujeto en una situación dada.

Al respecto, Henkel expresa lo siguiente: uno y otro orden normativo –derecho y moral personal– designan “centros de gravedad dispuestos diversamente en cada uno de los dos sectores”, lo cual trae consigo que “el camino del enjuiciamiento sea también distinto. El camino de la valoración moral lleva de dentro afuera: del núcleo de la interioridad moralmente valiosa, y mediante la proyección hacia afuera, nace un juicio total sobre el acontecimiento. En cambio, en el derecho el camino lleva de fuera –en el Derecho penal parte, significativamente, del corpus

delicti– adentro, siendo variable la cantidad de interioridad del suceso a la que el derecho concede relevancia”.

En consecuencia, la afirmación de que el derecho puede darse por cumplido bastando con que lo que el sujeto haga o deje de hacer externamente sea lo mismo que el derecho le exigía hacer o no hacer, tiene sólo un alcance relativo, porque en ocasiones la interioridad “entra también en el campo visual del derecho”. En cambio, tratándose de la moral personal, lo que puede decirse es que ella sólo puede darse por satisfecha después de examinar la interioridad del sujeto, lo cual constituye, en su caso, una afirmación absoluta, sin perjuicio de que, situados en esta esfera de la moral, se espere también que una buena interioridad se exprese en buenas acciones.

Por otra parte, el derecho presta apoyo a la moral autónoma en la medida que declara y garantiza la libertad de pensamiento y de conciencia de los sujetos, que tienen un alcance que va más allá del ámbito puramente religioso. Esto quiere decir que la libertad de conciencia permite formarse no sólo las ideas religiosas que parezcan más adecuadas, sino también las propias convicciones morales y planes de vida que cada cual quiera llevar adelante para realizar su idea del bien y de la perfección moral individual.

Por otro lado, la moral autónoma da apoyo al derecho en la medida que refuerza el cumplimiento de aquellos deberes jurídicos que coinciden con obligaciones de índole moral. Así, por ejemplo, el deber jurídico que los padres tienen de proveer lo necesario para la subsistencia y desarrollo de sus hijos, se ve favorecido en la medida que los padres suelen admitir ese mismo deber como una obligación de carácter moral.

Sin perjuicio de lo anterior, Henkel ve también un vínculo entre derecho y moral autónoma en la medida en que se admite la existencia de un deber moral de obediencia al derecho, aunque un deber semejante no existiría por referencia a *cada norma* del ordenamiento jurídico, sino por referencia al derecho *como un todo*. Este deber se basaría en que, a pesar de sus habituales defectos, el derecho se presenta siempre como una contribución ordenadora de la sociedad, esto es, como un orden que provee, aunque sea relativamente, de ciertos bienes como la paz y la seguridad y, en tal sentido, el derecho representaría para los individuos un auténtico valor moral.

No puede descartarse que, en el hecho, los individuos, al estimar bienes como el orden, la paz y la seguridad, desarrollen lo que Henkel llama "fuertes impulsos" a favor de la observancia de un orden que, como el derecho, apunta a la realización de esos fines. Sin embargo, nos ofrece dudas que desde semejante comprobación pueda derivarse un deber moral de obediencia al derecho. Para un mayor análisis de este tema, sugiero revisar el capítulo correspondiente de mi libro *Derecho y moral ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, cuya segunda edición apareció en 1999.

Por otra parte, a la *heteronomía* del derecho se opone la *autonomía* de la moral personal. Sin embargo, la heteronomía del derecho, según mostramos en su momento, es sólo una característica dominante, puesto que admite importantes salvedades, una de las cuales, de índole precisamente *moral*, se vincula a la objeción de conciencia, mientras que otra, de tipo específicamente *jurídico*, se relaciona con la existencia de modos de producción de normas jurídicas que muestran una importante dimensión de autonomía. Precisamente, una norma jurídica cuyo obediencia por parte de un sujeto puede ser evitado en razón de la objeción de su conciencia tiene heteronomía únicamente en cuanto a su origen, mas no en cuanto al imperio que ejerce sobre dicho sujeto.

Por su lado, la moral personal, si bien tiene un carácter *autónomo*, está influenciada por la educación que recibe cada sujeto normativo, así como por el medio en que se desenvuelve, todo lo cual trae consigo que en el caso de esta esfera de la moral el sujeto muchas veces no forje en su conciencia las respectivas pautas de comportamiento moral, sino que meramente las recepcione y apruebe. Esto último quiere decir que en ocasiones las normas de la moral personal son heterónomas en cuanto a su origen y autónomas en cuanto al imperio que ejercen sobre el sujeto.

En consecuencia, derecho y moral personal se diferencian en razón de la heteronomía del primero y de la autonomía de la segunda, aunque dicha contraposición no es absoluta, atendidas las salvedades que reconoce la heteronomía del derecho y los alcances que es preciso hacer a la autonomía de la moral.

Con la *bilateralidad* del derecho y la *unilateralidad* de la moral ocurre otro tanto, a saber, se trata de una pareja de características contrapuestas que sirven también para diferenciar uno

y otro orden normativo, aunque la contraposición tampoco es absoluta, puesto que si bien el derecho es bilateral, en la medida que impone deberes para con los demás y no para consigo mismo, y la moral personal unilateral, en la medida que impone deberes para con uno mismo, no puede omitirse que la moral personal no es sólo vida de introspección, sino, en alguna medida, vida de relación con los otros.

Tratándose de la moral personal, es efectivo que los sujetos distintos del sujeto obligado no están en posición de exigir a este último el cumplimiento de los deberes morales autoimpuestos con vistas a realizar el tipo de vida buena que se hubiere propuesto realizar, pero es igualmente cierto que todo sujeto moralmente obligado está siempre en diálogo con sus semejantes y en alguna medida dispuesto a revisar su moral personal como resultado de ese diálogo. Si quisiéramos poner una idea como esa valiéndonos de la imagen de las *brújulas* y los *radares*, podría decirse que en asuntos de moral personal cada individuo es un hombre brújula y, a la vez, en alguna proporción, también un hombre radar: un hombre brújula, porque frente a un asunto moral cualquiera determina cuál es su posición y la dirección que de acuerdo a ella debe tomar en una situación dada; y un hombre radar, porque está también preocupado de determinar la posición de los demás, especialmente si éstos van a ser afectados de algún modo por el curso de su comportamiento moral, y de tener en cuenta esa posición a la hora de decidir el rumbo moral que adoptará finalmente.

Por último, en cuanto a la *coercibilidad* del primero e *incoercibilidad* de la segunda, derecho y moral personal resultan claramente diferenciados, puesto que la moral personal es incoercible y el derecho no puede ser sino coercible.

Tal como se ve, la comparación entre moral personal y derecho arroja tanto diferencias como canales de unión entre uno y otro orden normativo. Sin embargo, tales "canales de unión", según los llama Henkel, y a los cuales preferiríamos llamar "canales de comunicación", no deben hacernos olvidar que también pueden darse "antinomias" e incluso "situaciones de conflicto" entre ambos. Tales antinomias y conflictos van a producirse cuando el derecho, por un lado, y la conciencia del sujeto, por la otra, demanden de éste comportamientos que sean opuestos o incompatibles.

Cada vez que acontezca alguna de esas antinomias o conflictos, y a menos de que esté autorizada la objeción de conciencia, el sujeto normativo correspondiente estará en un auténtico problema. Nadie podrá liberarlo del drama, aunque tampoco privarlo de la dignidad, de tener que resolver por sí mismo a cuál de los deberes en conflicto se someterá finalmente.

**Moral de los sistemas religiosos y derecho.**— Lo primero que habría que decir a este respecto es que el derecho toma una distancia deliberada respecto de la moral religiosa. Es efectivo que por una parte garantiza la libertad de conciencia, de manera que cada individuo pueda formarse las ideas que desee en el ámbito religioso, pero, a la vez, mantiene una total independencia respecto de los distintos credos religiosos. De esta última exigencia deriva el hecho de que en el mundo moderno el Estado no adopte religión oficial alguna y que no exista posibilidad legítima alguna de emplear el poder estatal para imponer la observancia de deberes religiosos ni para ejecutar sanciones sobre los sujetos que puedan haberlos infringido.

Fijándonos ahora en las otras características de uno y otro orden normativo, la *exterioridad* del derecho contrasta con la *interioridad* de las normas de la moral religiosa, aunque comparten la característica de heteronomía. Con todo, la heteronomía de las normas de la moral religiosa, lo mismo que en el caso de la moral autónoma, se da únicamente en el *origen* de las normas, mas no en el *imperio* de éstas. Las normas de un sistema moral religioso cualquiera son efectivamente heterónomas en cuanto provienen no de la conciencia de cada sujeto obligado, sino del fundador del respectivo credo o de sus representantes, aunque suponen también la libre adhesión al credo de que se trate de parte de los correspondientes sujetos normativos.

**Moral social y derecho.**— Por último, si lo que se compara con el derecho es la moral social, surge una primera y evidente aproximación, a saber, que ambos son órdenes sociales, esto es, que conciernen a la vida de relación de cada sujeto con los demás y no a la vida de introspección que cada sujeto lleva a cabo en lo que concierne a la búsqueda de su perfección moral individual. Por lo mismo, tanto el derecho como la moral social determinan lo que se debe hacer u omitir por cada sujeto en

cuanto miembro de una determinada comunidad y como parte de sus relaciones con los demás miembros de ésta.

Mientras que en las esferas de la moral personal y de la moral religiosa, como dice Henkel, “las normas de comportamiento apuntan a la realización del bien por el bien mismo, sin injerencia de intereses y consideraciones de oportunidad de otra naturaleza, en la moral social se abren paso intereses y necesidades colectivas que tienden al aseguramiento de una convivencia tolerable y conciliadora en la sociedad. No se trata tanto de movilizar en el individuo las fuerzas por lo moralmente bueno como de combatir en él las tendencias a lo moralmente malo en el tráfico social: de combatir la mala fe, la insinceridad, la desconsideración, lo sexualmente escandaloso, etc.”. Por lo mismo, en tales fines “la moral social tiene una orientación en gran medida igual a la del derecho”.

De este modo, derecho y moral social comparten la característica de ser *exteriores*, puesto que en ambos órdenes normativos “el centro de gravedad del enjuiciamiento no reside en las motivaciones, sino en el comportamiento externo”.

A la vez, ambos órdenes normativos son predominantemente *heterónomos*, tanto en el *origen* como en el *imperio* de las normas respectivas, puesto que los sujetos normativos deben acatar pautas de comportamiento en cuya producción no han intervenido directamente, las cuales suelen obedecer sin consideración al juicio de aprobación que esas normas puedan o no merecerles.

Derecho y moral social son también *bilaterales*, puesto que ambos imponen deberes que los sujetos reconocen para con los demás, no para consigo mismos.

Por otra parte, si el derecho es *coercible* y la moral social *incoercible*, no puede omitirse que la segunda opera sobre la base de una fuerte presión social del grupo sobre los individuos, aunque, precisamente por su carácter incoercible, la moral social no dispone de un aparato coercitivo socialmente organizado para garantizar el cumplimiento de sus normas ni para ejecutar las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento.

Además, cada vez que el derecho se remite a la moral, ya sea empleando fórmulas explícitas de referencia a ésta con ese mismo nombre o valiéndose de expresiones como “buenas costumbres” u otras equivalentes, debe entenderse que las referencias se hacen a la moral social y no a la moral personal ni a la de carác-

ter religioso. Como vuelve a decirnos Henkel, la opinión general es que ciertas cláusulas habituales en el derecho, tales como "buenas costumbres" y "buena fe", no contienen una referencia a una "ética subjetiva" ni a las "acrisoladas ideas morales" de una ética superior de tipo religioso, sino a la moral "que predomina actualmente en la sociedad". Por lo tanto, los operadores jurídicos que utilizan esas cláusulas, o que tienen que darle un contenido y alcance preciso en un caso dado, como acontece tratándose de legisladores y de jueces, deben tener presentes los dictámenes que surgen de esa moral media que es la moral social, cuyos criterios de enjuiciamiento son los que pueden "esperarse coincidentemente de todos los miembros prudentes de la comunidad jurídica que sienten moral y responsablemente".

Al exponer a continuación las ideas que Kelsen y Hart tienen acerca de la relación entre derecho y moral, comprobaremos que ambos autores, al tratar de dicha relación, tienen a la vista la moral social y no los otros dos ámbitos o esferas de la moral. Por lo mismo, la presentación de las ideas que sobre el particular tienen esos dos autores, permitirá profundizar algo más en las proximidades y diferencias que existen entre moral social y derecho.

## 2. LA RELACION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGUN KELSEN

**Derecho y ciencia del derecho; moral y ética. Obligaciones morales y obligaciones jurídicas. Derecho y justicia. Moral social y derecho. Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen.**

**Derecho y ciencia del derecho; moral y ética.**— En el inicio el primer capítulo de su libro *Teoría pura del derecho*, el autor enuncia una distinción necesaria de ser tenida en cuenta para evitar confusiones y malentendidos, a saber, la que pone de una parte al *derecho* y a la *ciencia del derecho*, y, de otra, a la *moral* y a la *ética*.

Ahora bien, siguiendo el pensamiento del autor a propósito de esta doble distinción, habría que decir lo siguiente:

a) el *derecho*, entendido como una específica normatividad coactiva reguladora de la conducta humana, constituye el obje-

to de un saber o conocimiento específico que se denomina *ciencia jurídica*. El derecho, en consecuencia, no es lo mismo que el saber que se ocupa de él, por mucho que en el lenguaje común se utilice a veces la misma palabra —"derecho"— tanto para referirse al objeto de un determinado saber como para aludir al saber que se constituye acerca de ese mismo objeto.

El derecho es, en síntesis, una *realidad normativa*, en tanto que el saber acerca del derecho —la ciencia del derecho o ciencia jurídica—, es una *realidad cognoscitiva*. Por lo mismo, si se puede afirmar que la ciencia jurídica es una ciencia normativa, ello es únicamente en cuanto *versa* o *trata* sobre normas, aunque no en cuanto pueda ella *producir* o *establecer* normas;

b) por su parte, la *moral* es para Kelsen la denominación que se da a otras normas sociales, distintas de las normas jurídicas, pero que regulan también el comportamiento recíproco de los hombres; *ética*, en cambio, es la disciplina orientada al conocimiento y la descripción de las normas sociales en que consiste la moral. De este modo, y lo mismo que en el caso del derecho y de la ciencia del derecho, la moral sería el objeto de conocimiento de la ética. Del mismo modo, si puede decirse que la ética es *normativa* es tan solo en cuanto ella aspira a *conocer* y a *describir* las normas morales establecidas por una autoridad, o bien por la costumbre, pero no en cuanto la ética *imponga* normas y estatuya consiguientemente deberes de tipo moral.

**Obligaciones morales y obligaciones jurídicas.**— El derecho y la moral son para Kelsen dos órdenes normativos distintos uno del otro. Sin embargo, en cuanto ambos son órdenes normativos, derecho y moral se traducen en deberes para los correspondientes sujetos imperados.

Por lo mismo existen, por una parte, obligaciones morales y, por otra, obligaciones jurídicas, y no hay propiamente la obligación jurídica de comportarse de determinada manera, sino en el caso de que una determinada norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria.

Como consecuencia de lo anterior, cuando un jurista propone un enunciado de tipo cognoscitivo acerca de alguna norma jurídica y expresa, por ejemplo, que una cierta consecuencia *debe* seguir a la condición determinada por esta misma norma, no

adjudica a la palabra "debe" ninguna significación de orden moral, lo cual quiere decir que si una conducta es prescrita por el derecho no significa que lo sea necesariamente por la moral, y –viceversa– que si una conducta es exigida por la moral ello no quiere decir que lo sea igualmente por una norma jurídica.

Con todo, la distinción entre derecho y moral como dos órdenes normativos distintos, no significa, por lo pronto, negar que exista la moral; antes bien, esa distinción refuerza la idea contraria, esto es, que existe, además del derecho, un orden normativo diferente al que damos precisamente el nombre de moral.

Dicha distinción tampoco significa atribuir ninguna suerte de superioridad al derecho sobre la moral, de modo que al distinguir el derecho de la moral, Kelsen no está en modo alguno sugiriendo que en caso de conflicto entre deberes jurídicos y morales deba darse preferencia a los primeros.

Por otra parte, esta misma distinción tampoco significa renunciar al postulado de que el derecho deba ser moral, y de que siempre, en consecuencia, será posible calificar como moral o inmoral un determinado derecho, según sea precisamente el criterio moral que se emplee para, contrastándolo con el derecho, concluir acerca de la mayor corrección o incorrección moral de este último.

En otras palabras: si la distinción entre derecho y moral como dos órdenes normativos distintos refuerza la existencia y autonomía normativa de esta última, dicha distinción, a la vez, refuerza el papel que puede cumplir todo orden moral como modelo o criterio a partir del cual un derecho dado pueda ser valorado en su mayor o menor corrección desde un punto de vista igualmente moral. En palabras de Kelsen, "gracias a esto último resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen".

De este modo, la posibilidad de emitir, desde la perspectiva de un determinado orden moral, juicios de valor, ya positivos, ya negativos, sobre un ordenamiento jurídico estimado como un todo, al igual que sobre cualquiera de sus normas, configura una posible relación entre derecho y moral. Por otra parte, la distinción entre derecho y moral, lejos de menoscabar a la moral y de perjudicar la posibilidad de utilizarla para

emitir juicios de valor acerca de la corrección o incorrección del derecho, reserva a la moral como instancia diferenciada del derecho, y por tanto autónoma respecto de éste, desde la cual se podrá enjuiciar la mayor o menor moralidad de un derecho dado.

Otra relación entre derecho y moral admitida por Kelsen consiste en que el derecho puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales, como acontecería, por ejemplo, con aquellas normas jurídicas que castigan ofensas a la moral o a las buenas costumbres.

**Derecho y justicia.**— Retomando la distinción entre derecho y moral, ésta se expresa, según Kelsen, en la distinción consiguiente entre derecho y justicia.

Para este autor, los criterios o ideales de justicia, esto es, los criterios o ideales acerca de cómo debería ser el derecho, se fundan en normas de moral positiva, o sea, en normas morales que han sido *puestas* por alguien –un profeta, por ejemplo–, o bien en una o más normas morales que dan por establecidos ciertos valores superiores.

Sin embargo, y utilizando en verdad un lenguaje muy fuerte y necesitado de algunos matices o salvedades, Kelsen concluye que la justicia es un "ideal irracional", lo cual quiere decir que ninguno de los diversos y contrapuestos ideales o criterios que acerca de lo justo han sido ideados y propuestos históricamente puede demostrarse como racionalmente verdadero y, por tanto, como superior a los demás.

Para el conocimiento racional –cree Kelsen– sólo existen intereses y conflictos de intereses. Racionalmente no es posible demostrar que una determinada solución o respuesta a la pregunta por la justicia pueda legítimamente reclamar para sí un mayor valor de verdad y excluir a las restantes como erróneas. Si existiera una justicia absoluta, esto es, si pudiera demostrarse por métodos racionales que una determinada idea acerca de la justicia es la verdadera, el derecho positivo –concluye Kelsen– sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Quizá si antes de pasar a las páginas que Kelsen dedica al tema del derecho y la moral en su obra póstuma, sea conveniente establecer cuál es la consecuencia política que el autor deriva de su relativismo moral. Este punto es explicado por Kelsen en

varias de sus obras y trabajos, aunque en ninguno, tal vez, con la concisión y la claridad con que lo hace en el último acápite de su *Teoría general del Estado*.

En la obra antes mencionada, Kelsen discurre acerca de la democracia y de la autocracia como formas de gobierno, considerando que ambas no son más que “métodos de creación de un orden social” que difieren porque en la primera todos los ciudadanos tienen el derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la adopción de las decisiones colectivas, mientras que en la autocracia estas mismas decisiones se adoptan por una sola persona o por un grupo restringido de gente.

Democracia y autocracia, en consecuencia, no difieren por el *contenido* de las decisiones colectivas que ambas formas de gobierno permiten adoptar, sino por el *procedimiento* que una y otra establecen para la toma de las decisiones. La primera recurre para estos efectos a la *regla de la mayoría*; la segunda, en cambio, a la sola voluntad de quien sea identificado previamente como la *autoridad*. La democracia se distingue así de toda otra forma de gobierno en que no sólo promueve el imperio de la mayoría, sino que, además, presupone por esencia una oposición —la minoría— a la que reconoce políticamente y protege en sus derechos fundamentales y en el principio de proporcionalidad.

Pues bien: el relativismo, o sea, la idea de que el conocimiento humano no puede alcanzar valores absolutos, se corresponde según Kelsen con el ideario democrático en cuanto “concede igual valor a la voluntad política de cada cual y respeta por igual toda creencia y opinión” en que esa voluntad se manifieste. El *relativismo* —no es posible establecer de manera indudable para todos el mayor valor de verdad de una determinada de las múltiples y contrapuestas ideas acerca de lo que debe ser— conduce así a la *tolerancia* —todas las convicciones políticas y de orden valorativo tienen la misma posibilidad de manifestarse y de luchar en libre concurrencia “por la conquista de la inteligencia y de los corazones”—, y la tolerancia, por último, conduce por su parte a la *democracia* —debe gobernar la convicción política que obtenga para sí la mayoría.

En cambio —dice Kelsen—, una concepción “metafísico-absolutista” del mundo y de los valores se corresponde más bien con una actitud autocrática, porque quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo rechazará enérgica-

mente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de ese orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquellos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más les conviene”. En efecto —se pregunta Kelsen—, si hay “alguien que se halla en posesión del Bien sumo, ¿qué puede pedir sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquellos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó la “verdad” ha de ser la salvación?”.

Por la inversa, y retornando ahora a la democracia, “la relatividad del valor de cualquier profesión de fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda validez absoluta, inducen a renunciar al absolutismo de un monarca, de una casta sacerdotal, aristócrata o guerrera, de una clase o de un grupo privilegiado cualquiera”.

De sobra está decir, como un comentario personal a esta parte del pensamiento de Kelsen, que si el relativismo es un modo posible de fundamentar la democracia, no constituye, por cierto, el único modo de fundamentar ni el único motivo para preferir esta forma de gobierno.

En el capítulo final, a propósito de la justicia como uno de los fines del derecho, volveremos sobre la posición de Kelsen a este respecto.

**Moral social y derecho.**— En su obra *Teoría general del Derecho y del Estado*, Kelsen introduce dos ideas que el autor tendrá ocasión de desarrollar más tarde en la segunda versión de la *Teoría pura del derecho*, como asimismo en su *Teoría general de las normas*, y que son, *primero*, la de que la moral es un fenómeno colectivo, un producto social, lo cual se expresaría en el hecho de que la moral difiere en cada caso de acuerdo al tipo de sociedad en cuyo seno ella surge e impera; y, *segundo*, la idea de que —en consonancia con lo anteriormente expresado— la sanción que sigue a la infracción de los deberes morales consiste en la desaprobación moral de nuestros semejantes.

En consecuencia, y desde el punto de vista de esta moral social a que alude el autor citado —y siguiendo aquí el mismo ejemplo que él proporciona—, si un individuo se abstiene de matar a otro es porque, sencillamente, teme a la desaprobación moral de sus semejantes. De este modo, las sanciones morales consis-

tirían únicamente en el reproche, desaprobación y posiblemente en el aislamiento de que el grupo social haría objeto al correspondiente sujeto infractor. Por su parte, esta reacción típicamente social en que encarnarían las sanciones morales, se corresponde con la idea anterior del autor, a saber, la de que la moral es un fenómeno colectivo.

Retomando nuevamente la distinción entre derecho y moral, Kelsen es de opinión que dicha distinción no puede ser fundada en la conducta a que obligan las normas de uno y otro orden normativo, puesto que es frecuente que un mismo comportamiento se encuentre a la vez exigido o prohibido tanto por la moral como por el derecho.

Tampoco considera posible fundar esta distinción en el carácter *externo* que poseería el derecho, por oposición a la llamada *interioridad* de la moral.

Desechadas por Kelsen tanto la autonomía como la interioridad preferentes que se predicán habitualmente de la moral como propiedades que contribuirían a diferenciarla del derecho —el cual, por su parte, sería predominantemente heterónimo y exterior—, el jurista austríaco encuentra la diferencia entre ambos órdenes normativos en el carácter *coactivo* del derecho, esto es, en la circunstancia de que el derecho, lo mismo que la moral, trata de producir determinadas conductas, pero, a diferencia de ésta, lo hace de un modo que es propio y exclusivo suyo, a saber, enlazando a la conducta opuesta un acto coactivo cuya declaración y ejecución se encuentran socialmente organizadas. No es, pues, que la moral social sea un orden normativo que no estatuya sanciones, sino que éstas se reducen a la desaprobación por parte del grupo, sin que en modo alguno entre en juego el empleo de la fuerza socialmente organizada.

**Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen.**— Desearíamos puntualizar ahora algunas observaciones críticas al pensamiento de Kelsen.

Ante todo, querría decir que la distinción que Kelsen lleva a cabo entre derecho y moral, así como más específicamente entre derecho y justicia, es necesaria —según expresamos antes en este mismo trabajo— para cautelar la autonomía relativa de estos dos órdenes normativos, preservando y haciendo más ope-

rativa la posibilidad de enunciar y mantener juicios morales sobre el derecho.

Sin embargo, y en relación con la afirmación de Kelsen en el sentido de que la justicia es “un ideal irracional”, quisiéramos expresar críticamente lo siguiente:

a) la historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia;

b) esa misma historia muestra, por otra parte, que los hombres no han elaborado uno, sino múltiples ideales de justicia; y

c) igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre los mismos y resultan, a menudo, contrapuestos entre sí.

Es evidente que de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados y propuestos históricamente, resulta un problema, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la verdad, y, por tanto, la preeminencia, de uno determinado de esos criterios de justicia sobre los restantes. Kelsen, como ha sido mostrado, no cree en esta posibilidad.

Ahora bien, si entendemos por juicios de justicia aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de quienes producen el derecho, como también el contenido de éste, nos parece que se puede concluir —a diferencia de lo que sostiene Kelsen— que tales juicios son no sólo posibles, sino inevitables, y que, además, son racionales, si no propiamente en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como *verdaderos*, al menos en el sentido de que es *plausible* que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional. La pregunta por la justicia tiene un fundamento suficiente, que deriva de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como una tarea ineludible. En consecuencia, la racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un

determinado fundamento o explicación, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

En el capítulo VI de este Manual vamos a volver sobre este punto.

### 3. LA DISTINCION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGUN HART

**Derecho y justicia. La moral social y sus características. Moral y normas jurídicas inicuas.**

**Derecho y justicia.**— El primero de esos problemas se refiere a la distinción, dentro de la esfera general de la moral, de la idea específica de justicia, para trazar entonces la relación más bien de ésta que de aquélla con el derecho.

Lo primero que advierte el autor sobre este punto es que los términos que los juristas utilizan para aprobar o censurar un derecho dado son palabras tales como “justo” e “injusto”, y que, muy a menudo, por lo mismo, actúan como si las ideas de justicia y de moral fueran coextensivas, cuando en verdad —según cree Hart— la justicia es un segmento de la moral, con lo cual quiere decir que la idea de justicia tiene un carácter especial respecto de la idea de la moral: esta última palabra, en suma, tendría una mayor cobertura que el término “justicia”. Así, “de un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente *malo*, o que ha transgredido su *obligación* o *deber moral* frente a su hijo. Pero sería extraño que se criticara su conducta como *injusta*.”

Una característica distintiva de la justicia surge si se observa que la mayor parte de las alabanzas y críticas hechas mediante el uso de las palabras “justo” e “injusto” podrían ser expresadas casi igual mediante las expresiones “equitativo” y “no equitativo”.

“Equitativo” es un término bien específico, no coextensivo con el de “moral” en general, y ello porque las referencias a la equidad son relevantes principalmente en *dos situaciones* de la vida social.

*Una* de ellas ocurre cuando nuestro interés no se dirige a una conducta individual aislada, sino a la manera en que son tratados *clases* de individuos cuando una carga o un beneficio tiene que ser distribuido entre ellos. De allí que lo típicamente equitativo o no equitativo sea una *participación*.

La *segunda* situación ocurre cuando se ha causado algún daño y la víctima reclama una compensación o indemnización.

Pero no sólo aludimos a distribuciones y a compensaciones como justas o equitativas; también decimos que un juez es justo o injusto, o que un proceso ha sido equitativo o no equitativo.

Por lo mismo, Hart concluye que el principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Por ello es que la justicia es concebida como un *equilibrio* o *proporción* y su precepto principal se formula frecuentemente diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera y tratar los casos diferentes de diferente manera”.

**La moral social y sus características.**— El segundo de los problemas que Hart identifica y repasa a propósito del tema de la relación entre derecho y moral es el que se refiere a las características que distinguen a las reglas y a los principios morales no sólo respecto de las normas jurídicas, sino de todas las otras clases de normas sociales.

Es evidente que, según lo expresado previamente, Hart se refiere aquí a la moral como *fenómeno social*, o sea, a la moral de una sociedad dada, a la moral *aceptada* o *convencional* de un grupo social concreto, con lo cual se quiere aludir a “pautas o criterios de conducta que son ampliamente compartidas en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestas a los principios o ideas morales que puedan regir la vida de un individuo, pero que éste no comparte con ningún número considerable de aquellos con quienes convive”.

Sobre el particular, dice Hart que si bien “hay una diversidad, entre los códigos morales” de las distintas sociedades, la moral social “de las sociedades que han alcanzado la etapa en que ella puede ser distinguida de su derecho, incluye siempre ciertas obligaciones y deberes esenciales para que sobreviva cualquier sociedad”, como acontece, por ejemplo, con las normas

que prohíben el libre uso de la fuerza, las que exigen honestidad y veracidad en las relaciones interpersonales y las que prohíben la destrucción de cosas o su apropiación en perjuicio de otros. "Si la observancia de estas reglas elementalísimas no fuera concebida como cosa corriente en cualquier grupo de individuos que viven en proximidad vecina los unos con los otros —agrega Hart—, vacilaríamos en describir a ese grupo como una sociedad, y tendríamos la certeza de que no podría durar mucho tiempo".

Ahora bien, en cuanto a las propiedades de las normas pertenecientes a la moral social, Hart señala entre ellas su *importancia*, la *inmunidad al cambio deliberado*, el *carácter voluntario de las transgresiones* y la *forma que adopta la presión social*.

Por lo que se refiere al carácter *importante* de este tipo de normas —lo cual parece algo "perogrullesco" y "vago", según expresiones del propio Hart—, habría que decir que, al revés de lo que puede acontecer con una norma jurídica —que se la considere sin importancia, pero que, no obstante, continúe rigiendo mientras no se la derogue formalmente—, sería absurdo pensar que una norma continuara formando parte de la moral de una sociedad, aun cuando nadie la considerara ya importante y digna de ser observada.

Con lo anterior quiere decirse que las normas de la moral social exigen ciertamente el sacrificio de intereses personales o privados, pero, a la vez, su "observancia asegura intereses vitales en los que todos participan por igual".

La *inmunidad al cambio deliberado* —como segunda característica de las normas de la moral social— marca también una diferencia entre éstas y las normas jurídicas, puesto que es propio de todo derecho que puedan introducirse nuevas normas con relativa facilidad, o bien modificarse o derogarse las ya existentes, "aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una Constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema". Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera.

El *carácter voluntario de las transgresiones morales*, por su parte, apunta al perfil preferentemente interno de la moral, por oposición también al carácter predominantemente externo del derecho.

Es obvio que el derecho no se refiere únicamente a la conducta externa y la moral a la conducta interna, pero es evidente también que el centro de gravedad de la responsabilidad y de la reprobación jurídicas es antes externo que interno, mientras que en la moral es antes interno que externo.

Lo anterior quiere decir que si una persona ha faltado a un deber moral y consigue probar que lo hizo en forma no voluntaria y a pesar de todas las precauciones que pudo adoptar, puede resultar excusada de responsabilidad moral; en cambio, ese tipo de excusas —falta de intencionalidad y adopción de precauciones— están obviamente mucho más limitadas en el ámbito del derecho.

Por último, la característica final que Hart atribuye a la moral es la *forma peculiar de presión* que se ejerce en su apoyo, y que consiste en que, a diferencia nuevamente del derecho —que intenta disuadir las conductas prohibidas ante todo mediante la amenaza de sanciones—, en la moral la "forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas", respeto que, por lo demás, "se presume compartido por aquellos a quienes se dirige la exhortación".

Como se puede apreciar, los cuatro criterios de que se vale Hart para caracterizar a las normas morales, a la vez que para distinguirlas de las normas jurídicas, son puramente *formales*, esto es, ninguno de ellos "hace referencia directa a ningún contenido necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni a ningún propósito que deban servir en la vida social".

Sin embargo, el mismo autor insiste en considerar como algo común a todos los códigos morales de cualquier sociedad, más allá de esas cuatro propiedades formales de sus reglas, la proscripción del uso de la violencia sobre las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas, y la prohibición, por último, de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros.

Estas reglas básicas demandan un cierto sacrificio personal a cada individuo, pero, a la vez, "son el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad", además de que "la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para ser como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad". Estos hechos simples —añade Hart— "constituyen un indiscutible núcleo de verdad en las doctri-

nas del derecho natural”, porque “tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social [...] Tales principios, de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural...”

**Moral y normas jurídicas inicuas.**— En un punto que nos parece crucial en su doctrina sobre la relación entre derecho y moral, Hart se pregunta enseguida lo siguiente:

Si el derecho y la moral son órdenes normativos distintos, que utilizan criterios también diferentes para decidir acerca de la validez u obligatoriedad de sus respectivas normas, ¿qué acontece con las normas jurídicas inicuas, esto es, con aquellas normas que vulneran esos contenidos mínimos que el derecho comparte con la moral?

La respuesta a esta pregunta, según el autor, dependerá de si se adopta un concepto *amplio* de derecho o un concepto *restringido*.

Un concepto *amplio* de derecho considerará como tal a todas las normas jurídicas que se ajusten a los criterios formales de validación de las mismas, aun cuando estas normas puedan atentar contra la moral de la sociedad.

Un concepto de derecho más *restringido* considerará como tal únicamente a las normas que, además de satisfacer los criterios formales de su validación señalados por otras normas del sistema, resisten, en cuanto a su contenido, un análisis o inspección desde la perspectiva de la moral, de donde resulta que quedarán excluidas del derecho aquellas normas que sean moralmente ofensivas o inicuas.

Hart se inclina por el concepto más amplio, y no ciertamente porque propicie una suerte de capitulación de los juristas ante las normas jurídicas moralmente ofensivas, sino todo lo contrario. Su razonamiento sobre el punto podría ser resumido de la siguiente manera:

Nada se ganaría para el estudio científico del derecho con la adopción del punto de vista que hemos llamado “restringido”,

puesto que, al adoptarlo, tendríamos que excluir del ámbito del conocimiento jurídico a todas las normas moralmente ofensivas, aun cuando pudieran exhibir todas las características del derecho. “Nada, por cierto, sino confusión, resultaría —dice Hart— de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo”.

Por otra parte, cuando nos enfrentamos a exigencias jurídicas moralmente inicuas, parece preferible, aun desde un punto de vista moral, decir “Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado”, que afirmar “Esto no es derecho en ningún sentido”. Hart cree que la primera respuesta, y no la segunda, favorece mejor la claridad en la percepción de las cosas y la disposición de los hombres a desobedecer el derecho cuando la moral lo exija, puesto que “lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho”. Como se preguntan sobre el particular Baurmann y Kliemt, “¿promete acaso más éxito, o tiene un mayor peso argumental, una crítica que invoca el hecho de que una ley inmoral no puede ser “derecho” que aquella otra que denuncia públicamente el derecho vigente en un Estado por su inmoralidad?”.

Por lo mismo, y en una no precipitada comprensión del mismo, el grito de guerra de Austin —“la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”—, lejos de servir a la obediencia incondicional al poder establecido y a las normas jurídicas que éste instituya como derecho, abre la posibilidad del juzgamiento moral de todo derecho y la posibilidad, asimismo, de la decisión de no obedecer ese derecho.

En otras palabras, si todo derecho fuera correcto, meritorio o justo por el mero hecho de ser derecho –lo cual obviamente no es así–, entonces no tendría sentido llevar a cabo una evaluación moral del mismo ni podrían justificarse razones para su desobediencia desde un punto de vista moral. En cambio, si se admite la posibilidad de que un derecho pueda ser incorrecto o injusto –como de hecho ocurre a veces históricamente–, entonces quiere decir que la posibilidad de su evaluación desde un punto de vista moral permanece abierta, lo mismo que la justificación de su desobediencia por razones igualmente morales.

En palabras del propio Hart, habría que decir que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del slogan “El derecho es el derecho”, o de la distinción entre derecho y moral, es la siguiente: “Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace”.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

### 1. DENOMINACION, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

**El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento.**

**El problema del nombre.**– El problema del *nombre* o denominación de los llamados derechos humanos está ligado con el de su *concepto*, y éste, a su vez, con el de su *fundamentación*. En efecto, y establecido que existen distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre, una determinada de esas maneras puede conducir a un determinado concepto de éstos y, asimismo, a una denominación que esté de acuerdo con dicho concepto y fundamentación. Por lo mismo, la fundamentación que se prefiera para esta clase de derechos va a determinar en cierto modo el concepto que se tenga de éstos, mientras que la idea o concepto que se tenga de los derechos humanos va a influir también en la denominación que se elija para esta clase de derechos. Sin embargo, en lo que sigue, cediendo a conveniencias pedagógicas antes que a exigencias de tipo metodológico, vamos a seguir el camino inverso, esto es, vamos a tratar en primer término la cuestión del nombre o denominación de los derechos humanos, luego la de su concepto y, por último, la de los distintos modos de fundamentarlos.

La denominación más frecuente para esta clase de derechos es “derechos humanos”, o “derechos del hombre”, con la cual se quiere enfatizar el carácter universal de estos derechos, o sea, la circunstancia de que adscriban a todos los hombres sin ex-

cepción. La filósofa española Adela Cortina prefiere la denominación "derechos humanos" sobre las que veremos a continuación por tres razones: tal denominación muestra el fundamento de estos derechos –el hecho de ser hombre– y su extensión –todo hombre, en cuanto tal, tiene estos derechos–, a la vez que evita que los fervorosos defensores de los derechos de los animales y plantas propongan –llevados de su entusiasmo por la dignidad de estos seres– redactar una única declaración de derechos de los seres vivos.

También se les llama "derechos fundamentales" de la persona humana, con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente aquellos que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman parte de esta clase de derechos.

En ocasiones se les llama también "derechos naturales", o bien "derechos morales". Estas denominaciones son menos frecuentes y pueden ser entendidas en la medida en que la primera de ellas se apoya en una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos y la segunda en una fundamentación ética de los mismos. Estas dos denominaciones, por lo mismo, reflejan bien lo que afirmamos hace un instante, a saber, que una determinada fundamentación de los derechos humanos conduce a un determinado concepto de los mismos y a una cierta denominación que se acuerda a esta clase de derechos. En todo caso, estas dos nuevas denominaciones –"derechos naturales" y "derechos morales"–, sobre todo en el caso de la primera de ellas, pone de manifiesto otra de las propiedades que suele atribuirse a los derechos del hombre, a saber, la de ser previos a la formación del Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica que los consagran y garantizan.

Se ha empleado también la expresión "derechos del ciudadano", como hizo en Francia la Declaración de 1789, denominación que sugiere que los redactores de ese texto, como dice Simone Goyar-Fabre, "pensaban menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombre en tanto que *persona* que en el estatuto del hombre en cuanto *ciudadano* en el Estado".

En ocasiones se alude a los derechos humanos con las expresiones "derechos constitucionales", o bien "garantías constitucionales", con lo cual se quiere poner de manifiesto que se

trata de derechos que tienen consagración en los ordenamientos jurídicos nacionales a nivel de la Constitución, esto es, a nivel de la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. Sin embargo, otros cuerpos legales, distintos de la Constitución, consagran y desarrollan también determinados derechos humanos, de modo que estas dos denominaciones resultan en cierto modo restrictivas.

Por último, "libertades públicas" es también una denominación que se utiliza para referirse a los derechos humanos, con lo cual se destaca que algunos de esos derechos se basan en el valor de la libertad. Sin embargo, en tanto otros de los derechos humanos se basan en valores distintos, por ejemplo, la igualdad y la solidaridad, se trata también de una denominación restrictiva.

Detengámonos ahora en las denominaciones más frecuentes, a saber, "derechos humanos" y "derechos fundamentales".

Se trata de dos expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos. Sin embargo, se trata también de dos denominaciones que podrían tener distintos alcances. Así, por ejemplo, no faltan quienes sugieren reservar la expresión "derechos fundamentales" para designar a los derechos que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, dejando la denominación "derechos humanos" para aquellos derechos que han sido positivados en declaraciones y acuerdos de carácter internacional o que provienen de determinadas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas y que aun no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

De acuerdo a un criterio como ese, la expresión "derechos humanos" sería más amplia que "derechos fundamentales", puesto que la primera abarcaría al "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional". Por su parte, la expresión "derechos fundamentales" aludiría nada más que a "aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada". Como continúa diciendo a este respecto Pérez-Luño,

“los derechos humanos aunan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que, *debiendo* ser objeto de positivación, no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamental* del sistema jurídico político del Estado de Derecho”.

Ahora bien, la importancia de la distinción entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” puede ser apreciada si se repara en que si los primeros se confundieran con los segundos, bastaría con no consagrar uno o más derechos humanos en el derecho interno de un Estado para que los atropellos a tales derechos no pudieran ser considerados en ese Estado como atropellos a los derechos humanos. Por la inversa, si los derechos humanos no se confunden con los derechos fundamentales, constituirían violaciones a los primeros aquellas que se perpetraran por las autoridades de un Estado, aun en el caso de que el ordenamiento jurídico interno de éste no reconociera o limitara fuertemente uno o más derechos humanos.

Por lo mismo, si las dos denominaciones antes expuestas se proyectan a la experiencia práctica, es posible advertir, en palabras de Pérez-Luño, que “mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos”.

Detrás del problema de la denominación de los derechos humanos, y en especial detrás del dualismo “derechos humanos”-“derechos fundamentales”, se esconde una cuestión de la mayor importancia, a saber, la que concierne a la base de sustentación que el derecho positivo, tanto nacional como internacional,

presta a esta clase de derechos. Nadie niega la importancia de que los derechos humanos estén efectivamente reconocidos por cada ordenamiento jurídico estatal y que sus titulares cuenten con un efectivo respaldo institucional al momento de hacerlos efectivos. Sin embargo, mientras hay quienes consideran que el hecho de estar reconocidos y protegidos por el derecho interno, o al menos por el derecho internacional, resultaría indispensable para la existencia de los derechos del hombre, otros, sabiendo que el reconocimiento y protección de estos derechos no siempre se producen a nivel del derecho interno o nacional de todos los Estados, sostienen que los derechos humanos existirían al margen de ese hecho si es que se encuentran reconocidos a nivel del derecho internacional, y que podría incluso invocárselos cuando no estuvieran positivados ni siquiera en el propio derecho internacional.

**El problema del concepto.**— Hay *dos* dificultades principales para concordar en un concepto de derechos humanos. *Una* proviene de las distintas maneras que han sido propuestas para fundamentarlos, puesto que cada una de ellas conduce a un concepto no exactamente coincidente de esta clase de derechos. La *otra* dificultad surge a partir del proceso de expansión experimentado por los derechos del hombre en el curso de los últimos dos siglos.

Como resultado de esa expansión, cuyos alcances explicaremos más adelante, el catálogo de los derechos humanos ha ido incrementándose gradual y progresivamente, lo cual quiere decir que los derechos humanos son hoy más que los que hace 200 años eran reconocidos como tales. Pues bien: al incrementarse el número de los derechos humanos, ha aumentado también la diversidad de los mismos, configurándose distintas *generaciones* de derechos humanos, todo lo cual dificulta la tarea de ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de cubrir toda la diversidad que éstos muestran. Determinados bienes que se consideran indispensables; auténticos derechos en sentido subjetivo; limitaciones a la acción de la autoridad; libertades; modalidades de participación en la generación y en el ejercicio del poder político; aspiraciones hacia una igualdad no sólo jurídica y política, sino también en las condiciones materiales de vida de las personas; deseos de vivir en paz y en un medio ambiente no

contaminado, tanto a nivel local como planetario: todo ello suele ser cubierto por los llamados "derechos humanos", a raíz de lo cual resulta difícil ponerse de acuerdo en el uso y alcance que deberíamos dar a esa expresión. Por lo mismo, tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando advierte que la noción de derechos humanos se utiliza con "excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual", hasta el punto de que podría decirse que "los derechos humanos son un concepto tan difundido como difuso".

Por otra parte, hay autores, como es el caso de Francisco Laporta, que muestran preocupación ante "la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos". Me parece razonable suponer —escribe este autor— "que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencias, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente". En cambio, otros autores, como Prieto Sanchís, por ejemplo, sostienen que por incorrectas que puedan parecer algunas apelaciones a los derechos humanos, muchas veces responden "a una saludable preocupación hacia nuevas necesidades o exigencias humanas".

Así, atendida la posición del segundo de tales autores, la expansión de los derechos del hombre, y la consiguiente ampliación del campo lingüístico de la expresión "derechos humanos", produce evidentes dificultades de precisión a la hora de ofrecer un concepto unitario y completo para esta clase de derechos y puede favorecer un uso liviano y demagógico de la expresión. Por otra parte, un cuadro semejante ha creado condiciones favorables para que nuevas necesidades o exigencias humanas puedan abrirse paso con mayor facilidad en lo que a sus posibilidades de reconocimiento y protección se refiere.

Es la idea de dignidad de la persona humana, en todo caso, la que se encuentra a la base de los derechos humanos, puesto que estos derechos tendrían por objetivo primario concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esa idea, esto es, exigencias que no pueden ser omitidas ni soslayadas, sin perjuicio de que el desarrollo histórico experimentado por los derechos humanos, así como una posible ampliación de los alcances y efectos que se atribuyen a la misma noción de digni-

dad de la persona humana, hayan traído como consecuencia el hecho de que no pocas necesidades humanas básicas estén siendo asumidas en nombre de estos mismos derechos, confiriéndoles de ese modo mayores posibilidades de ser satisfechas con eficacia.

A raíz de lo anterior, y valiéndose de expresiones que Herbert Hart utiliza a propósito de las normas, Luis Prieto admite que los derechos humanos presentarían también un *núcleo de certeza* y una *zona de incertidumbre*, porque, en efecto, somos capaces de delimitar un concepto de derechos humanos "susceptible de ser reconocido en nuestra comunidad lingüística y que permitiría desacreditar buena parte de los usos arbitrarios o demagógicos de la expresión"; pero, a la vez, tenemos que reconocer que existe "un área bastante extensa de indeterminación para albergar distintas concepciones que entienden los derechos humanos desde perspectivas ideológicas diferentes".

En cuanto a lo que el autor antes citado llama "núcleo de certeza" de los derechos humanos, constaría él de dos elementos, a saber, que los derechos del hombre son la expresión normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, o sea, el vehículo empleado en los últimos siglos para conducir determinadas aspiraciones humanas importantes, y que, además, tales derechos asumen una función legitimadora del poder, esto es, se presentan como reglas para medir el grado de justificación y aceptabilidad de las distintas formas de organización política. Esto último quiere decir que los derechos humanos constituyen un modelo de convivencia y que, por tanto —como escribe Eusebio Fernández— "el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un derecho que intenten ser aceptados desde el punto de vista moral".

En cuanto a la primera de las dificultades apuntadas para concordar en un concepto de derechos humanos, recordemos que distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre conducen a conceptos no del todo similares de éstos. Sin embargo, no es conveniente exagerar al respecto, puesto que, tal como se dijo antes, siempre subsiste algún núcleo de certeza acerca de qué son estos derechos. Por otra parte, las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, si bien constituyen una dificultad para ajustar un concepto de éstos, presen-

tan, por otro lado, la ventaja de presentarse como distintos modos de argumentar en favor de estos derechos. Esto último quiere decir que las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos podrían ser vistas como distintos modos de argumentar a favor de los mismos.

La fundamentación *iusnaturalista* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *naturales*, esto es, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferirle o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica, conduce a un concepto de los derechos humanos como el que se expresa, por ejemplo, en la Encíclica católica "Pacem in terris", de Juan XXIII, fechada el 11 de abril de 1963. Allí se lee que "en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables". Una idea semejante expresa entre nosotros Jorge Iván Hübner, quien define los derechos humanos como el "conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas que la autoridad pública debe respetar y amparar". Estos atributos —añade el autor— "se fundan en la naturaleza misma de la persona humana, entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, estado civil y situación económica o social".

Por su parte, una fundación *ética* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *morales*, esto es, como expresiones de ciertas exigencias morales básicas y comunes a toda la humanidad, conduce a una definición como la que propone Carlos S. Nino. Dice este autor que los derechos humanos son "los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres".

Una fundamentación *historicista* de los derechos del hombre, que ve a éstos como derechos *históricos*, esto es, como unos derechos que en nombre de su dignidad y de valores como la libertad y la igualdad los hombres han conseguido que sean reconocidos y protegidos gradualmente por los ordenamientos jurídicos en el curso de los dos últimos siglos, conduce a un concepto como el que nos ofrece Dino Pasini. Dice Pasini que estos derechos implican "el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador", y comprenden, por tanto, "no sólo los derechos personales, civiles y políticos, sino también los derechos económicos sociales y culturales".

Por último, una fundamentación *racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *pragmáticos*, esto es, como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos, lleva a una noción de derechos del hombre como la que propone Adela Cortina. Afirma ella que "cualquier discurso práctico, para reclamar sentido y validez, presupone ya lo que yo llamaría unos *derechos pragmáticos* de cuantos se encuentran afectados por las decisiones que en ellas puedan tomarse. Serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndosele el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

**El problema del fundamento.**— Fundamentar los derechos humanos equivale a ofrecer algún tipo de razón en favor no sólo de la existencia de esta clase de derechos, sino también de su condición de ser derechos *universales*, *absolutos* e *inalienables*. *Universales* en cuanto adscriben a todos los seres humanos sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas; *absolutos* en cuanto no se admite su violación en caso alguno; e *inalienables* en cuanto se

trata de derechos inseparables de la condición de persona y que nadie podría renunciar.

La *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos, para la cual, según vimos, tales derechos son derechos naturales, considera que esta clase de derechos se basan en la naturaleza de la persona humana y que, por lo mismo, son anteriores al Estado y al derecho positivo, los cuales, sin embargo, tienen el deber de reconocerlos y garantizarlos para todos los individuos sin excepción. Por lo mismo, se trataría de derechos de los que cada hombre es titular no por una concesión del Estado o del respectivo ordenamiento jurídico, sino por el simple hecho de ser hombre, de modo que la existencia de los derechos humanos sería *anterior* y a la vez *independiente* de las normas jurídicas positivas que los puedan o no consagrar en un lugar y tiempo determinados.

Esta fundamentación de los derechos humanos supone la existencia de un ordenamiento jurídico natural, anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad y vigencia históricas, y que ese ordenamiento natural —como dice Peces-Barba— sería la “sede de los derechos naturales”. En consecuencia, esta manera de fundamentar los derechos humanos acepta el dualismo *derecho natural-derecho positivo* y entiende que los derechos humanos pertenecen al primero de esos derechos y que no son propiamente una creación del segundo de ellos.

Esta manera de fundamentar los derechos del hombre tiene cuando menos a su favor que estos derechos, en el momento que empieza a hablarse de ellos bajo tal denominación hace poco más de dos siglos, fueron efectivamente considerados como derechos naturales, esto es, como derechos previos al Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos, ya sea que se los considerara como derechos directamente otorgados por Dios o se los entendiera como prerrogativas que se encontrarían inscritas en la naturaleza racional del hombre. Esto es lo que explica las palabras iniciales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la que se afirma que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, o que la Declaración francesa de 1789 hablara de “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, o que

un autor contemporáneo —Antonio Fernández Galiano— sostenga que los “derechos fundamentales son aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.

Es efectivo, en consecuencia, como anota Angel Latorre, que “la idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que puede hacer valer frente a los poderes públicos, es fruto del iusnaturalismo racionalista imperante en Europa en los siglos XVII y XVIII. En el mundo antiguo y medieval la situación jurídica del individuo y los derechos que se le atribuyen dependían de su posición en los diferentes grupos jurídicamente diferenciados que formaban las sociedades de esas épocas”.

Con todo, la circunstancia de que los derechos humanos hayan surgido históricamente como derechos naturales, esto es, que se los haya considerados en tal carácter cuando empieza tanto a hablarse de ellos como a invocárselos en la cultura jurídica y política europea, no valida por sí sola la fundamentación iusnaturalista de los mismos, porque ésta, como toda fundamentación, tiene una pretensión antes filosófica que puramente histórica.

La *fundamentación historicista* de los derechos humanos, para la cual tales derechos son derechos históricos, nos recuerda que los derechos del hombre aparecen bajo ese nombre recién a inicios del mundo moderno y que son consecuencia de un proceso de evolución activado por luchas y movimientos sociales que han traído consigo la consagración de sucesivas generaciones de derechos del hombre, desde los primitivos derechos de autonomía hasta los más recientes derechos de promoción, pasando por los llamados derechos de participación.

La evolución tenida por los derechos humanos quedará de manifiesto cuando poco más adelante analicemos la historia de estos derechos y el proceso de expansión que han experimentado a lo largo de los dos últimos siglos, aunque el núcleo de la fundamentación historicista se encuentra en la afirmación de

que el concepto y la expresión lingüística “derechos del hombre” o “derechos humanos”, por una parte, así como las primeras declaraciones efectivas de estos derechos, por la otra, se producen en un momento histórico determinado —el tránsito de la edad media a la edad moderna—, momento a partir del cual estos derechos han experimentado procesos no sólo de expansión, sino también de generalización, positivación, internacionalización y especificación que los muestran como una realidad dinámica y evolutiva muy distinta a un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana y de las cuales pueda realmente decirse que los hombres han sido titulares en todo tiempo y lugar.

Para esta manera de ver las cosas, el concepto de derechos humanos es *histórico*, como también lo son las declaraciones que les han ido confiriendo una base de sustentación cada vez más objetiva, porque la idea de dignidad de la persona humana, así como los valores de la libertad y la igualdad, sólo se plantean desde la perspectiva de los derechos a partir de un momento histórico dado, a saber, el advenimiento de la modernidad. Como advierte a este respecto Gregorio Peces-Barba, no es que antes se careciera de una idea de la dignidad, de la libertad o de la igualdad, porque ideas semejantes se encuentran ya en el pensamiento de filósofos como Aristóteles, Platón y Santo Tomás, aunque estas ideas “no se unificaban en un concepto como el de derechos humanos”.

En consecuencia, si tanto el concepto, el nombre, las declaraciones que los expresan y la reflexión teórica sobre los mismos tienen una data que se remonta a los siglos XVI y XVII, quiere decir que estamos frente a unos derechos históricos que no se tienen desde siempre ni se descubren de pronto, sino que se conquistan. Esta circunstancia va a quedar suficientemente acreditada cuando más adelante presentemos una breve historia de los derechos humanos, aunque dicha historia mostrará también que antes del tránsito del medioevo a la modernidad es posible identificar algunos antecedentes de lo que a partir de ese instante empezó a configurarse como los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso que Bobbio ha podido decir de los derechos humanos que éstos “nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que

sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consiente nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se contrarrestan con demandas de límites al poder y remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a un abstenerse del Estado, a las segundas los derechos sociales o a un comportamiento positivo del Estado”. En consecuencia, dice todavía Bobbio, las demandas que en relación a los poderes constituidos dirigen los derechos humanos son dos: “impedir maleficios del poder” (derechos de libertad o de la primera generación) u “obtener beneficios del poder” (derechos de igualdad o de la tercera generación), aunque habría que agregar que las demandas son también de participación en el poder, lo cual explica la aparición en un momento histórico dado de los derechos políticos o de la segunda generación.

Sin perjuicio de que más adelante explicaremos cómo se configuraron, sucesivamente, esas tres generaciones de derechos, lo cierto es que, según nos parece, una concepción historicista de los derechos humanos, como la que acabamos de presentar, constituye antes una *explicación* que una *fundamentación* de esta clase de derechos. Si fundamentar los derechos humanos es dar razones no sólo de su existencia, sino también de su valor, la llamada fundamentación historicista sólo explica la aparición y el posterior desarrollo de estos derechos en la cultura política y jurídica del mundo occidental, aunque no da propiamente razones en favor de por qué estos derechos deben estar siempre declarados y suficientemente protegidos.

En cuanto a la *fundamentación ética*, que considera a estos derechos como derechos morales, estima que se trata de derechos vinculados a exigencias de carácter específicamente moral que se consideran inexcusables de una vida digna y para cuyo goce la pertenencia a la especie humana es condición necesaria y también suficiente.

Según esta manera de entender y justificar los derechos humanos, éstos serían previos al Estado y al ordenamiento jurídico que éste produce, aunque no se trataría por ello de derechos naturales, sino, como dice Dworkin, de una especie de “carta de

triumfo” que los hombres tienen frente al Estado, de modo que tales derechos, si bien deben ser reconocidos, protegidos y garantizados por parte del poder político y del derecho, existen sin necesidad de que el Estado y el ordenamiento jurídico los reconozca y ampare efectivamente.

Ello explica que Dworkin afirme que “los hombres tienen derechos morales en contra del Estado”, y que Carlos S. Nino diga por su parte que los derechos humanos son aquellos derechos morales que “versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares” y se tienen por todos los hombres. Por su parte, Eusebio Fernández considera que “ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducible de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (para la cual el fundamento estaría en la historia, cambiante y variable) responden, coherentemente a esa pregunta por el fundamento”. Cree Fernández, en cambio, que la fundamentación ética contesta a esa misma pregunta en forma más satisfactoria, puesto que hace “hincapié en la presentación de los derechos humanos como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones que la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo”.

Para una fundamentación ética de los derechos humanos, el centro de la cuestión, en palabras de Francisco Laporta, es la siguiente: “si aceptamos que tenemos el orden jurídico empírico (nacional o internacional) por un lado, y la moralidad por otro, y que tenemos en el primero derechos *legales* y en la segunda derechos *morales*, ¿dónde situamos los ‘derechos humanos’? Y responde enseguida el autor: “si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen ‘derechos humanos’ aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos”, de donde se sigue –en ejemplos que coloca el propio Laporta– que ni el régimen de Pinochet ni el régimen de Franco violaron los derechos humanos, puesto que, bajo uno y otro gobernante, chilenos y españoles no tuvieron derechos humanos o no tuvieron ciertos derechos humanos”. Es cierto, agrega, que en ambos casos podríamos apelar a la Declaración “Universal” de las Nacio-

nes Unidas, aunque en tal caso tendríamos que admitir que “el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó los derechos humanos”. Por eso, concluye Laporta, es que tenemos que mantener que los derechos humanos “son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconozcan traicionan exigencias morales de gran importancia y *violan* derechos”.

Así las cosas, en la fundamentación ética hay un evidente propósito de superar una visión puramente histórica de los derechos del hombre y, a la vez, un intento por no confundirse con la fundamentación iusnaturalista. Sin embargo, la distinción entre “derechos naturales” y “derechos morales”, como observa Peces-Barba, no es del todo clara, de modo que la primera de tales fundamentaciones “cumpliría las mismas funciones ideológicas” que la segunda. Esta interpretación del autor español se ve favorecida si se repara en que el propio Dworkin declara que él prefiere evitar la expresión “derechos naturales” sólo “porque para muchas personas tiene asociaciones metafísicas que la descalifican”. Esta declaración de Dworkin refuerza la idea de que la introducción de la expresión “derechos morales” se asentaría más bien en consideraciones prácticas de conveniencia que conciernen más al poder de penetración e influencia de esa denominación que a su auténtica claridad y consistencia.

La *fundamentación racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos pragmáticos, procura conjugar dos polos, a saber, el de la *trascendentalidad*, que aparece muy nítido en la fundamentación iusnaturalista, y el de la *historia*, que es por su parte muy visible en la fundamentación historicista.

De este modo, se trata de un esfuerzo por fundamentar los derechos humanos, o sea, de dar razón de ellos de una manera que no acoja sólo uno de esos dos polos, que es lo que ocurriría si se opta por la visión de los derechos del hombre como unos derechos atemporales determinados (fundamentación iusnaturalista) o sólo por aquellos que han recibido una expresión positiva en un contexto histórico dado (fundamentación historicista).

Por lo mismo, “una fundamentación racional adecuada debe conjugar los dos polos que la componen: *trascendentalidad* e *historia*” –escribe Adela Cortina–, y ello “porque las exigencias de

satisfacción de los derechos humanos, aunque sólo en contextos concretos son reconocidos como tales, rebasan en su pretensión cualquier contexto y se presentan como exigencias que cualquier contexto debe satisfacer; mientras que, por otra parte, es claro que sólo en sociedades con un desarrollo moral determinado y con unas peculiaridades jurídicas y políticas son de hecho reconocidas”.

La autora recién citada, basándose en la ética discursiva de Habermas, según la cual “la ética discursiva no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un *procedimiento* lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio”, sostiene que la fundamentación racional que propone “posibilita una mediación entre *trascendentalidad* e *historia*”. Aclara, asimismo, que la noción de racionalidad que ella utiliza es la *racionalidad discursiva*, tal como ésta se muestra en el pensamiento de Habermas y Apel, y concluye diciendo lo siguiente: “serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndole el ejercicio de alguno de los derechos anteriores”.

Para concluir ya con esta parte relativa a las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos, quisiéramos precisar lo siguiente:

1. Fundamentar es una acción que puede significar dos cosas distintas: dar razón de algo u ofrecer para algo una base de sustentación cierta y absoluta.

Por lo mismo, la fundamentación historicista de los derechos humanos no sería propiamente una *fundamentación*, sino una *explicación* acerca de cómo surgen y se desarrolla esta clase de derechos, o, en el mejor de los casos, constituiría una fundamentación *débil* en el sentido de dar alguna razón acerca de ellos. Por su parte, la fundamentación ética y la racional serían auténticas fundamentaciones en cuanto procuran dar razones *fuertes* acerca de esta clase de derechos. Por último, la fundamentación iusnaturalista sería también un modo de fundamentar los derechos humanos, mas no ya en el sentido de dar razón de éstos, sino en el sentido de ofrecer una base de sustentación absoluta, cierta e irresistible

para esta clase de derechos. Sería, por lo mismo, una fundamentación *fortísima*.

Por lo mismo, tiene razón Rober Alexi cuando nos dice que “sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente”. Así, “las teorías históricas explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas se ocupan de su fundamentación y las teorías sociales de la función de los derechos fundamentales en el sistema social”.

Sin embargo, profundizando en las dificultades de ofrecer un fundamento absoluto para los derechos humanos, Bobbio advierte que “no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo”. Y, no obstante, “este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes, por ejemplo, que llamaba “teoremas” a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado”.

2. Las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, no obstante las diferencias que reconocen entre sí y las adhesiones que cada una de ellas suscita en los diversos autores, podrían ser todas valoradas si se las observa como distintos modos de argumentar en favor de esta clase de derechos.

3. Tal vez sea difícil ofrecer un fundamento único y común para un conjunto de así llamados “derechos” humanos a cuyo interior coexisten auténticos derechos en sentido subjetivo, junto a bienes, principios generales, y a simples aspiraciones de carácter colectivo.

4. Otra dificultad en orden a ofrecer un fundamento único y común para los derechos humanos se produce por el hecho

de que el proceso de expansión experimentado por esta clase de derechos ha ido introduciendo nuevas y distintas generaciones de derechos. Tampoco puede decirse que ese proceso de expansión esté ya agotado, de modo que nuevas generaciones de derechos podrían pasar a engrosar mañana el actual catálogo de derechos fundamentales. Como dice Bobbio, "el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc."

5. Habría que rescatar el punto de vista de Dworkin cuando el autor norteamericano declara que sus argumentaciones en apoyo de los derechos humanos constituyen sólo "uno de los fundamentos posibles para los derechos", de donde se sigue que la diversidad de derechos individuales "deja margen para que haya diferentes clases de discursos". Por lo mismo, ni los derechos que Dworkin califica como derechos humanos, esto es, como derechos morales, ni tampoco el método que él utiliza al respecto, según propias palabras del autor norteamericano, "tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación".

Así las cosas, uno podría tomarse los derechos en serio, como propone el mismo Dworkin, tanto si adopta una u otra de las distintas maneras que hay para fundamentarlos. La seriedad en punto a los derechos humanos sería algo que tiene que ver antes con las demandas que seamos capaces de dirigir para la debida consagración, garantía y promoción de estos derechos que con la adscripción a una u otra de las determinadas doctrinas o puntos de vista acerca de la fundamentación de estos derechos.

6. Establecidas las dificultades que existen para ofrecer una fundamentación compartida de los derechos humanos, lo más importante "no es basarlos, sino protegerlos", como dice Bobbio, puesto que "una demostración suficiente de su importancia en la sociedad actual se basa en el hecho de que no ya tal o cual Estado, sino que todos los Estados existentes, han declarado de común acuerdo, empezando por la Declaración Universal de 1948 y paulatinamente por numerosas declaraciones que vinieron posteriormente y que siguen produciéndose, que hay

derechos fundamentales y que hemos además propuesto una extensa relación de los mismos".

## 2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

**La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.**

**La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución.**— El surgimiento de la idea de los derechos humanos, la reflexión teórica sobre los mismos y las primeras manifestaciones de esta clase de derechos en documentos y declaraciones de diversa naturaleza jurídica y política, son hechos históricos que acaecieron a partir de un momento dado y que han ido luego sucediéndose de algún modo hasta nuestros días. Ese momento puede ser situado en el tránsito de la edad media a la modernidad.

Lo anterior no significa que las ideas de dignidad del hombre, de libertad y de igualdad no existieran antes, aunque es a partir del momento antes indicado que tales ideas se expresan en la noción de unos derechos de que los hombres estarían dotados universalmente. Si lo nuevo se teje en lo viejo, lo cierto es también que lo nuevo se forma muchas veces gracias a la "ruptura y contraposición con lo viejo". Por lo mismo, como señala Gregorio Peces-Barba, "la idea de dignidad humana, de libertad y de igualdad se encuentran ya en la cultura precedente, pero serán necesarias situaciones nuevas para que los hombres a partir del renacimiento las empiecen a pensar desde un nuevo concepto: los derechos fundamentales".

Como advierte el propio autor español, tres son los puntos de vista históricos para entender la aparición y el posterior desarrollo de esta clase de derechos: el *contexto económico, social y cultural de su aparición*; los *ámbitos de su génesis histórica*; y los *rasgos generales de su evolución política* desde el momento en que se incorporan por primera vez al derecho positivo, con la revolución liberal en el siglo XVII, en Gran Bretaña, y en el siglo

XVIII en las colonias inglesas de Norteamérica y en la Francia de 1789.

En cuanto al *primero* de esos puntos de vista, lo que el mencionado autor denomina "tránsito a la modernidad" es un "período profundamente transformador, donde muchas estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen y otras se adaptan y sobreviven".

En lo económico, surge un nuevo sistema, que en su evolución posterior "será el sistema capitalista". En lo social se configura la burguesía como una clase "individualista y en ascenso", que contrasta con "el enmarcamiento de los hombres en gremios y corporaciones, propio de la edad media". En lo político, "las estructuras plurales del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder, racional, centralizado y burocrático que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza".

Dadas esas tres nuevas condiciones, los derechos humanos aparecen inicialmente como una manera tanto de limitar el poder del Estado como de expandir el protagonismo social y la actividad económica de la burguesía, confiriéndole a tales derechos el carácter de naturales, con lo cual se reforzaban, las propiedades de absolutos, perentorios e irrenunciables que desde entonces se postulan para esta clase de derechos.

En cuanto al *segundo* de los puntos de vista antes señalado, los ámbitos en que surgen los derechos humanos son tres: el debate sobre la tolerancia, el debate sobre los límites del poder y el debate sobre la humanización del derecho en el campo procesal penal.

El debate sobre la tolerancia se produce como resultado de la ruptura de la unidad religiosa que existió en Europa hasta la aparición del protestantismo. Como esa ruptura perjudicaba el proyecto de estados nacionales fuertes y centralizados, se ensayaron distintos caminos con el propósito de reponer la unidad religiosa perdida: los llamados "coloquios", que reunían a expertos en los distintos credos religiosos en pugna; la aplicación del principio de que cada nación debía seguir la religión de su gobernante; y las guerras de religión, o sea, el enfrentamiento armado entre quienes tenían creencias religiosas dispares.

Ninguno de tales caminos resultó adecuado para el fin que se perseguía, aunque el primero de ellos —los coloquios— abrieron una senda que pudo ser retomada una vez que las guerras

de religión fracasaron en el intento de imponer la hegemonía de un credo religioso sobre otro. En efecto, agotado el camino del enfrentamiento armado por motivos de índole religiosa, "empiezan a aparecer doctrinas que defienden el respeto a la conciencia y el derecho individual a adorar a Dios de acuerdo con los criterios de cada uno, sin intervención del poder en tales materias". En palabras nuevamente de Gregorio Peces-Barba, "la defensa de la tolerancia se produce al negar al poder competencia para decidir y para intervenir en materia de fe. En ese ámbito, la iniciativa corresponde al individuo: el poder está limitado y no puede ejercer la fuerza para orientar la conciencia de cada uno". Este "será el primer paso para la protección de un ámbito de autonomía para la conciencia, para el pensamiento y después para la opinión y para sus formas de expresión".

La *idea de tolerancia religiosa*, como simple aceptación de la existencia de credos distintos que proponen diferentes maneras de reconocer y adorar a Dios, abrió así paso a la *idea de libertad religiosa*, esto es, a la aceptación de que corresponde a cada individuo decidir cuál religión profesar o si acaso debe profesar alguna, mientras que la idea de libertad religiosa abrió curso a la más amplia *libertad de conciencia*, o sea, al reconocimiento de la autonomía de cada sujeto para formarse sus propias creencias en materia no sólo religiosa, sino también morales y de cualquier otro orden. Esta secuencia, si bien correcta desde un punto de vista *histórico*, se invierte si se la mira desde un punto de vista *conceptual*, puesto que, en este último terreno, es la aceptación de la libertad de conciencia la que conduce a la aceptación, entre otras, de la libertad religiosa, en tanto que la libertad religiosa es la que exige de todos una tolerancia en este tipo de materias.

La idea de tolerancia penetraría también en el campo de las ideas y convicciones políticas, o sea, se admitirá también que las personas son libres para formarse sus propias ideas acerca de cómo organizar y ejercer el gobierno de la sociedad.

La tolerancia, en un sentido *pasivo* del término, esto es, como mera aceptación de creencias distintas que reprobamos en cualquiera de esos campos (religioso, moral y político) es una virtud, o sea, una práctica efectiva que casi nadie se atreve ya a impugnar abiertamente. Sin embargo, se abre paso ahora, dificultosamente, una tolerancia *activa*, que consiste no sólo en la

resignación a aceptar la existencia de creencias distintas que reprobamos, sino en aproximarnos a quienes sustentan tales creencias, en entrar en diálogo con ellos, en aprender eventualmente de quienes las profesan, y en manifestarnos dispuestos a corregir nuestros propios puntos de vista como resultado de un diálogo semejante.

h. En cuanto al debate sobre los límites del poder, éste se produjo como consecuencia de la secularización tanto de las teorías justificatorias del poder como de las concretas relaciones de poder entre gobernantes y gobernados. Se abandona la justificación teológica del poder y se adoptan otras de carácter consensual, esto es, se desplaza a Dios como el origen del poder político de los gobernantes y se coloca en su lugar la idea de un pacto o convención en virtud de la cual los ciudadanos delegan en sus autoridades el ejercicio de la soberanía y limitan a la vez el poder de los gobernantes. Todo esto, como se comprende, sólo pudo ser hecho en nombre de "unos derechos naturales, previos al poder y que éste debe respetar".

c. Por último, se produce también un movimiento por la humanización del derecho penal, de los procedimientos judiciales y de los tipos y modos de ejecución de las penas. Este movimiento, como afirma Peces-Barba, es "propriadamente una dimensión particular de la lucha por la limitación del poder, como lo es también el problema de la tolerancia, aunque se trató de un movimiento que tuvo su dinámica propia, con independencia de sus conexiones últimas con lo que hemos denominado lucha por los límites del poder".

Como parte de este movimiento, se empiezan a abrir paso ideas como la de la independencia de los tribunales; las garantías de los procesados; la distinción entre infracción a deberes religiosos y morales y la infracción a deberes propiadamente jurídicos; la impugnación de la tortura como medio para obtener pruebas en un juicio; la impugnación, asimismo, de castigos físicos innecesarios a quienes hayan sido condenados en un proceso penal; la certidumbre de las penas que deban aplicarse a los responsables de los delitos y la proporción que aquéllas deben guardar con la gravedad de éstos. Por otra parte, este movimiento encarnó en autores como Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, y Voltaire, y aparece reflejado nítidamente en el Acta de Habeas Corpus, de 1679, en la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1791.

**Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre.**— Sobre las bases que hemos explicado precedentemente, se pueden entender mejor los cinco procesos de carácter histórico por los que han pasado los derechos humanos, a saber, *positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación*, aunque antes de pasar a explicar cada uno de esos procesos conviene detenerse en la presentación de los principales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos que han ido dando expresión y sustentación a los derechos humanos, primero en el derecho interno de los Estados y luego en el derecho internacional.

Un buen texto de recopilación de tales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos es *Derecho positivo de los derechos humanos*, de Gregorio Peces-Barba, Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas. En esta obra, como dicen sus autores, se presentan, ordenan y reproducen los "instrumentos que, a lo largo de la historia de la cultura jurídica y política, han configurado una conquista de la moralidad humana en el plano de la convivencia civil, núcleo esencial de la sociedad democrática". Por lo demás, el libro incluye textos que van desde la "prehistoria de los derechos humanos hasta su regulación internacional en nuestros días".

En cuanto a dicha *prehistoria*, ella está constituida por documentos anteriores al tránsito a la modernidad y, por lo mismo, no se trata propiadamente de textos de derechos humanos, aunque sí de antecedentes remotos o próximos de éstos, según los casos.

Entre tales documentos, cabe mencionar desde un libro del Antiguo Testamento, como el Deuteronomio, hasta la Pragmática de los Reyes Católicos, en España, que declaró la libertad de residencia (1480), pasando por el VI y VIII Concilio de Toledo (años 638 y 653), la Carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Tudela (1119), los Decretos de la Curia de León (1188), la Carta Magna inglesa (1215), las Disposiciones de Oxford (1258) y la Constitución Neminem Captivabimus (1430).

Así, en el Deuteronomio, por ejemplo, se lee "No entregarás a su amo un esclavo que se haya refugiado en tu casa"; y "Nunca dejará de haber pobres sobre la tierra; por eso te doy este mandato: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra".

En cuanto al VI Concilio de Toledo (638), declaró que "es justo que la vida de los inocentes no sea manchada por la malicia de los acusadores, y, por tanto, nadie que esté acusado por otro será entregado al suplicio hasta que el acusador se presente y se examinen las normas de las leyes y de los cánones". Por su parte, el VIII Concilio (563), llamó a "que ninguno de los reyes, por propio impulso o por cualesquiera coacciones o fuerzas, altere o haga que se alteren en su favor las escrituras de cualesquiera cosas que se deban a otro, de manera que pueda ser privado injustamente, contra su voluntad, del dominio de las cosas".

La Carta del Rey Alfonso I de Aragón (1119) buscó proteger a los moros de Tudela y dijo que "el que quisiere salir o ir de Tudela a tierra de moros, o a otra tierra de moros o a otra tierra, que sea libre y vaya con seguridad con las mujeres y los hijos y con todo su haber, por agua o por tierra, a la hora que quisiere, de día o de noche".

Por medio de los Decretos de la Curia de León (1188), el Rey Alfonso de León y Galicia, declarando que lo hacía ante "todos los de mi reino", se comprometió a "cumplir las leyes que están establecidas por mis predecesores", juró "que ni yo ni nadie entrará en la casa de otro por la fuerza, ni hará ningún daño en ella o en su heredad", y confirmó que si se "denegare justicia al demandante o se la rechazare maliciosamente, podrá éste tomar testigos por cuyo testimonio conste la verdad y obligar al que denegó justicia a indemnizar al demandante".

Un texto de gran importancia entre los antecedentes de las modernas declaraciones de derechos del hombre lo constituyó la Carta Magna inglesa, que el Rey Juan Sin Tierra otorgó en 1215 luego de que la nobleza, unida con el clero y los comerciantes, formare un ejército de mil hombres montados a caballo para oponerse a la corona, circunstancia esta última que muestra cómo los derechos humanos no siempre han sido propiamente reconocidos u otorgados, sino conquistados, y en cierto modo arrancados, a quienes tenían en un momento dado el poder dentro de la sociedad.

En la Carta Magna se declaró la libertad de la Iglesia de Inglaterra y se otorgó, asimismo, un conjunto de libertades "a todos los hombres libres de nuestro reino, para que las posean y las guarden para ellos y sus sucesores". A la vez, se dijo que el monarca ni ninguno de sus funcionarios incautaría "ninguna tierra ni renta para el pago de una deuda mientras el deudor tenga bienes suficientes para pagarla"; que "por un delito leve un hombre libre sólo será castigado en proporción al grado del delito, y por un delito grave también en la proporción correspondiente"; y que "ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país".

Por su lado, las Disposiciones de Oxford (1258) fijaron condiciones precisas para servir el cargo de *sheriff* (administrador ejecutivo de un condado), y establecieron un Tribunal del Condado "para recibir todas las demandas a los daños y perjuicios que hubieran sido causados por los *sheriff*".

Por medio de la Constitución *Neminem Captivabimus* (1430), el Rey Wladislav Jagiello, de Polonia, juró "no castigar nunca a un noble de ninguna forma cualquiera que sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los tribunales de justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los jueces de su propia provincia".

Finalmente, la Pragmática de los Reyes Católicos (1480), ordenó a todas las autoridades que permitieran vivir a las personas en las ciudades y villas que éstas quisieran, que les permitieran desplazarse a otras villas y ciudades, y que no les perturbaren en sus acciones destinadas a vender o a arrendar los bienes raíces de que fueran propietarios.

✱ Llama la atención que los textos que hemos mencionado reconozcan derechos con miras únicamente a limitar el poder de los monarcas y, además, que el reconocimiento de los derechos se circunscriba a determinados segmentos o estamentos de la sociedad.

Si pasamos ahora a la *historia* propiamente tal de los derechos humanos, los textos respectivos proliferan a partir del si-

glo XVI en adelante. Por lo mismo, nos limitaremos a mencionar los que nos parecen más importantes.

El Edicto de Nantes, dado por Enrique IV en 1598 y que fue registrado por el Parlamento de París un año más tarde, puso término a casi medio siglo de guerras religiosas, reguló las condiciones y límites del culto protestante, y declaró que "todos los que hacen o hagan profesión de la dicha Religión Reformada son capaces de obtener todos los estados, dignidades, oficios y cargos públicos de cualquier tipo".

La Petición de Derechos, de 1628, emanada del Parlamento inglés, declaró que "de aquí en adelante nadie será obligado a entregar préstamos al Rey contra su voluntad; que nadie será gravado con ninguna carga o exacción a título de donación, ni por ningún otro tipo de cargas", de modo que nadie puede ser obligado "a contribuir con ningún impuesto, crédito u otra carga no aprobada por el Parlamento; y que "ningún hombre libre será arrestado o encarcelado, o será obstaculizado en el ejercicio de sus libertades o de sus costumbres, o será proscrito o desterrado, ni sancionado de ninguna forma, sino conforme a un juicio legal formado por sus pares o según el derecho de su tierra".

El Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts, otorgado por el Rey Carlos II en 1629 a los primeros colonos de Norteamérica, concedió a éstos un conjunto de poderes y es considerado como el primer catálogo norteamericano de derechos humanos. Se trata de un texto bastante completo, dotado de un preámbulo y de un conjunto de normas sobre derechos y libertades relativas a procedimientos judiciales, sobre libertades generales y sobre libertades particulares de mujeres, niños, siervos y forasteros, parte esta última donde el texto anticipa lo que hoy conocemos como proceso de *especificación* de los derechos humanos.

En cuanto a la célebre Acta de Habeas Corpus, de 1679, fue acordada también en Inglaterra y tuvo su origen en el encarcelamiento arbitrario de que había sido objeto un grupo de opositores políticos al Rey Carlos II. Precisamente, el habeas corpus es un procedimiento que se lleva a cabo ante un juez para poner término a la detención o prisión arbitraria de una persona.

El Acta de Habeas Corpus, de especial importancia en la historia de los derechos humanos, vuelve a ser un documento que no es fruto de la sola inspiración de sus autores, sino que lo es,

ante todo, de determinadas circunstancias de hecho lesivas para la libertad, a las que en un momento dado se decide enfrentar y poner término.

En efecto, el Acta en referencia se inicia con la denuncia de que alguaciles y carceleros, a quienes se ha confiado la custodia de algún detenido por asuntos criminales, suelen eludir los mandamientos de habeas corpus que se les dirigen, o sea, acostumbran desoír o retardar las órdenes que se les dan para no retener por más tiempo a una persona y presentarla ante el juez encargado de verificar la legalidad de su detención. Por lo mismo, el Acta establece la obligación de tales funcionarios en orden a que, en el mismo momento en que sean requeridos para ello, "lleven o manden llevar la persona detenida o encarcelada ante el Lord Canciller o el Lord Depositario del Gran Sello de Inglaterra", o "ante los jueces o barones del referido tribunal que haya emitido el habeas corpus", debiendo además "certificar las verdaderas causas de la detención o prisión".

Por lo tanto, en sus orígenes el Habeas Corpus no tuvo por finalidad obtener la inmediata libertad de un detenido, sino asegurar la presencia física del detenido ante el tribunal correspondiente, esto es, tuvo por finalidad asegurar un juicio pronto a las personas que sea veían privadas de libertad.

El Bill of Rights, o Declaración de Derechos, de 1688, se originó también en un hecho político concreto, en este caso la proclamación como reyes de Inglaterra de Guillermo de Orange y de su esposa María, quienes habían destronado al rey Jacobo II. La Declaración, preparada en el Parlamento, fue presentada a los nuevos monarcas en la misma fecha en que iban a ser proclamados reyes, de modo que la aceptación de la Declaración por parte de éstos constituyó una auténtica condición para hacerse de la corona.

La Declaración, invocando en su comienzo las arbitrariedades de Jacobo II, y como una manera de precaverse de que éstas pudieran repetirse en el futuro, reivindicó "antiguos derechos y libertades", y declaró, entre otras cosas, que "el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal"; que "la exacción de tributos en dinero por o para el uso de la Corona, sin permiso del Parlamento, es ilegal"; que "es derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey y que todo encarcelamiento

basado en tal petición es ilegal"; y que "la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre".

Trasladándonos ahora a Norteamérica, en 1776, un mes antes de la Declaración de Independencia, encontramos la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que afirmó la existencia de "ciertos derechos innatos" que tienen "todos los hombres", de los cuales, una vez que los hombres "entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto". Además, este documento afirmó que "todo poder es inherente al pueblo y procede de él"; que "los magistrados son mandatarios del pueblo y sus servidores, y, en cualquier momento, responsables ante él"; que "los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados"; y que "la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos".

En cuanto a la propia Declaración de Independencia de los Estados Unidos, cabe destacar sus expresiones iniciales: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios".

Cabe señalar que esta Declaración de Independencia no incluyó una declaración explícita de derechos, como tampoco lo hizo la Constitución de 1787, lo cual explica que algunos años después, en 1791, se aprobaran diez enmiendas a la Constitución, las cuales jugaron precisamente ese papel. Quizás si la principal de esas enmiendas sea la primera de ellas, que declaró lo siguiente: "El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios".

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es posterior en trece años a la Declaración de Independencia

de los Estados Unidos. La Asamblea Nacional la aprobó el 26 de agosto de 1789 y el Rey Luis XVI la aceptó en octubre del mismo año. Sin perjuicio de la influencia que tuvo en ella la obra de autores como Rousseau y Montesquieu, es un hecho cierto que en sus redactores influyeron también los textos norteamericanos señalados previamente.

En la Declaración de 1789 se reitera que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos", que "la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", y que "el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación", de modo que "ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella". Añadió, asimismo, que "la ley es la expresión de la voluntad general" y que "todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ha ejercido hasta hoy una poderosa influencia, aunque no consagró el derecho de asociación y restringió el derecho de sufragio a los propietarios. Sin embargo, sus redactores avizoraron la importancia de que los derechos humanos tuvieran una consagración efectiva en el derecho positivo, especialmente a nivel constitucional, no obstante considerarlos derechos naturales. Así, en el Art. 16 de la Declaración se estableció que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

En lo que concierne ahora al siglo XIX, otros textos de importancia para la historia de los derechos humanos fueron la Constitución Política de la Monarquía española, de 1812; la Constitución belga de 1831; la Constitución francesa de 1848; tres nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, que fueron aprobadas entre 1865 y 1870; y la Constitución española de 1876.

En el siglo XX, antes de las decisivas Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fines del mismo año, cabe mencionar la Constitución mexicana de 1917; la Constitución alemana de 1919; nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, entre las que se cuenta el reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres, en

1920; la Constitución de la República española de 1931; y la Constitución italiana de 1947.

Se trata de textos cada vez más completos, en los que se van reflejando gradualmente no sólo el proceso de *positivación* de los derechos a nivel del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino también los procesos de *generalización* y de *expansión* que analizaremos más adelante.

En cuanto a la *internacionalización* de los mismos derechos, se trata de un proceso, como también analizaremos más adelante, que tiene lugar sólo a partir de la mitad del siglo XX, y cuyas primeras manifestaciones fueron, en ese mismo orden, la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948.

La primera de esas dos declaraciones fue producto de la IX Conferencia Panamericana que se celebró en Bogotá a inicios de 1948, ocasión en la que se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En esta misma Declaración, su preámbulo, tal como lo habían insinuado algunos documentos anteriores de carácter interno o estatal en la historia de los derechos humanos, propugna una articulación entre derechos y deberes, lo cual se ve reflejado luego en que su capítulo primero trata precisamente de los derechos, en tanto que el segundo y último desarrolla lo concerniente a los deberes.

En el mencionado capítulo primero, junto a la consagración de la igualdad ante la ley y de las libertades de conciencia y de expresión, se mencionan un conjunto de derechos de carácter social, por ejemplo, a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la seguridad social, a la participación en la vida cultural, todos los cuales no importan límites al poder político sino compromisos que deben asumir quienes ejercen el poder para mejorar las condiciones materiales de vida de las personas.

En el capítulo relativo a los deberes, la Declaración menciona, entre otros, el de "obedecer a la ley", el de "adquirir a lo menos la instrucción primaria", el de "votar en las elecciones populares", y el de "cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con las posibilidades y las circunstancias de cada cual".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no estableció órganos ni mecanismos destinados a controlar el cumplimiento de la misma en el ámbito propiamente

internacional, aunque reconoció en su Art. 18 que "toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos", debiendo "disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Esta Declaración constituyó la primera pieza de lo que puede considerarse el sistema internacional de derechos humanos en el ámbito regional americano, y a ella siguieron luego otros documentos de importancia, a saber, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Convención Interamericana de Derechos Civiles de la Mujer. En 1965 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en 1970 se suscribió la Convención Americana que retoma la distinción entre derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y que establece dos órganos competentes para conocer de "los asuntos relacionados con los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención", a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, tuvo también un carácter declarativo y no propiamente el de un pacto internacional vinculante. Pero si bien no creó obligaciones legales a los Estados que la suscribieron, lo cierto es que constituye un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, puesto que junto con marcar en cierto modo el inicio del proceso de internacionalización de los mismos, influyó en numerosas constituciones, posteriores a ella, a nivel del derecho interno de los Estados. Con todo, es preciso aclarar que la opinión prácticamente unánime de los actuales tratadistas sobre el tema, es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha pasado a ser vinculante tanto por vía consuetudinaria como porque recoge o consagra normas llamadas de *jus cogens*, esto es, normas imperativas del derecho internacional.

Su Preámbulo, en una manifiesta alusión a los horrores de la segunda guerra mundial, advierte acerca de que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la

humanidad". Por otra parte, en otro de sus razonamientos consideró "esencial que los derechos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Por lo mismo, tiene razón Bobbio cuando apunta que "la Declaración Universal representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre".

En cuanto a su contenido, la Declaración consta de 30 artículos y un estudio particularizado de ella permite advertir como los derechos individuales, que se asientan en el valor de la *libertad*, ocupan la mayor parte del texto (Arts. 3 al 20), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, que se fundan en la idea de *igualdad*, son tratados apenas en tres artículos (22 al 25). Por su parte, y en lo que concierne a los derechos políticos o de participación, aparecen tratados en el Art. 21.

Por su lado, el Art. 28 da un claro impulso a la internacionalización de los derechos, al declarar que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", en tanto que el Art. 30 y final dice que "nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

Dos años más tarde, en 1950, en el ámbito regional europeo se da otro paso importante para la internacionalización de los derechos, al firmarse en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Se trata ya de un auténtico tratado internacional que establece obligaciones para los Estados en orden a introducir en sus respectivos derechos internos las modificaciones que permitan adoptar las normas e instituciones de éstos a lo dispuesto por el Convenio. Como escriben los autores del libro "Derecho positivo de los derechos humanos", no se trata de "un texto que sustituya a la protección de los derechos en los sistemas jurídicos nacionales, sino una garantía internacional de los mismos en el ámbito euro-

peo". Tocante a los destinatarios del Convenio, "no son sólo los ciudadanos de los Estados que lo han ratificado, sino que se extiende a cualquier persona que resida o que, simplemente, se encuentre en el país". Por otra parte, "es importante señalar que el Convenio establece, por primera vez, a la persona como sujeto del Derecho Internacional, al permitir las demandas individuales, siempre que un Estado del que depende el litigante haya declarado aceptar el procedimiento de ese recurso por las denuncias de personas que se consideren víctimas de una violación de sus derechos fundamentales". Todo ello explica, en fin, que este Convenio haya creado la Comisión Europea de Derechos Humanos, y, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

✧ Como inicio del proceso de especificación de los derechos fundamentales, cabe mencionar ahora distintas convenciones y declaraciones que adoptó la Organización de las Naciones Unidas respecto de la mujer, en 1952 y 1967, así como respecto del niño, en 1959. Respecto de la mujer, las convenciones se refirieron, en ese orden, a sus derechos políticos, a la nacionalidad de la mujer casada y a la eliminación de la discriminación contra la mujer. Tratándose del niño, la Declaración correspondiente parte de la base de que, sin perjuicio de los derechos que se reconocen a toda la especie humana sin distinción, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

✧ Respecto siempre de la mujer y del niño, la especificación de sus derechos se consolida en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, y en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

Siempre en el ámbito de las decisiones de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, permitieron superar el carácter meramente declarativo que tuvo la Declaración Universal de 1948. Su misma denominación ("pactos") indica su finalidad de convenios presentados a la firma y ratificación de los Estados que entrarían en vigor cuando hayan sido firmados por 35 países miembros de la Organización.

Ambos pactos, como sus respectivas denominaciones lo indican, tratan de las libertades civiles y políticas, y de los dere-

chos económicos, sociales y culturales, reconociendo que tanto aquéllas como éstos son indispensables para realizar "el ideal de ser humano libre", por lo cual es necesario "que se creen las condiciones que permitan a cada persona" gozar tanto de unas como de otras. En el fondo, según nos parece, una declaración como esa refuerza no sólo la idea de que hay distintas clases o generaciones de derechos del hombre, todas indispensables, sino que el valor de la libertad, que está a la base de las dos primeras generaciones, precisa para su efectiva realización de una cierta igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas, igualdad a la que apuntan los derechos económicos, sociales y culturales, o de tercera generación, puesto que para personas que desde el punto de vista material padecen condiciones de vida miserables se torna completamente ilusorio y vacío el disfrute y ejercicio de las libertades.

Con posterioridad a 1966, concretamente en mayo de 1985, el Consejo Económico Social de la ONU emitió la resolución que establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de vigilar la aplicación del pacto del mismo nombre. Por su parte, en 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó el segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En 1990, la misma Asamblea General aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

En 1992 se aprueban dos declaraciones de importancia, una sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y otra sobre Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Un paso muy importante en materia de jurisdicción internacional de los derechos humanos lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Internacional, de julio de 1998, que asume que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto o deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia", y que, además, recuerda en su preámbulo que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Sobre bases como las antes indicadas, el Estatuto de Roma establece una Corte Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas "que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", aunque, a la vez, se establece que "la Corte Penal Internacional será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

En cuanto a la competencia de la Corte, ella se limita a los crímenes más graves de trascendencia internacional, como es el caso del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cabe señalar, asimismo, que el Estatuto de Roma establece cuáles son los actos constitutivos de genocidio, qué se entenderá por crímenes de lesa humanidad, y qué por crímenes de guerra.

Respecto de lo primero, se establece que se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por "crimen de lesa humanidad" se entiende cualquiera de los siguientes actos cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación; tortura; desaparición forzada de personas; violación, esclavitud sexual, prostitución forzosa, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia; y el crimen de *apartheid*.

En cuanto a los "crímenes de guerra", se entiende un conjunto importante de actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra, de 1949, tales como matar intencionalmente; someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; obligar a un prisionero de guerra a prestar servicios en las fuerzas

de una potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; y tomar rehenes.

Por último, el propio Estatuto de Roma declara que entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se desposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

**Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.**— El desarrollo histórico tenido por los derechos humanos permite identificar distintos procesos por los que estos derechos han pasado desde que fueron declarados e introducidos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho internacional.

El primero de esos procesos, llamado de *positivación*, es aquél en virtud del cual los derechos del hombre, al margen de la discusión filosófica acerca de si son derechos naturales, derechos morales, derechos históricos o derechos de carácter pragmático, se han ido de hecho incorporando progresivamente al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones de éstos. Este proceso, como es evidente, ha venido a suministrar a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, ha favorecido también su mayor efectividad.

Tal como mostramos en el apartado anterior, este proceso comienza propiamente en el siglo XVII y se desarrolla fuertemente en los siglos siguientes, hasta el punto de que hoy todos los Estados democráticos consagran los derechos fundamentales en un capítulo destacado de su ley constitucional, como también en otras clases de leyes, de inferior jerarquía a la Constitución, que desarrollan luego los preceptos constitucionales sobre la materia.

Anteriores o no al derecho positivo, superiores o no a ese mismo derecho, configurados o no antes que en el derecho positivo en algún posible derecho natural o en exigencias éticas que se consideran insoslayables, lo cierto es que los derechos humanos, como resultado del proceso que estamos analizando, se han incorporado al derecho interno de los Estados, lo cual, junto al proceso de internacionalización del que trataremos más

adelante, permite que podamos hablar con propiedad de un auténtico *derecho positivo de los derechos humanos*.

La base que presta hoy el derecho positivo a los derechos humanos no nos responde a la cuestión de *qué son* estos derechos, pero sí a la de *cuáles son*. No resuelve tampoco la discusión acerca de la fundamentación de esta clase de derechos, pero permite argumentar en su favor desde una cierta realidad objetiva —el propio derecho positivo— que todos pueden reconocer y admitir. Dicha base, por último, tampoco disuelve la paradoja de que los derechos humanos hayan aparecido históricamente como derechos naturales, pero, a la vez, resulta evidente que ella produce mejores resultados en cuanto a la eficacia de las reclamaciones en favor de la protección y garantía de los derechos.

“Recién con su ‘positivización’ por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible —expresa Eugenio Bulygin—, en una especie de realidad, aun cuando esa ‘realidad’ sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales”.

No es poco, en consecuencia, lo que los derechos humanos han ganado con su incorporación progresiva al derecho positivo, sin perjuicio de que se mantengan en pie muchas interrogantes acerca de tales derechos y que este proceso de positivación no puede ni pretende responder por sí solo.

El mismo autor antes citado, como parte de su crítica a la doctrina de los derechos humanos como “derechos morales”, y como expresión también de la importancia que atribuye al proceso de positivación de los derechos, escribe lo siguiente: “Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque, podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra. Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles,

sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución”.

Por *generalización* de los derechos humanos se entiende el proceso en virtud del cual estos derechos han llegado a pertenecer a todos los hombres, por el solo hecho de ser tales, esto es, sin distinción de raza, color, sexo, posición social o económica, ideas políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otro orden.

Como dijimos en su momento, lo nuevo se teje en lo viejo y, en cierto modo también, en contra de lo viejo. Los derechos humanos son un producto de la modernidad, aunque es posible hallar, antes de ese momento, antecedentes de importancia en textos y documentos como los que analizamos al presentar la historia de los derechos del hombre, en especial textos y documentos medievales como los Decretos de la Curia de León y la Carta Magna inglesa. Pero esos textos y documentos tenían la característica de ser estamentales, como lo era también la propia sociedad del momento, y, en consecuencia, reconocieron ciertos derechos y prerrogativas únicamente a determinados segmentos de la población, quedando al margen de ellos los restantes. Ni siquiera la revolución francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano reconocieron a todos los hombres el derecho de sufragio, sino que con su distinción entre ciudadanos activos y pasivos —una distinción basada únicamente en el patrimonio de las personas— radicó sólo en los primeros la titularidad de este derecho político fundamental. “Frente a los privilegios medievales, con destinatarios específicos, como los nobles, los miembros de un gremio o corporación, o los vecinos de una ciudad —escribe Peces-Barba—, los derechos humanos en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios *genéricos*, los *hombres* y los *ciudadanos*”, todo lo cual es expresivo de una deseada igualdad ante la ley.

La generalización de los derechos humanos ha sido posible gracias a la idea de que se trata de derechos universales, con lo cual queremos decir que la generación o extensión de esta clase de derechos se ha visto favorecida en los hechos porque tan-

to en el plano conceptual como en el deontológico, esto es, tanto a la hora de ofrecer un concepto de derechos humanos como a la de señalar una dirección deseada para los mismos, se ha insistido siempre en la universalidad de los mismos. Por consiguiente, la universalidad de los derechos del hombre es antes “un postulado de la razón que un dato de la experiencia”, como dice Benito de Castro Cid; “una nota de la definición de los derechos”, aunque no plenamente “una cuestión de hecho”, como señala por su parte Javier de Lucas

En cuanto al proceso de *expansión*, ha consistido en el gradual y progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos, lo cual ha ocurrido por medio de la incorporación a ese catálogo de nuevos derechos, o de nuevas generaciones de derechos del hombre, que pasan a ser reconocidos y protegidos en el carácter de tales.

Este proceso puede ser apreciado con toda nitidez si se examinan los distintos momentos por los que han ido pasando los derechos humanos en su devenir histórico hasta nuestros días.

Así, en un primer momento, los derechos humanos aparecen como simples limitaciones al poder de la autoridad pública, y se traducen, por lo mismo, en el compromiso de ésta en orden a no interferir en ciertos y determinados ámbitos de la vida y actividad de cada individuo, o a hacerlo sólo bajo determinadas condiciones. Se trata de la *primera generación* de derechos humanos, la de los llamados *derechos civiles*, o derechos de autonomía, entre los que se cuentan, por ejemplo, el de la inviolabilidad del domicilio, el de no ser detenido y preso en forma arbitraria, el de no ser gravado con impuestos sólo por decisión del monarca y sin la aprobación del parlamento, etc.

Si tuviera razón Bobbio cuando afirma que “toda la historia de la filosofía política es una larga, continua y atormentada reflexión acerca de la pregunta ¿cómo es posible limitar el poder?”, se comprenderá entonces la importancia de esta primera generación de derechos humanos, llamada también de *derechos personales*, en virtud de la cual, sin embargo, el Estado asume únicamente obligaciones de carácter pasivo, esto es, de no interferencia ilegítima en la vida y propiedad de las personas.

En un segundo momento de su historia, los derechos humanos se configuran no ya como meros límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder político, esto es, en

la discusión y adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Como se ve, con esta *segunda generación* de derechos, la de los llamados *derechos políticos*, como derechos de participación, no se trata ya sólo de *limitar* el poder, sino de *participar* en la gestación y ejercicio del poder político dentro de la sociedad. Surgen así los derechos políticos, en particular el de sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

En un tercer momento del proceso de expansión de los derechos humanos surge luego una nueva categoría o generación de derechos, la de los *derechos económicos, sociales y culturales*, o derechos de promoción, que son unos derechos que no aspiran a limitar el poder ni a participar en éste, sino a demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo en favor de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas. En el caso de esta *tercera generación*, se trata, por lo mismo, de derechos que se fundan en el valor de la *igualdad*, y no en el de la *libertad*, como acontece con las dos primeras generaciones. En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales no representan límites a la acción del Estado —como ocurre con los derechos de la primera generación—, ni encarnan tampoco la aspiración a participar en el poder —como acontece con los de la segunda—, sino que representan la adopción de unos fines orientadores de la acción del Estado y suponen una cierta intervención de éste en la vida social y económica de la sociedad. El derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a una previsión oportuna y justa, constituyen ejemplos de derechos de esta tercera generación.

De este modo, si el Estado de Derecho liberal se asentaba en las dos primeras generaciones de derechos, el Estado social de Derecho se funda además en la tercera generación que acabamos de identificar.

A los derechos económicos, sociales y culturales se les considera a la vez como *prestaciones y créditos*, según se les observe desde la perspectiva del Estado y otro tipo de organizaciones que deben procurar satisfacerlos o desde la de los sujetos que pueden reclamarlos. Por lo mismo, como se ha dicho muchas veces, son derechos que cuestan dinero, mucho dinero, y eso explica que algunas de sus debilidades consistan en la inevitable gradualidad de su realización y en su dependencia de los recursos financieros de que disponga efectivamente el Estado. El problema radica aquí,

como se advierte, en que la expansión acelerada que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales, así como las demandas consiguientes que ellos plantean, no se corresponden con el volumen limitado de recursos destinados a satisfacerlos. Para agudizar esa dificultad, los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la igualdad, tienen que bregar hoy con “el progresivo descenso del principio de *igualdad* en el nivel de aprecio de las sociedades, como apunta Benito de Castro, y la creciente tendencia a su sustitución por los principios y valores de la autonomía individual, la eficiencia económica y la competitividad”. Por otra parte, semejante manera dominante de pensar, unida a la efectiva escasez de recursos para satisfacerlos, ha traído consigo que los derechos económicos, sociales y culturales aparezcan en la actualidad casi como “derechos contra la corriente” —por utilizar la expresión de Luis Prieto—, esto es, de derechos que no las tienen todas consigo y en cuyo nombre es preciso reivindicar a cada instante la punzante pregunta que Elías Díaz se hace sobre la materia: “¿podemos tener Estado de Derecho sin derechos económicos, sociales y culturales?” Este último autor va todavía más lejos: sostiene que si los derechos fundamentales constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, entre tales derechos no pueden entrar únicamente aquellos de la primera y segunda generaciones, basados en la libertad, sino también los de tercera generación, basados por su parte en la igualdad, puesto que un Estado de Derecho que no integre todos esos derechos se parecería más a un “Estado de Derechas”.

Es evidente que la incorporación al catálogo de los derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la *igualdad*, introduce una cierta tensión con los derechos de la primera generación, basados en el valor de la *libertad*, una tensión que no es sino el reflejo de la que existe entre esos dos mismos valores. Ello porque el compromiso del Estado con un tipo de sociedad más igualitaria desde el punto de vista de las condiciones materiales de vida de las personas, asumido en nombre de los derechos económicos, sociales y culturales, puede llegar a transformarse en una amenaza para las libertades individuales que garantizan los derechos de la primera generación. Por otra parte, el compromiso del Estado con las libertades, asumido en nombre de los derechos humanos de primera generación, puede llegar a transformarse en una renun-

cia a la realización más efectiva de los derechos de la tercera generación.

El liberalismo, como enseña reiteradamente Bobbio en varios de sus trabajos, se inspiró sobre todo en el ideal de la libertad. Pero es inútil ocultar que la libertad de iniciativa económica puede llegar a producir grandes e injustas desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre un Estado y otros Estados. Por su lado, el socialismo, que se inspiró en el ideal de la igualdad, produjo inaceptables limitaciones al ejercicio de la libertad de las personas. En consecuencia, si se acepta que libertad e igualdad son dos valores que están en la raíz de los derechos humanos, es preciso cuidar que la primera no se inmole en nombre de la segunda y que ésta no se sacrifique con el pretexto de la primera, con lo cual quiere decirse que así como la libertad no puede perecer en el altar de la igualdad, ésta tampoco debe hacerlo en el altar de la libertad. Por lo mismo, y aun reconociendo que llegado un cierto punto ambos valores pueden colisionar entre sí, es preciso levantar un ideal que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales. Iguales, valga decir, no sólo en el sentido *jurídico y político* del término (iguales ante la ley e iguales en cuanto a que todos pueden participar en las elecciones y el voto de cada cual cuenta por uno), sino iguales también en las *condiciones materiales de vida*, con lo cual, sin embargo, no se quiere propiciar que *todos deban ser iguales en todo* respecto de sus condiciones de vida, sino que *todos sean a lo menos iguales en algo*, a saber, la satisfacción de sus necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social.

Si en nombre de que en una sociedad cualquiera unos pocos comen torta mientras muchos se quedan sin poder comer pan alguien llama a que nadie coma torta para que todos puedan comer pan, entonces estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en todo*. Por la inversa, si ante una situación semejante se llama a que todos puedan comer a lo menos pan, sin perjuicio de que algunos, o muchos, gracias a su capacidad, esfuerzo o a su suerte, puedan acceder también a las tortas, estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en algo*.

Por lo demás, es preciso advertir no sólo la posibilidad de que libertad e igualdad colisionen a partir de un cierto punto, sino también que se trata de valores que se imbrican de algún

modo. Tal como señalamos antes a este mismo respecto, el goce y ejercicio de las libertades presupone que los titulares de éstas vivan en condiciones materiales mínimas que no tornen completamente ilusorio y vacío ese goce y ejercicio de las libertades, lo cual quiere decir que una igualdad básica en las condiciones materiales de vida es condición para el goce y ejercicio real de las libertades, de donde se sigue que buscar esa igualdad básica no es ya una amenaza para la libertad, sino, todo lo contrario, un favor que se hace a la propia expansión de la libertad, de modo que ésta no sea en los hechos privilegio de unos cuantos, sino prerrogativa de todos.

Eusebio Fernández, en un artículo de título sugerente –“No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano”– ha escrito sobre el particular, con toda razón, que “ni el desarrollo de la autonomía ni el de la libertad pueden ser reales si no existe una suficiente igualdad de oportunidades sociales y económicas y un marco mínimamente igualitario”. Los derechos económicos, sociales y culturales, como dice ahora Peces-Barba, pretenden resolver carencias “en relación con necesidades que impiden el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida”, puesto que la no satisfacción de las necesidades básicas por un número importante de individuos “puede dificultarles seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo para considerarse como personas, y, consiguientemente, para usar y disfrutar plenamente de los derechos individuales, civiles y políticos”. Por tanto, como añade José Joaquín Gomes Canotilho, puede decirse que los “derechos y libertades individuales son indisolubles de los referentes económicos, sociales y culturales”. Con lo cual quiere decir que si tenemos derecho a la vida, también debemos tener derecho a cuidados y prestaciones que aseguren un cuerpo y espíritu sanos; que si tenemos derechos a la inviolabilidad del domicilio, también debemos tener derecho a poseer una vivienda; y, por colocar otro ejemplo, si tenemos derecho a elegir una profesión libremente, también debemos tener derecho a un puesto de trabajo, o a un seguro en caso de perderlo.

Pero el proceso de expansión de los derechos humano no se ha detenido en el momento que acabamos de señalar, esto es, en la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se prolonga todavía en una *cuarta generación* de

*derechos*, basados en el valor de la *solidaridad* a nivel planetario, y que tienen que ver, por ejemplo, con las expectativas de paz para el mundo, de vida en un medio ambiente sano y libre de contaminación, y de un desarrollo económico que sea sustentable, esto es, que el mayor desarrollo de que puedan disfrutar las actuales generaciones que habitan la tierra no sea conseguido al precio de aquél al que tienen también derecho las generaciones que la poblarán mañana. Cabe señalar, sin embargo, que los llamados "derecho a la paz", "derecho al desarrollo", "derecho a un medio ambiente sano", y otros semejantes que se entienden pertenecer a esta cuarta generación de derechos, no constan en normas vinculantes de derecho positivo, sino en resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas o de otros organismos, y tiene, por tanto, el valor de recomendaciones.

Del modo que ha sido antes indicado, las distintas generaciones de derechos humanos, como dice Pérez-Luño, "no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados".

En cuanto al proceso de *internacionalización* de los derechos del hombre, que se inicia recién en el siglo actual, es aquél en virtud del cual estos derechos, en cuanto a su reconocimiento y protección efectivas, superan ya el ámbito de los derechos internos o nacionales y pasan a incorporarse, primero a través de declaraciones y luego a través de pactos y tratados, a lo que podríamos llamar el *derecho positivo internacional de los derechos humanos*.

Por lo mismo, este proceso de internacionalización podría ser visto como una fase o expresión del proceso de positivación de los derechos humanos, puesto que mientras este último proceso daría cuenta de la incorporación de los derechos al ordenamiento jurídico interno de los Estados, aquél manifestaría el modo como los derechos se incorporan a la legislación de tipo internacional, afianzándose de este modo la base de sustentación objetiva que esta clase de derechos ha encontrado en el derecho positivo, tanto nacional como internacional. Sin embargo, cabe advertir que la internacionalización de los derechos huma-

nos discurre no sólo a través de la legislación internacional, sino también de la doctrina y de las decisiones de órganos jurisdiccionales que empiezan a formar toda una jurisprudencia internacional sobre la materia. Por otra parte, este proceso no debe ser visto como algo que viene simplemente a superponerse, un piso más arriba, al proceso de positivación que los derechos tuvieron previamente a nivel interno de los Estados, puesto que la internacionalización revierte sobre la positivación en cuanto los Estados, en su propio derecho interno, se comprometen a dar primacía a los pactos y tratados sobre derechos humanos y ajustan así sus ordenamientos jurídicos internos a los compases que experimenta la evolución de los derechos humanos en el plano internacional.

Ahora bien, este proceso de internacionalización tiene en verdad *dos* caras: por una parte, según se dijo, los derechos humanos pasan a ser reconocidos por números importantes de Estados, valiéndose para ello primero de simples declaraciones y, más tarde, de pactos y de tratados sobre la materia; por otra, se incorpora a la conciencia común de la humanidad de nuestro tiempo que la situación de los derechos humanos al interior de los Estados no es ya una cuestión interna o doméstica de éstos, sino un asunto de relevancia internacional. En consecuencia, ni la invocación a la soberanía ni a los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención de un Estado en los asuntos internos de otro pueden ser respuestas aceptables para la comunidad internacional cada vez que en el territorio de un determinado Estado se producen violaciones sistemáticas y masivas de los derechos del hombre.

Por lo mismo, uno de los problemas más relevantes para los derechos humanos consiste en el progresivo establecimiento de órganos internacionales que sean capaces de vincular a los poderes nacionales en la protección de los derechos humanos, aunque también constituye un problema relevante de los derechos, como advierte Rafael de Asís, "el de la compatibilidad entre su protección en el plano internacional y el respeto a las distintas tradiciones culturales". Es decir, agrega el autor, "hay que ser conscientes de que los derechos tienen que ser también límites al poder internacional, y que un excesivo aumento de la relevancia de éste, sin la contemplación de la diversidad de su proyección, puede aminorar el valor de los derechos".

Por último, el proceso de *especificación* de los derechos humanos, de data también reciente, es aquél que, sobre la base de una mejor y más particularizada identificación de los sujetos titulares de los derechos, atribuye determinadas prerrogativas a quienes puedan encontrarse en la sociedad en una situación de desventaja respecto de sus semejantes. Tal como dice Bobbio, si la expresión “ciudadano” introdujo una primera especificación respecto de la más general de “hombre”, de modo que sin perjuicio de los “derechos del hombre” puede también hablarse de unos “derechos del ciudadano” en particular (por ejemplo, los derechos políticos), otras especificaciones han sido introducidas luego sobre la base del género, las distintas fases del desarrollo del individuo o ciertos estados excepcionales en la existencia humana, todo lo cual explica que pueda hablarse hoy, por ejemplo, de “derechos de la mujer”, “derechos del niño”, “derechos de los ancianos”, “derechos de los enfermos”, “derechos de los minusválidos”.

Como advierte Gregorio Peces-Barba, sin perjuicio del proceso de *generalización* que han experimentado los derechos humanos, se ha producido también “una ampliación y una *especificación* de los destinatarios de los derechos a través de la consideración de derechos atribuibles sólo a categorías o grupos de ciudadanos por razones vinculadas a su situación social o cultural discriminada –mujeres, emigrantes, etc.–, por la especial debilidad, derivada de razones de edad –niños–, o de razones físicas o psíquicas temporales o permanentes –minusválidos–, o del puesto de inferioridad que ocupan en una determinada relación social –consumidores, usuarios o administrados.”

Este proceso de especificación ha abierto paso a lo que se llama “derechos de grupo”, es decir, en palabras de Benito de Castro, “derechos atribuidos a conjuntos determinados de sujetos en función de las peculiares circunstancias en que se realiza su existencia”, lo cual ha traído consigo una sectorialización de los derechos humanos a partir del reconocimiento de diferentes categorías de personas y, por lo mismo, un cierto quiebre del principio de universalidad que informa a estos derechos y un giro, asimismo, en el proceso histórico de generalización de los derechos que ha tenido lugar a partir de ese mismo principio.

### CAPITULO III

## LAS FUENTES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE

FUENTES MATERIALES Y  
FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCION

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

**Normas jurídicas y fuentes del derecho.**— Si el primer capítulo nos condujo a la conclusión de que el derecho es una realidad normativa, esto es, algo que consiste en normas, o que tiene que ver preferentemente con normas, y si, por su lado, el capítulo siguiente mostró las relaciones que el derecho como orden normativo tiene con ese otro orden normativo que es la moral, el presente capítulo, en cuanto trata de las fuentes formales del derecho, y en particular de las fuentes formales del derecho chileno, procura dar una respuesta a la pregunta acerca de quiénes y valiéndose de cuáles métodos o procedimientos están autorizados para producir las normas jurídicas, así como para modificarlas o dejarlas sin efecto.

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

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

**Diversas acepciones de la expresión “fuentes del derecho” en la literatura jurídica.**— Sin perjuicio de lo expresado en el acápite

precedente, “fuentes del derecho” es una expresión que reconoce varias acepciones en la literatura jurídica. De este modo, sólo en una de tales acepciones –la de *fuentes formales del derecho*– la aludida expresión está conectada a la pregunta de quiénes y cómo se hallan autorizados para producir nuevas normas o modificar o dejar sin efecto las que se encuentran actualmente vigentes.

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

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

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

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

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

En una *cuarta* acepción, “fuente del derecho” significa fundamento de validez de una norma jurídica, de modo que si la

Constitución es el fundamento de validez de la ley, la Constitución es entonces una fuente del derecho. Como habrá oportunidad de explicarse en el capítulo siguiente, toda norma jurídica encuentra el fundamento de su validez en otra norma jurídica del mismo ordenamiento de que se trate, aunque de jerarquía o rango superior, concretamente en aquella norma superior que regula su creación, esto es, en aquella norma superior que establece quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para producir la norma inferior correspondiente. Por lo mismo, si la Constitución es norma superior respecto de la ley, porque es la que establece quién, cómo y dentro de qué límites se halla autorizado para producir las leyes, la Constitución es entonces la *fuelle* de la ley.

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

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

Por último, “fuente del derecho”, en el sentido ahora de *fuentes del conocimiento jurídico*, o simplemente de fuentes cognitivas, son todas aquellas manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación o importancia jurídica, tanto actuales como pretéritos, que permiten conocer el estado del derecho en un momento histórico determinado. Así, por ejemplo, una inscripción hallada junto a la tumba de un antiguo faraón egipcio es una fuente del conocimiento jurídico en la medida en que proporciona información acerca de las reglas por las que se regía entonces la sepultación de esos mandatarios. Un ejemplar de un código antiguo y ya derogado es también una fuente cognitiva. La exposición de motivos que hace el Presidente de la República al enviar al Congreso Nacional un determinado proyecto de ley es igualmente una fuente del co-

nocimiento jurídico. Pero un texto legal actualmente vigente, publicado en una recopilación de leyes, puede ser considerado del mismo modo una fuente cognitiva del derecho, puesto que permite informarse acerca de las regulaciones jurídicas introducidas por esa misma ley. Por lo mismo, en este último ejemplo la fuente de conocimiento jurídico se confunde en cierto modo con la fuente formal del derecho, entendida esta última no como método o procedimiento de creación de normas, sino como continente normativo dónde es posible hallar normas jurídicas luego de que éstas han sido producidas por los órganos, autoridades o personas que corresponda.

## 2. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO

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

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

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

**Explicación.**— El derecho, y en concreto las normas que constituyen cualquier ordenamiento jurídico, provienen siempre de determinados actos de producción normativa que ejecutan órganos, autoridades o personas que se encuentran autorizadas para producir tales normas. Esto quiere decir que en presencia de una norma jurídica cualquiera, o de un conjunto de éstas —por ejemplo, una ley— siempre es posible identificar quién

la produjo e identificar y situar el acto por medio del cual tuvo lugar su producción.

Sin embargo, puestos a establecer la procedencia de una norma, podemos rastrear su origen más allá del acto formal que la produjo y de la voluntad de quien ejecutó el correspondiente acto de creación, hasta descubrir uno o más factores que influyeron en el hecho de que la norma en cuestión fuera producida y, asimismo, en el contenido de que se la dotó al momento de producirla. Así, por ejemplo, una ley que introduce un seguro contra el desempleo sobre la base de una cotización previa a la que concurren el Estado, el empleador y el propio trabajador, tiene su procedencia en el acto o conjunto de actos de tipo formal por medio de los cuales el Presidente de la República y el Congreso Nacional concurren a la formación de la ley respectiva. Sin embargo, el origen de dicha ley, más allá de la voluntad de quienes concurren a su formación, podrá encontrarse en un hecho o factor económico y social relevante —una alta cesantía, por ejemplo— y en la convicción socialmente compartida de que el trabajador que ha perdido su fuente de trabajo debe ser protegido mientras encuentra una nueva ocupación.

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

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

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

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

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

Dos son las perspectivas desde las cuales pueden ser estudiadas las fuentes materiales del derecho, a saber, preguntándose por el o los factores que puedan estar en el origen del derecho en general, o bien preguntándose por el o los factores que puedan explicar un ordenamiento jurídico en particular o una o más instituciones o normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico determinado. La primera de esas dos perspectivas, en consecuencia, aparece cuando se pregunta ¿cuál es el origen del

derecho?, mientras que la segunda se configura cada vez que se pregunta ¿cuál es el origen de este determinado derecho?, o ¿cuál es el origen de esta determinada institución, o de esta o estas normas jurídicas determinadas, pertenecientes a este derecho dado?

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

En cuanto a la división del trabajo intelectual por lo que respecta a esas dos perspectivas, acostumbra admitirse que la primera corresponde a la filosofía del derecho y la segunda a la sociología jurídica. De este modo, serían los filósofos del derecho quienes estarían interesados en hallar una respuesta a la pregunta que se formula a propósito de la primera de las perspectivas, en tanto que los sociólogos del derecho serían los interesados en dar respuesta a las interrogantes que se plantean a partir de la segunda de las perspectivas.

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

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

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

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

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

Sin embargo, la conquista y la subyugación desde afuera no han sido los únicos medios de implantar Estados y gobiernos, puesto que en muchos casos esos dos fenómenos han surgido desde dentro, es decir, de la revolución, como es el caso de los Estados Unidos, que deben su independencia y su forma de gobierno a una lucha revolucionaria contra Inglaterra.

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

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

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

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

Un ejemplo del primer caso es el de la Ley de las Doce Tablas, en Roma, por medio de la cual se puso término a una larga lucha que por la igualdad política sostuvieron los plebeyos en contra de los patricios gobernantes. Como narra el propio Bodenheimer, en los primeros tiempos de la República los magistrados que aplicaban el derecho, así como los jueces de hecho, eran elegidos exclusivamente de entre los patricios, quienes no estaban limitados por ninguna ley escrita. Sus sacerdotes, los *pontífices*, pusieron por escrito las normas jurídicas más importantes y ocultaron los correspondientes documentos, a raíz de lo cual el derecho era algo prácticamente desconocido para el común del pueblo, con todo el riesgo de parcialidad que ello entrañaba. En consecuencia, los plebeyos pidieron una codificación del derecho consuetudinario, hasta que el año 462 a.C. un tribuno, Terentio Cersa, propuso que se eligiesen cinco hombres que redactasen un código de leyes que obligaran a los magistrados en el ejercicio de sus funciones judiciales. Los patricios se opusieron a dicha proposición y durante 8 años consiguieron retrasar la ejecución del proyecto, hasta que finalmente fueron obligados a ceder. El nuevo Código se grabó en doce planchas de bronce que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran leerlas. Así, concluye el autor, “de la lucha política entre dos clases de un pueblo nació la primera gran codificación del Derecho romano que habría de tener una enorme importancia para el desarrollo de aquél en los siglos posteriores”.

Del mismo modo, y tal como fue señalado en el capítulo anterior a propósito de la historia de los derechos humanos, la Carta Magna inglesa de 1215 fue el resultado de una lucha política entre el rey y la nobleza feudal, apoyada esta última por eclesiásticos y mercaderes. Como se sabe, las fuerzas contrarias a la corona formaron un ejército compuesto de dos mil caballeros y

el rey, que no fue capaz de hacerles frente, se vio obligado a ceder y a firmar el acuerdo exigido por los barones feudales, y que habría de transformarse en la base del futuro derecho constitucional de Inglaterra.

Contemporáneamente, y siguiendo con los ejemplos de normas constitucionales que deben su origen al acuerdo por medio del cual fuerzas políticas opuestas ponen término a un estado de enfrentamiento, cabe mencionar las llamadas garantías constitucionales aprobadas por el Congreso chileno luego de la elección presidencial de 1970, la Constitución española de 1976 —producto del llamado Pacto de la Moncloa— y las reformas que se introdujeron a la Constitución chilena de 1980 luego del plebiscito de 1988.

En cuanto al derecho como autolimitación de los gobernantes, es menester señalar que aquél se origina a veces en actos de autorrestricción de un gobernante o de una oligarquía gobernante poderosa, aunque no es condición necesaria de tales actos un motivo propiamente altruista o humanitario. “Puede ser una acción dictada meramente por la voluntad de propia conservación, por la ambición, por el miedo al descontento y a la revolución o porque el gobernante se haya dado cuenta de que al transformar el poder arbitrario en derecho puede darle una base más amplia y duradera”. Así, el código más antiguo que se conoce —el de Hamurabi— fue promulgado por un autócrata que reinó en la antigua Babilonia hasta el año 2100 a.C. Por su parte, y aunque se trató de un cuerpo legal de derecho privado —porque un autócrata, si bien puede ser un creador en el ámbito del derecho privado, “las condiciones mismas de su régimen le impedirán normalmente convertirse en campeón del derecho público”—, cabe mencionar también a este respecto el Código Civil francés de 1804, mandado redactar por Napoleón.

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

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

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

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

En un sentido más general que el del ejemplo anterior, la teoría marxista del derecho, criticada, entre otros, por Stammler y por Kelsen, postula que el derecho no es más que uno de los elementos de la superestructura que se erige sobre las relaciones de producción que tiene una sociedad en un momento dado. En una versión más atenuada, el materialismo histórico afirma que los factores de orden económico no ejercen una influencia exclusiva, aunque sí preponderante y decisiva en el curso de la historia y en la evolución del derecho.

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

### 3. LAS FUENTES FORMALES

#### Concepto. Identificación. Clasificación

**Concepto.**— Por fuentes formales del derecho se entiende los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normati-

vos donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentran calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creados.

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

Tras los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas hay alguien autorizado para producirlas, y ese alguien es a veces un órgano colegiado (el Congreso Nacional en el caso de la ley), una autoridad unipersonal (el Presidente de la República en el caso de los decretos supremos), una fuerza social (la comunidad jurídica respectiva en el caso de la costumbre), o uno o más sujetos de derecho (como en el caso de los actos jurídicos y de los contratos). Sin embargo, el lenguaje a este respecto podría ser uniformado, y, salvo el caso de la fuerza social que actúa como productora de las normas del derecho consuetudinario, todos quienes producen y aplican derecho podrían ser llamados "órganos jurídicos".

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

En efecto, y tal como vimos en el capítulo II a propósito del concepto de derecho de Herbert Hart, todo ordenamiento ju-

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

Tal como se lee en un material de trabajo para el Curso de Introducción al Derecho preparado por Jorge Correa, Marcelo Montero y Carlos Peña, todo ordenamiento jurídico es *autogenerativo*, en cuanto establece claramente los modos de producción de los elementos que lo componen. Ahora bien, ¿cómo regula el ordenamiento jurídico la manera como deben crearse sus normas? "Esta regulación la hace el ordenamiento jurídico atribuyendo a ciertos actos provenientes de ciertos sujetos la capacidad para crear normas jurídicas. De esta forma, todo ordenamiento jurídico efectúa, a lo menos, las siguientes tres cosas: *dota* a ciertos sujetos —personas, autoridades o fuerzas sociales— de la *capacidad* para producir normas jurídicas; *instituye* ciertos actos específicos de esos sujetos como actos creadores de derecho, estableciendo un cierto *procedimiento* en conformidad al cual han de ser llevado a cabo los mismos; y *establece*, por lo común, un cierto continente donde las normas así creadas van a exteriorizarse."

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

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

La *doctrina* –también denominada “ciencia del derecho”– suele ser colocada entre las fuentes formales del derecho, aunque en verdad no lo es, puesto que no constituye un método para *producir* normas jurídicas, sino el resultado de una actividad destinada a *conocer* y a *difundir* las normas de un ordenamiento jurídico dado. Se trata, en suma, de una actividad que realiza cierta clase de personas –los juristas– y que se expresa en los tratados, artículos, manuales, informes, clases y conferencias por medio de los cuales los juristas comunican un conjunto sistemático de proposiciones de tipo cognoscitivo acerca de un derecho dado, o, más concretamente, acerca de las normas de un derecho dotado de vigencia y realidad histórica.

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

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

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

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

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

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

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

Atendiendo a si las normas que por su intermedio se crean encuentran o no expresión en un texto que las exprese, las fuentes formales se dividen en *formalizadas* y *no formalizadas*. Las primeras se exteriorizan en un texto, como es el caso de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales y de los contratos que constan por escrito, mientras que las segundas no se exteriorizan en un texto que dé expresión cabal a las mismas, como acontece con la costumbre jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

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

En fin, atendiendo a la vinculación que los órganos jurisdiccionales tienen con ellas, las fuentes formales se clasifican en

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

## SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES FORMALES  
DEL DERECHO CHILENO

## 1. LA LEGISLACION

**Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto. Constitución. Ley. Efectos de la ley. Tratados internacionales. Decretos con jerarquía de ley. Manifestaciones de la potestad reglamentaria. Autos acordados.**

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

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

En este sentido amplísimo, la palabra “ley” suele ser reemplazada por “legislación”, y comprende la Constitución, las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado, las leyes ordinarias, los tratados internacionales, los decretos con jerarquía de ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria y los autos acordados.

Así, en los seis primeros casos concurren en forma asociada el poder ejecutivo y el poder legislativo, mientras que en el caso de la potestad reglamentaria se trata sólo de autoridades ejecutivas y administrativas, mientras que en el de los autos acordados intervienen únicamente los tribunales superiores de justicia.

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

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

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

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

En consecuencia, que la Constitución sea la ley fundamental del Estado quiere decir, a la vez, las siguientes tres cosas: a) la Constitución ocupa el nivel o grada normativa superior no sólo dentro de la legislación, sino dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico, regulando por ello los órganos y los procedi-

mientos a través de los cuales deben ser producidas las normas que le siguen en jerarquía; b) la Constitución tiene supremacía sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico, las cuales no pueden contradecirla, en atención a lo cual todos los ordenamientos jurídicos establecen controles tanto preventivos como represivos a fin de cautelar dicha supremacía; y c) la Constitución regula materias fundamentales para la organización del Estado y los derechos de las personas, tales como nacionalidad y ciudadanía, derechos y deberes individuales, gobierno, poder legislativo, poder judicial, etc.

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

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

A propósito de la cuestión relativa a quien tiene el poder constituyente, esto es, el poder para introducir una Constitución o modificar la ya existente, suele distinguirse entre poder constituyente *originario* y poder constituyente *derivado*. El primero es el que actúa cuando no existe una Constitución vigente, sea porque se asiste a la fundación del Estado y al establecimiento de la primera Constitución histórica de ese Estado, sea porque tiene lugar la introducción de una nueva primera Constitución histórica

que es resultado de la pérdida de vigencia de la anterior a raíz de un golpe de Estado o de una revolución triunfante, en tanto que el poder constituyente derivado es aquél en el que la propia Constitución vigente radica la facultad de producir nuevas normas constitucionales o de modificar o derogar las ya existentes.

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

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

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

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

medio del cual ambas Cámaras, reunidas en Congreso Pleno sesenta días después de aprobado el proyecto de reforma, toman conocimiento de este y proceden a votarlo sin necesidad de un nuevo debate; la *sanción*, que es el acto por el cual el proyecto de reforma, una vez aprobado por ambas Cámaras y ratificado por el Congreso Pleno, es a su vez aprobado por el Presidente de la República; la *promulgación*, o acto en virtud del cual el Presidente fija el texto definitivo de la reforma y ordena publicarlo en el Diario Oficial; y la *publicación*, que es el acto que consiste en incluir el texto de la reforma en el Diario Oficial.

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

Respecto, en fin, de la supremacía constitucional y del control que se ejerce para cautelarla, existe, como dijimos, un control *preventivo* y otro *represivo*. El primero, como su propio nombre lo indica, opera antes de que una norma inconstitucional entre en vigencia, o sea, trata de impedir que una norma inconstitucional se incorpore al ordenamiento jurídico. De este tipo es el control que ejerce en Chile el Tribunal Constitucional, de conformidad a como lo dispone el art. 82 de la Constitución, y la Contraloría General de la República respecto de las manifestaciones de la potestad reglamentaria. El control represivo, a su turno, es el que opera después que una norma se ha incorporado al ordenamiento jurídico, o sea, se trata de un control que procura corregir la existencia de normas inconstitucionales. De este segundo tipo es el control que se ejerce a través de recursos como los de *inaplicabilidad*, *amparo* y *protección*.

En cuanto al control preventivo que ejerce el Tribunal Constitucional, este órgano cuenta entre sus atribuciones la de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución, control que debe ejercer antes de la promulgación de esas leyes, y la de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que

se susciten durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma de la Constitución y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Además, el mencionado tribunal está llamado a resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, así como sobre la constitucionalidad de los decretos supremos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre que se trate de decretos que se refieran a aquellas materias que por disposición de la propia Constitución deben ser reguladas por medio de leyes.

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

En cuanto al control preventivo que corresponde a la Contraloría, hay que decir que ésta es un organismo autónomo que, entre otras funciones, tiene la de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración.

Cada vez que la Contraloría no encuentra un vicio de inconstitucionalidad en los decretos o resoluciones que emanan de la administración, *toma razón* de éstos. En cambio, tratándose de decretos o resoluciones contrarios a la Constitución, la Contraloría debe *representarlos*, esto es, debe hacer ver a la autoridad correspondiente la inconstitucionalidad que afecte al correspondiente decreto o resolución. Si la autoridad se conformare con la representación, el proyecto de decreto o resolución quedará sin efecto, pero si no se conformare con la representación hecha por la Contraloría, los antecedentes deben remitirse al Tribunal Constitucional a fin de que éste resuelva la controversia. El mismo procedimiento debe ser observado cuando la representación del organismo contralor recaiga sobre un decreto con fuerza de ley, un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse en ambos casos del texto aprobado.

El procedimiento anterior tiene importancia, porque la Contraloría, cada vez que representa la ilegalidad, no la inconstitu-

cionalidad, de un decreto o resolución, el Presidente puede dar curso de todas maneras al decreto o resolución representado si es que *insiste* en aquél o en ésta con la firma de todos sus ministros. En cambio, tratándose del procedimiento que se describió antes para decretos o resoluciones estimados contrarios a la Constitución, el Presidente no tiene la facultad de insistir ante el organismo contralor.

Pasando ahora al control represivo de constitucionalidad, tenemos, en primer lugar, el recurso de *inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, que consagra la propia ley fundamental, y que consiste en que la Corte Suprema puede declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución. Para ello, sin embargo, se requiere que exista un juicio en curso, ante la propia Corte Suprema o ante otro tribunal, y que alguna de las partes impugne la constitucionalidad de una ley que pretenda aplicarse en ese juicio, sin perjuicio de lo cual la misma Corte, en un caso de que conozca y en el que advierta la aplicación de una norma legal contraria a la Constitución, pueda hacer la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de oficio, esto es, de propia iniciativa y sin que ninguna de las partes involucradas en el asunto se lo solicite.

Si en tales casos la Corte estima que un precepto es inconstitucional, procede a declararlo así, a través de una sentencia, y a disponer que el precepto en cuestión no debe ser aplicado en el juicio de que se trata. Sin embargo, tal declaración vale sólo en relación con ese juicio, y no produce ni la inaplicabilidad general del precepto ni menos su invalidación. De ahí que a este recurso se llame de *inaplicabilidad* por inconstitucionalidad y no de *inconstitucionalidad*.

Por su parte, el *recurso de protección*, consagrado en el art. 20 de la Constitución, tiene por objeto reclamar de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el artículo 19 de la misma Constitución asegura a todas las personas. Este recurso, del que conocen las Cortes de Apelaciones, puede ser interpuesto por el propio afectado o por cualquier otra persona a su nombre. Si la Corte acoge el recurso, debe adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que este último pueda hacer va-

ler ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Algunos de los derechos y garantías protegidos por este recurso son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el respeto a la vida privada, la inviolabilidad del hogar, la libertad de enseñanza, la libertad de opinión y de información, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y el derecho de propiedad.

Corresponde mencionar que determinados derechos y garantías constitucionales, que pertenecen a los llamados "derechos económicos, sociales y culturales", no se encuentran protegidos por el recurso del art. 20 de la Constitución. Tal es el caso del derecho a la educación. Lo propio ocurre con el derecho a la protección de la salud, salvo en lo que respecta al derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

En cuanto al *recurso de amparo*, que consagra el art. 21 de la Constitución, puede ser interpuesto en favor de todo individuo que se halle arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, y tiene por finalidad que se guarden las formalidades legales y se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Este mismo recurso puede ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

El recurso de amparo se interpone ante las Cortes de Apelaciones, las que deben resolverlo en el plazo de 24 horas.

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

**Ley.**- La ley es una fuente formal del derecho por medio de la cual el órgano o poder legislativo, en una tarea asociada con el órgano o poder ejecutivo, produce normas jurídicas abstractas,

generales y de validez comúnmente indefinida, siguiendo para ello el procedimiento que la Constitución fija para la formación de la ley y ateniéndose igualmente a ciertos límites que en cuanto al contenido de la ley establece también la propia Constitución.

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

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

Referente al procedimiento a seguir por tales autoridades en la formación de la ley, dicho procedimiento se encuentra pormenorizadamente definido, en sus distintas fases o etapas, por el art. 62 y siguientes de la Constitución.

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

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

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

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

La *discusión* es el conjunto de actos que tienen lugar al interior de ambas cámaras, tanto en la sala como en las distintas co-

misiones en que cada rama del Congreso divide su trabajo legislativo, y cuya finalidad es el análisis del proyecto de ley respectivo, de modo que los parlamentarios puedan ofrecer las razones en favor y en contra del mismo, así como las proposiciones que permitan mejorar el texto primitivo del proyecto.

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

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

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

Como alternativa a la sanción del proyecto recibido, el Presidente tiene el *veto*, para lo cual cuenta obviamente con ese mismo plazo de 30 días. Por lo mismo, nuestra Constitución establece que si el Presidente desaprueba el proyecto, deberá devolverlo a la Cámara de origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días. Si las dos Cámaras aprueban las observaciones presidenciales, el proyecto queda afinado y se devuelve al Presidente para que proceda a promulgarlo. Lo mismo ocurre si las dos Cámaras desechan todas o algunas de las observaciones e insisten por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas.

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

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

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

En cuanto a los límites que los órganos que intervienen en la formación de la ley tienen que respetar al dotar a las leyes de un determinado contenido, dichos límites son *dos*. En *primer lugar*, tales órganos no pueden dotar a las leyes de un contenido que vulnere preceptos constitucionales, y, en *segundo término*, sólo pueden regular por medio de leyes los asuntos que la Constitución califica como materias de ley. Dichas materias se encuentran mencionadas en el art. 60 de la Constitución.

Siguiendo en esto el texto de Jorge Correa, Mauricio Montero y Carlos Peña, la expresión "Sólo son materias de ley", con la cual se encabeza la larga lista del art. 60, establece dos principios: a) el principio de que sólo la ley puede reglar dichas materias (*principio de exclusividad*); y b) el principio de que sólo esas materias pueden ser reguladas por ley (*principio de exclusión*). Sin embargo, el N° 20 del art. 60 pareciera desmentir el carácter taxativo de la enumeración, al establecer que es materia de ley "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya la bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Antes de concluir con la ley como fuente formal del ordenamiento jurídico nacional, conviene reiterar que, además de las *leyes ordinarias* o comunes, que son aquellas que para su aprobación, modificación o derogación requieren de la mayoría de los diputados y senadores presentes de cada Cámara al momento de efectuarse la votación del caso, existen en el derecho chi-

leno las otras tres clases de leyes que hemos tenido ocasión de identificar antes en este capítulo.

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

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

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

En cuanto a las *leyes de quórum calificado*, son las que se refieren exclusivamente a las materias que según la Constitución deben ser reguladas por esta clase de leyes, que necesitan para ser aprobadas, modificadas o derogadas la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, aunque no están sujetas a examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitu-

cional. Algunas de las materias que deben ser reguladas por este tipo de leyes son nacionalidad, pena de muerte, televisión y radio, derecho de propiedad, actividad empresarial del estado, empréstitos estatales, etc.

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

Sobre el particular, cabe destacar cómo la Constitución política vigente desde 1980 sustrajo progresivamente una buena cantidad de materias a la posibilidad de que pudieran ser legisladas por medio de leyes ordinarias o comunes, en las que, como sabemos, el quórum que debe reunirse en cada Cámara es la simple mayoría de los diputados y senadores presentes. Así, para determinadas materias fueron establecidas las leyes de quórum calificado, que suben el quórum a la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, mientras que para otras materias, de interés político, económico o social aun mayor, fueron establecidas las leyes orgánicas constitucionales, que aumentan el quórum a las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio. La espiral continúa luego con el quórum de las tres quintas partes que se exige para la reforma de la Constitución y culmina con el de los dos tercios que se necesitan para modificar aquellos capítulos de la Constitución más sensibles a los acontecimientos políticos que el país vivió luego de 1973. Todavía más: en materia de reforma a la Constitución se contempla la posibilidad de convocar a un plebiscito para que sea la ciudadanía la que resuelva las discrepancias que sobre el particular puedan surgir entre el Presidente y el Congreso, aunque sólo para el caso de que, con motivo de la tramitación de una reforma constitucional, ambas Cámaras insistieran ante el Presidente en un proyecto aprobado por ellas. Cuando esto último ocurre, según el art. 117 de la Constitución, el Presidente tiene dos caminos, a saber, promulgar el texto que haya sido objeto de insistencia o consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito respecto de las cuestiones en desacuerdo.

**Efectos de la ley.**— ¿Desde cuándo y hasta cuándo rigen las leyes? ¿En cuál territorio valen las leyes? ¿A quiénes obligan las leyes?— Las tres preguntas antes enunciadas inquieren, respecti-

vamente, por los efectos de la ley en cuanto al *tiempo*, en cuanto al *territorio* y en cuanto a las *personas*.

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

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

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

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

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

El principio general es el de la irretroactividad de la ley, puesto que las leyes sólo deben disponer para situaciones futuras y no para actos o situaciones acaecidos en el pasado. Un principio como éste favorece la seguridad jurídica en cuanto permite que los sujetos cuyos comportamientos rige un determinado ordenamiento jurídico puedan conocer, al momento de ejecutar ciertos actos y no después de haberlos ejecutado, qué espera de ellos el derecho y cuáles son los efectos que el ordenamiento

jurídico vincula a la ejecución de tales actos. Por lo mismo, a nadie puede sorprender lo que establece el art. 9 del Código Civil: “La ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”, aunque luego, refiriéndose a las leyes interpretativas, establece que “las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

Sin embargo, motivos plausibles pueden hacer aconsejable, excepcionalmente, que una ley retrotraiga sus efectos a un momento anterior al de la fecha de su publicación. ¿Cómo puede entonces conciliarse la enfática declaración del primer inciso del art. 9 del Código Civil con la existencia de algunas leyes retroactivas? Sobre el particular, se entiende que esa norma constituye un mandato para el juez, no para el legislador, de manera que su alcance es que los jueces no pueden hacer aplicación de una ley en forma retroactiva, salvo, claro está, cuando el legislador hubiere dado ese carácter a una determinada ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal como tendremos oportunidad de mostrar en el capítulo siguiente, toda norma jurídica debe ser producida dentro del marco de exigencias que a su respecto fija la norma de grado superior que regula su creación. Así, una ley tiene que ser pro-

ducida por las autoridades a las cuales la Constitución faculta para ello, tiene que seguir al momento de su creación las distintas etapas de que consta el proceso de formación de la ley que diseña la propia Constitución y, en fin, tiene que respetar ciertos límites de contenido que la Constitución también le impone.

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

Por lo mismo, *derogación* y *anulabilidad* son instituciones distintas. La derogación cumple la función de renovación o cambio regular del ordenamiento jurídico y tiene el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas. En cambio, la anulabilidad cumple la función de impedir cambios irregulares del ordenamiento y produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas que son declaradas nulas. Además, la derogación es un acto que ejecuta la misma autoridad que había previamente dictado la norma que se trata ahora de derogar, mientras que en el caso de la anulabilidad ésta es producto de un acto que ejecuta un órgano de aplicación del derecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

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

A propósito de dicha distinción, Josep Aguiló dice que su importancia puede estar en que la abolición implica más que la derogación, y agrega: "El efecto normal de la derogación consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, tiene un cierto com-

ponente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución implica, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Excepción a la regla general sobre el término de vigencia de las leyes, consistente en que éstas rigen indefinidamente hasta el momento de su derogación, la constituyen las leyes tempora-

les, esto es, aquellas que en su propio articulado limitan el tiempo de su vigencia al establecer un plazo o condición que, una vez llegado o acaecido, producen el inmediato cese de la vigencia de la ley.

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

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

El mismo principio de territorialidad aparece consagrado en los arts. 5 y 6 del Código Penal. La primera de tales disposiciones establece que “la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”. En cuanto al otro de los artículos, declara que “los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.

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

De lo primero son ejemplos los arts. 15 y 6, respectivamente, del Código Civil y del Código Orgánico de Tribunales. El primero de esos artículos sujeta a las leyes chilenas a los chilenos, no obstante tener éstos residencia o domicilio en país extranjero, en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, así como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, aunque sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. Por su parte, la citada norma del Código Penal identifica una serie de delitos que quedan sometidos a la jurisdicción chilena, no obstante ser cometidos fuera del territorio

de la República. Entre tales delitos pueden ser mencionados, a vía de ejemplo, los cometidos por un agente diplomático o consular de la República en el ejercicio de sus funciones; los delitos contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado; la falsificación de moneda nacional; la piratería; y los delitos comprendidos en los tratados con otras potencias.

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

Por otra parte, constituye una tendencia actual que ciertos delitos particularmente graves, como el genocidio, los crímenes de guerra y la tortura de personas, pueden ser juzgadas en el extranjero, no obstante haber sido cometidos en el propio país de las víctimas y de los victimarios.

**¿A quiénes obligan las leyes?**— En cuanto a los efectos de la ley en cuanto a las *personas*, suelen ellos mostrarse en tres principios jurídicos, a saber, el principio de obligatoriedad de la ley, el principio de igualdad ante la ley y el principio de conocimiento de la ley.

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

**Los tratados internacionales.**— Los tratados son pactos o acuerdos que suscriben dos o más Estados y tienen por finalidad crear

derechos y obligaciones para los Estados que concurren a ellos, u organizar entidades internacionales que no son Estados y establecer la competencia de esas entidades y el modo como habrán de relacionarse con los Estados.

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

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

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

En el caso de Chile, nuestra Constitución establece normas sobre la formación de los tratados en el N° 17 del art. 32, disposición ésta que establece cuáles son las atribuciones exclusivas del Presidente de la República.

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

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

La primera parte de la fase externa está constituida por la *negociación*, que es el conjunto de las actuaciones por medio de las cuales los Estados procuran llegar a un acuerdo acerca de las cláusulas de un tratado. Cuando la negociación es exitosa

conduce a una segunda parte, a saber, la *adopción del texto* del tratado, que tiene lugar cuando el texto de que se trate cuenta ya con el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración. Viene a continuación una tercera parte, llamada *autenticación*, que consiste en el acto formal por medio del cual el texto de un tratado queda establecido como auténtico y definitivo.

En cuanto a la *fase interna*, consiste en la aprobación que al texto de un tratado debe dar el Congreso Nacional. Por lo mismo, una vez autenticado, el tratado en formación tiene que ser sometido por el Presidente a la aprobación del Congreso, en lo cual se deben seguir los mismos trámites de una ley, con la única diferencia de que el Congreso sólo puede aprobar o desechar los tratados que le presente el Presidente, mas no modificarlos. Esto último es lo que se desprende del art. 50 de nuestra Constitución, que, al establecer las atribuciones exclusivas del Congreso, señala, en primer lugar, la de "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley".

Es en atención a esa fase interna a que según nuestro derecho debe someterse la formación de los tratados que éstos se asimilan de algún modo a las leyes internas del país y comparan la jerarquía de éstas.

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

A continuación viene el *canje o depósito* de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. La Convención de Viena dice que tales instrumentos harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuar

a) su canje entre los Estado contratantes; b) su depósito en poder del depositario; o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario si así se ha convenido. Este depositario puede ser un Estado neutral, algún organismo internacional o el principal funcionario administrativo de dicho organismo.

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

**Los decretos con jerarquía de ley.**— Los decretos con jerarquía de ley constituyen una clara expresión legislativa del órgano o poder ejecutivo, puesto que, si bien regulan materias propias de una ley, esto es, materias que deberían ser aprobadas también por el órgano o poder legislativo, emanan sólo del primero de esos órganos o poderes.

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

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

Los *decretos con fuerza de ley* son actos legislativos del Presidente de la República que regulan materias propias de una ley, procediendo para ello el Presidente sobre la base de una autorización previa que le confiere el Congreso Nacional.

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

Los decretos con fuerza de ley encuentran su fundamento en el inciso primero del art. 61 de nuestra Constitución, puesto que allí se dice que el Presidente podrá solicitar autorización al Congreso para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre ma-

terias que corresponden al dominio de la ley, y que dicha autorización debe ser dada por el Congreso por medio de una ley.

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

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

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

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

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

En cuanto a los *decretos leyes* son actos legislativos del Presidente de la República que regulan materias propias de ley, aunque sin que medie para ello una autorización de parte del órgano o poder legislativo. Su denominación se justifica por la

misma razón que los decretos con fuerza de ley, puesto que son actos que emanan del Presidente, lo cual explica que se les denomine *decretos*, y regulan materias que tendrían que ser normadas por leyes, lo cual explica que a aquella palabra se añada la expresión *leyes*.

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

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

Si se intentara un paralelo entre los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes, sus *semejanzas*, a la vez que su *diferencia*, saltan de inmediato a la vista. En cuanto a sus *semejanzas*, ambos emanan del Presidente de la República o Jefe de Estado, es decir, ambos constituyen manifestaciones legislativas del poder ejecutivo; ambos, por otra parte, regulan materias propias de una ley; y ambos, en fin, responden a circunstancias extraordinarias, aunque menos excepcionales en el caso de los decretos con fuerza de ley que en el de los decretos leyes, puesto que el hecho que conduce a la dictación de estos últimos —la ruptura del orden constitucional— es, de por sí, un acontecimiento excepcional. En punto a su *diferencia*, cabe reiterar que ella se encuentra en que ambos tipos de decretos regulan materias propias de una ley, aunque sólo en el caso de los decretos con fuerza de ley existe autorización previa de parte del órgano legislativo.

**Las manifestaciones de la potestad reglamentaria.**— La potestad reglamentaria es la facultad que la Constitución y las leyes otorgan al Presidente de la República, así como a otras autoridades

administrativas, para producir normas jurídicas, tanto de carácter general como particular, destinadas a regular materias de interés público que no sean de dominio legal, a facilitar una adecuada aplicación de las leyes y al mejor y más eficaz cumplimiento de las funciones de gobierno y administración que corresponden a tales autoridades.

En el caso del ordenamiento constitucional chileno, a esta facultad se refiere de modo expreso el N° 8 del art. 32 de la ley fundamental, que incluye entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Todo ello en atención a que, en un ámbito más general que el de las atribuciones especiales que la Constitución le otorga, al Presidente de la República, según dispone el art. 24 de la Constitución, corresponde el gobierno y la administración del Estado, motivo por el cual se le reconoce como el Jefe del Estado.

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

Por ello es que acostumbra distinguirse entre potestad reglamentaria *autónoma* y potestad reglamentaria de *ejecución*. Por medio de la primera, el Presidente dicta normas sobre materias que la Constitución no ha reservado al dominio legal, en tanto que por intermedio de la segunda esa misma autoridad facilita la aplicación de las leyes. Como una modalidad de la potestad reglamentaria autónoma es preciso mencionar también a la potestad reglamentaria de complementación.

En cuanto a la potestad reglamentaria *autónoma*, ella se fundamenta en que no todas las materias de interés público tienen necesariamente que ser reguladas por leyes, mientras que la potestad reglamentaria de *ejecución* se explica porque las disposiciones abstractas y generales de las leyes que produce el órgano legislativo están muchas veces necesitadas de disposiciones complementarias que faciliten la aplicación o ejecución de tales dis-

posiciones. Tanto es así que con cierta frecuencia las propias leyes establecen en su articulado que el Presidente de la República deberá dictar las normas adicionales que sean necesarias o convenientes para la mejor aplicación o ejecución de sus disposiciones. En cuanto a la potestad reglamentaria de *complementación*, es aquella que ejerce el Presidente de la República para regular los aspectos particulares de aquellas materias respecto de las cuales la potestad legislativa sólo es competente para regular sus *bases*—como en los casos de los números 4 y 18 del art. 60 de la Constitución— así como de aquellas materias de ley que pueden ser subsumibles en la declaración del número 20 de esa misma disposición constitucional. En estos tres casos la potestad reglamentaria de *complementación*—como se lee en un texto de Antonio Bascuñán— “tiene por objetivo dictar normas cuyo establecimiento está excluido del dominio legal”, y, por tanto, “se trata de un caso particular de la potestad reglamentaria autónoma”.

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

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

A las manifestaciones de la potestad reglamentaria se las denomina en general *decretos*.

Desde el punto de vista de su contenido y alcance normativo, los decretos se clasifican en *reglamentos*, *simples decretos* e *instrucciones*.

Los *reglamentos*, también llamados “decretos reglamentarios”, son dictados por el Presidente y contienen normas jurídicas ge-

nerales cuya finalidad más habitual es la adecuada ejecución de las leyes.

*Simple decretos* son aquellos dictados por el órgano ejecutivo para llevar a cabo las actividades de gobierno y administración, aunque sus normas tienen alcances particulares, esto es, conciernen a un número determinado y circunscrito de sujetos o situaciones.

En cuanto a las *instrucciones*, son simplemente comunicaciones que los jefes superiores de la administración dirigen a sus subordinados y que tienen por finalidad indicar a éstos los criterios y acciones que deberán emplear y llevar a cabo para la mejor aplicación de una ley o de un reglamento, así como las medidas que deban adoptar para el mejor funcionamiento de una determinada repartición o servicio público.

Atendida ahora la autoridad que los dicta, los decretos se clasifican en *decretos supremos* y *resoluciones*. Los primeros son los dictados por el Presidente y las segundas provienen de autoridades administrativas distintas de aquella.

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

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

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

**Autos acordados.**— Los autos acordados emanan no de las autoridades políticas ni administrativas, sino de los tribunales superiores de justicia, y contienen normas jurídicas de carácter general relativas a la manera como los tribunales deben proceder en el conocimiento de determinadas acciones y recursos procesales. Por lo mismo, pueden ser entendidos como manifestaciones legislativas de los tribunales superiores de justicia, por medio de las cuales estos últimos, y en especial la Corte Suprema, regulan determinadas materias que en estricto rigor tendrían que ser normadas por medio de leyes.

En cuanto a la explicación que puede darse para la existencia de los autos acordados, cabe señalar que ellos vienen a complementar algunos vacíos que se advierten respecto del modo en que la Constitución o las leyes han regulado determinadas acciones y recursos de que deben conocer los tribunales de justicia. Es lo que acontece, por ejemplo, con los autos acordados que la Corte Suprema ha dictado acerca de la tramitación que debe darse a dos recursos establecidos por la Constitución, como son el de protección y el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En cuanto a la justificación normativa de los autos acordados, ella puede encontrarse en el art. 79 de la Constitución, que confía a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales, con excepción tan solo del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, tribunales electorales regionales y tribunales militares en tiempo de guerra; disposición que se complementa con la del art. 3 del Código Orgánico de Tribunal, que declara que los tribunales además de la facultad de conocer las causas, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, y de intervenir en todos

aquellos asuntos no contenciosos en que una ley requiere su intervención, tienen las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se les asigna en los respectivos títulos de ese mismo Código.

Las facultades conservadoras se refieren a la labor que compete a los tribunales en la protección de los derechos fundamentales, mientras que las facultades disciplinarias guardan relación con la vigilancia y castigo que los tribunales superiores deberán llevar a cabo respecto de jueces y funcionarios judiciales. En cuanto a las facultades económicas, que son las que autorizarían a los tribunales superiores para dictar autos acordados, son aquellos que se ejercen para conseguir una mejor y más pronta administración de justicia.

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

Sin perjuicio de los dos autos acordados previamente mencionados de la Corte Suprema, y que regulan dos importantes recursos establecidos por nuestra Constitución, otros autos acordados, tanto de ese tribunal como de Cortes de Apelaciones, pueden ser hallados en los apéndices de los códigos, en particular en el del Código Orgánico de Tribunales.

## 2. LA COSTUMBRE JURIDICA

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

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

En consecuencia, el origen de las normas creadas por medio de esta fuente, cuyo conjunto se denomina “derecho con-

suetudinario”, se encuentra en un hecho, a saber, la repetición uniforme de una conducta por parte de los sujetos que forman una comunidad jurídica determinada, al cual se suma la persuasión, también de carácter colectivo, que consiste en admitir que dicha conducta es *jurídicamente* obligatoria, o sea, que viene exigida por el derecho y no por otro tipo de orden normativo.

Que la costumbre sea una fuente formal del derecho permite advertir cómo un hecho —la repetición uniforme de un cierto comportamiento— puede producir normas jurídicas, llamadas consuetudinarias, que aparecen también entre los materiales integrantes de los ordenamientos jurídicos dotados de realidad histórica. Sin embargo, y tal como apunta Roberto Vernengo, “la relación entre el hecho consuetudinario, como fuente, y las normas consuetudinarias por él producidas, no es enteramente semejante a la que el jurista advierte, por ejemplo, entre los actos legislativos y la ley. No sólo porque de algún modo repugna al estilo de pensar jurídico aceptar que un mero hecho sea origen de enunciados normativos, sino también porque la tajante distinción entre el hecho consuetudinario y la norma producida es borrosa”, circunstancia que “impide pensar la relación entre el hecho de la costumbre y la norma consuetudinaria como la relación entre el acto legislativo y la ley”.

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

Por lo demás, los inicios de la vida en sociedad del hombre se caracterizan porque la convivencia se organiza a partir de normas consuetudinarias indiferenciadas, entre las cuales no es posible distinguir a las normas propiamente jurídicas de las de carácter religioso y moral. Es en ese contexto indiferenciado de normas en el que las normas consuetudinarias de tipo jurídico se van constituyendo como un sector normativo específico que precede a las normas jurídicas escritas que provienen de actos formales de creación jurídica confiados a determinadas autoridades normativas. Con todo, la costumbre jurídica retrocede más

tarde en importancia, precisamente ante el avance de un derecho escrito que va más allá de reproducir meramente las normas consuetudinarias y que expresa la voluntad normativa de quienes lo producen. Como escribe Rivacoba, "la costumbre y la legislación son las formas históricamente más importantes de producir y aparecer el derecho. Sin embargo, aquélla es anterior en el tiempo, pues la segunda requiere una no escasa evolución cultural en las comunidades humanas: que hayan alcanzado un grado apreciable de organización política, con autoridades bien definidas que la dicten, y el uso de la escritura, para fijarla".

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

El elemento *objetivo* está constituido por la repetición uniforme de una determinada conducta por parte de los sujetos de una comunidad jurídica dada, esto es, se trata de un hecho que se reconoce en cuanto tales sujetos se comportan bajo ciertas condiciones de una misma manera y que ese comportamiento similar se prolonga durante un tiempo suficientemente largo.

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

En cuanto al primero de tales requisitos, la costumbre no es una imposición del Estado que deba regir en todo el territorio del Estado, de modo que ella sólo puede tener validez jurídica al interior de la comunidad que la ha producido y que se atiene a ella. Seguidamente, que la costumbre jurídica sea *general* no tiene un alcance territorial, sino social, en el sentido de que ella debe ser observada por los integrantes del grupo social de que se trate. A continuación, que la costumbre posea *antigüedad* significa que el hecho consuetudinario debe tener estabilidad en el tiempo, aunque no pueda decirse cuánto tiempo es el que se necesita exactamente para entender que se ha configurado una costumbre jurídica, de donde resulta que el papel de los tribunales es a este respecto muy importante, puesto que por medio de sus fallos pueden certificar la existencia de una determinada costumbre jurídica. En fin, que la costumbre jurí-

dica sea *constante* significa que ella sea de hecho observada regularmente cuando se dan las circunstancias que la determinan. Por lo mismo, la *constancia* no significa aquí *frecuencia*, sino el hecho de que la conducta consuetudinaria de que se trata sea observada regularmente cada vez que sobrevienen las correspondientes circunstancias.

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

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

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

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

Siguiendo en esto a Kelsen, se puede advertir que las constituciones de los Estados modernos establecen órganos legislativos especiales que son competentes para producir normas generales aplicables tanto por los tribunales como por los organismos administrativos, "de suerte que al escalón de los procedimientos

constituyentes sigue el escalón de la legislación y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos". Sin embargo, "la constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado". Un hecho —continúa el autor— que "se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; y en que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surgen la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse".

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

- a) la legislación se forma merced a un procedimiento claramente establecido por la Constitución y que consta de diferentes etapas que van desde la iniciativa hasta la publicación; en cambio, la costumbre jurídica se genera de modo espontáneo y no formalizable, a partir de la reiteración que los sujetos hacen de una determinada conducta;
- b) la legislación, por lo mismo, es una fuente formal heterónoma, o en la que predomina una dimensión de heteronomía, mientras que la costumbre jurídica es una fuente autónoma, o en la que predomina una dimensión de autonomía, tal como se tuvo oportunidad de mostrar en el capítulo I;
- c) el tiempo de formación de una ley es cierto y determinable, de modo que la fecha de su entrada en vigencia queda siempre claramente establecida; al contrario, el proceso de formación de una costumbre jurídica es lento y larvado, lo cual trae consigo que la determinación del momento de su entrada en vigencia sea de algún modo incierta;
- d) tratándose de la legislación, una ley puede ser diferenciada de los actos legislativos que la han producido, mientras que en la costumbre jurídica tales actos se confunden con aquellos que constituyen a la propia costumbre. Del mismo modo, los comportamientos que la legislación regula son posteriores a ésta, en tanto que los que regula la costumbre se dan simultáneamente con ésta;
- e) en punto al término de su vigencia, en el caso de la legislación se trata también de un momento cierto, normalmente el

de su derogación, mientras que el término de la vigencia de una costumbre jurídica es incierto;

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

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

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

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

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

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

Costumbre *fuera de la ley* es aquella que surge al margen de la ley y es utilizada para llenar vacíos o lagunas de ésta. En consecuencia, la costumbre fuera de la ley está constituida por nor-

mas consuetudinarias que no se oponen a sus similares del derecho legislado, sino que versan sobre materias no reguladas por este último.

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

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

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

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

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

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

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

tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

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

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

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

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

### 3. JURISPRUDENCIA

**Acepciones de la palabra "jurisprudencia".** La jurisprudencia como saber. La jurisprudencia de los tribunales. El carácter normativo de la sentencia judicial. La jurisprudencia en el derecho chileno.

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

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

En cuanto al primero de los dos significados que tiene la palabra "jurisprudencia" como saber, conviene decir que en distintas partes de este manual se llama la atención acerca de la diferencia entre el *derecho*, como dato o fenómeno que acompaña la vida del hombre en sociedad, y la *ciencia del derecho*, como un determinado saber que desde antiguo los hombres han constituido acerca de ese dato o fenómeno llamado "derecho". El derecho, en cuanto orden normativo de la conducta, constituido preferentemente por normas, es el objeto de conocimiento de un determinado saber llamado "ciencia del derecho". Por su

parte, la ciencia del derecho, en cuanto saber acerca del derecho, constituida por proposiciones normativas, es una actividad de tipo cognoscitivo que se constituye para conocer ese objeto denominado "derecho". Por lo mismo, el derecho es producto de quienes tienen competencia para producirlo por intermedio de las distintas fuentes formales que nos encontramos estudiando, mientras que la ciencia del derecho es producto de la actividad de quienes, sin tener competencia para producir normas jurídicas, hacen de éstas su objeto o materia de estudio.

Por lo mismo, puede decirse que la ciencia del derecho es normativa únicamente en cuanto *versa* o recae sobre normas jurídicas —las que componen un ordenamiento jurídico dado—, mas no en cuanto a que a ella le corresponda *producir* normas de un ordenamiento jurídico determinado.

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

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

En tal sentido, la jurisprudencia es una actividad antigua, cuyos orígenes se vinculan en el derecho romano al primer texto legal escrito —la Ley de las XII Tablas— del siglo V a.C., al que tuvimos oportunidad de referirnos en la parte de las fuentes materiales del derecho.

Pero es recién en el siglo II a.C. cuando encontramos una jurisprudencia romana madura, caracterizada porque la labor de los juristas, si bien centrada sobre los preceptos del derecho,

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

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

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

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

En su segundo significado como saber o conocimiento “jurisprudencia”, especialmente en los países de habla inglesa, designa una rama del saber bien distinta de la ciencia jurídica o

dogmática jurídica. Como señala Alf Ross, en tales países *jurisprudencia* es una palabra que designa una rama del conocimiento jurídico que se distingue de otras por sus problemas, objetivos y métodos. En Europa continental, en cambio, para esa rama del conocimiento se emplean expresiones tales como *filosofía del derecho*, *ciencia general del derecho* o *teoría general del derecho*, expresiones todas con las que se alude a diversos estudios generales acerca del derecho y, en cuanto tales, distintos de los estudios corrientes que se realizan en las Facultades de Derecho —destinados a exponer las normas jurídicas en vigencia en una cierta sociedad y en una época determinada—, aunque tales estudios generales no tienen otro elemento en común que ese, puesto que se refieren a temas muy distintos y que reflejan perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí.

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

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

En *segundo lugar*, “jurisprudencia” es una palabra que se emplea para aludir a una serie de fallos concordantes dictados por los tribunales superiores de justicia en casos o asuntos similares, los cuales permiten establecer el o los criterios que esos tribunales observan uniformemente en presencia de casos similares. Los tribunales inferiores pueden no estar vinculados por los fa-

llos de los tribunales superiores, en nombre de la independencia interna que tiene todo tribunal para resolver los asuntos de su competencia, pero es un hecho que fallos concordantes de los tribunales superiores sobre un determinado asunto van a influir siempre en los criterios y decisiones que adopten los correspondientes tribunales inferiores.

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

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

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

Distinto es el caso del derecho anglosajón, o del sistema del *common law*, que aunque también se sirve de la legislación, llamada en ese derecho *statute law*, es preferentemente un derecho jurisprudencial, esto es, basado en las sentencias dadas por los tribunales, las cuales se configuran como precedentes obligatorios a ser aplicados en los casos futuros de igual índole que puedan promoverse. En este sistema, los tribunales tienen el deber de atenerse a las decisiones anteriores que se hubieren administrado para casos similares o análogos por los mismos tribunales o por otros de mayor jerarquía (*stare decisis*). Se trata, como acostumbra decirse, de un *derecho del caso*, lo cual explica que en los países anglosajones se hable de *case law* y que los estudios de derecho y la práctica de los abogados se concentren antes en el estudio de casos que en el estudio de leyes. En este contexto, por lo mismo, puede entenderse perfectamente la conocida definición que Holmes dio del derecho: "Las profecías acerca de lo que harán los tribunales".

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

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

En los países de Europa continental, especialmente en Francia, luego de la codificación que tuvo lugar a inicios del siglo XIX, la unificación de la jurisprudencia constituyó un objetivo político deliberadamente buscado. A ello colaboró, por ejemplo, la organización de un tribunal de casación más próximo al poder legislativo que al judicial y sujeto al control de aquél y no de éste, que tuvo por función fiscalizar al poder judicial y vigilar la interpretación y aplicación que los jueces hacían de las leyes. Dicho tribunal, que sólo más tarde se incorporó como una función propiamente judicial confiada a la Corte de mayor je-

rarquía, tuvo por finalidad uniformar los criterios de interpretación y aplicación de las leyes por parte de los jueces e impedir que éstos se apartaran de la voluntad que el legislador había impreso o depositado en los textos legales de que era autor.

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

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

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

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

De partida, el derecho, visto como un orden normativo de la conducta humana, no está constituido únicamente por las normas *abstractas* y *generales* de la legislación, las cuales regulan clases de actos o situaciones y extienden su ámbito de validez a todos los sujetos normativos de una comunidad jurídica dada o, cuando menos, a un número indeterminado de éstos. En efecto, hay también normas jurídicas *concretas* y *singulares*—como las que pro-

ducen los jueces por medio de sus fallos o los sujetos de derecho por medio de los actos jurídicos y de los contratos—, las que regulan actos o situaciones perfectamente delimitados y cuya validez se circunscribe, en principio, a los sujetos que hayan intervenido en el acto o en la situación de que se trata. Todavía más: todo ordenamiento jurídico puede ser visto como una estructura escalonada de normas, en cuya parte superior están las normas abstractas y generales de la Constitución y de las leyes, mientras que en la parte inferior se ubican las normas concretas y singulares que producen los jueces por medio de sus fallos.

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

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

En consecuencia, tanto el legislador como el juez *aplican* y *producen* derecho; y no es aceptable el punto de vista tradicional que veía la producción y aplicación del derecho como dos funciones enteramente diferenciadas una de la otra y confiadas a órganos o poderes del Estado distintos. Es efectivo que en el caso del legislador la función de producir derecho parece preponderante respecto de la de aplicarlo, mientras que tratándose de los jueces acontece la situación inversa, pero ello no priva de validez a la afirmación de que ambos órganos concurren tanto a la producción como a la aplicación del derecho.

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

concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido”.

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

Descontado el caso de las lagunas de la ley y los casos en que la propia ley permite al juez varias alternativas de decisión —por ejemplo, aplicar una pena pecuniaria o una privativa de libertad—, en los que el carácter constitutivo de la sentencia que da finalmente el juez parece más evidente, lo cierto es que cada vez que un juez, en aplicación de las normas legales que regulan el caso, adopta en su sentencia una determinada decisión, está introduciendo una norma jurídica individual que estatuye alguna consecuencia jurídica bien específica para determinados individuos, norma individual que, como tal, no existía antes de la sentencia y que es también distinta de las normas generales de la ley que condujeron a su establecimiento.

Por ejemplo, si la ley establece que una falta debe ser castigada con una multa de una a diez Unidades Tributarias, la sentencia que condena a Juan, como responsable de una falta, a pagar una multa de cinco unidades tributarias es claramente constitutiva, puesto que antes de que el juez lo decidiera de ese modo ninguna norma del ordenamiento imponía a Juan la obligación de pagar a beneficio fiscal una cantidad de dinero equivalente a 5 Unidades Tributarias Mensuales. Es más: si la falta estuviera castigada por la ley con una pena única de 10 Unidades Tributarias y el juez aplicare a Juan esa misma y única sanción posible, la sentencia de éste continuaría teniendo un carácter constitutivo, puesto que Juan tiene propiamente la obligación jurídica de pagar esa multa sólo a partir del momento en que el juez lo decidió así, no antes.

En consecuencia, como escribe nuevamente Kelsen, “sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial; el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individua-

les, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa”.

**La jurisprudencia en el derecho chileno.**— El art. 3 del Código Civil declara que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Esta disposición, como es obvio, priva a la jurisprudencia del carácter de fuente formal en los dos primeros significados que tiene la palabra “jurisprudencia” cuando se la asocia a la labor que cumplen los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, ningún tribunal chileno está vinculado a sus fallos anteriores y tampoco lo está a los fallos dictados previamente por los tribunales superiores de justicia.

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

Volviendo ahora al tenor del art. 3 inciso 2º del Código Civil, esta disposición ratifica en cierto modo que la jurisprudencia es fuente formal del derecho. En efecto, al decir esa disposición que las sentencias judiciales “no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, está privando a los fallos judiciales de obligatoriedad jurídica general, pero, a la vez, está admitiendo que respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren las sentencias judiciales sí tienen fuerza obligatoria, lo cual viene a confirmar el carácter normativo o constitutivo que tiene siempre la sentencia judicial respecto del caso que se pronuncia.

#### 4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

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

**Antecedentes históricos, denominaciones más frecuentes y situación actual.**— Si bien los principios generales del derecho, bajo esa misma denominación, o bajo la de “principios jurídicos”, o simplemente “principios”, constituyen una preocupación teórica relativamente reciente, lo cierto es que los antiguos juristas romanos supieron también de los principios, aunque los denominaron “*regulae*” o “*regulae iuris*”. Sólo más tarde esas *regulae* o *regulae iuris* adoptaron la expresión y el nombre de *máximas*. En todo caso, las *regulae iuris* tuvieron un carácter explicativo, no normativo, puesto que se entendía que ellas procedían del derecho y no éste de las *regulae*, y estaban destinadas, por lo mismo, a reflejar el derecho, configurándose antes como recursos técnicos y pedagógicos que daban cuenta del derecho de esa manera breve, formal y atractiva en que se expresan los aforismos y los adagios. Por su parte, la tradición iusnaturalista, especialmente en el siglo XVIII, impuso la palabra “principios”, y es así como ahora sus denominaciones más frecuentes son, precisamente, “principios”, “principios jurídicos” y “principios generales del derecho”.

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

Por otra parte, y establecidas las tres denominaciones ya mencionadas, cabe señalar que la legislación chilena se refiere a los principios jurídicos con las expresiones “espíritu general de la legislación” y “principios de equidad”, cuyos alcances examinaremos más adelante.

Asimismo, más adelante vamos a referirnos a las funciones que cumplen hoy los principios jurídicos, aunque conviene dejar establecido desde ya que la tradición de estos principios muestra un rasgo que subsiste hasta hoy.

Tal rasgo consiste en que los principios generales del derecho nacieron para auxiliar a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la vez que para introducir un control que evitara las decisiones discrecionales de aquellos, operando en los casos de falta de ley que regule el caso a ser decidido; de oscurecimientos o contradicciones en las leyes aplicables al caso y que el juzgador no pudiese despejar valiéndose de los métodos o elementos de interpretación de la ley; e, incluso, en presencia de consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieran derivarse de la aplicación de una ley al caso que el juez debe resolver.

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

Por ello es que las así llamadas “fuentes supletorias” del derecho, entre las cuales se incluye a los principios y a la equidad, suelen ser definidos como aquellas a las que el juez está autorizado a recurrir en presencia de lagunas de la ley, de dificultades de interpretación que no es posible salvar por medio de los elementos tradicionales de interpretación de la ley, y, asimismo —aun cuando esta tercera hipótesis tiene menos aceptación— de efectos injustos o inconvenientes que puedan seguirse de la apli-

cación de una ley a un caso determinado que cae bajo el campo de regulación de aquella. En otras palabras: esas tres anomalías o dificultades de la ley son las que autorizan al juez para recurrir a las fuentes supletorias, y, por lo mismo, son también las tres hipótesis o situaciones en que el ordenamiento jurídico abre paso a los principios generales y a la equidad.

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

#### ¿Son los principios jurídicos una fuente formal del derecho?—

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

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

Existe, pues, una fuerte presencia de los principios en todo ordenamiento jurídico, al margen de los debates acerca de si son principios propiamente jurídicos o de carácter moral; de si forman parte del ordenamiento jurídico o son algo externo a éste; de si están en el derecho o únicamente se refieren al derecho; de si son a fin de cuentas lo mismo que las normas jurídicas o reconocen una existencia aparte de ellas; y —en caso de que se

los estime como algo distinto de las normas— cuáles serían las diferencias que reconocerían con éstas.

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

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

El primer código que reguló los principios generales en el marco de las doctrinas arriba señaladas fue el Código Civil austríaco de 1811, que en su art. 7 dispuso lo siguiente: “Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aun dudoso el caso se decidirá de acuerdo con la circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente sopesadas, según los principios jurídicos naturales”. Algo semejante dispuso el Código Civil portugués de 1867, al establecer que las cuestiones que no pudieran resolverse “por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por los casos análogos previstos en las leyes, se decidirán por los principios de derecho natural, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

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

Tal como se dice, para las doctrinas positivistas la identificación de los principios se consigue merced a un proceso de progresiva abstracción que parte de las normas y procura llegar a los presupuestos lógicos de todo el ordenamiento jurídico, aun-

que este ordenamiento siempre es uno solo, no varios ni todos los ordenamientos. En consecuencia, gracias a ese proceso de abstracción, lo que se establece finalmente no son los principios generales *del derecho*, sino los que acompañan al *determinado ordenamiento jurídico* a partir de cuyas normas e instituciones fue posible inducir y fijar tales principios.

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

Esta concepción fue seguida por el Código Civil italiano de 1942, que estableció que en caso de duda la cuestión litigiosa se resolvería “según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”, frase en la cual la palabra “Estado” remite obviamente al Estado italiano. El Código Civil portugués de 1966, después de dar varias reglas acerca de qué deben hacer los jueces en los casos de lagunas de la ley, dispuso que “a falta de caso análogo, la situación se resuelve según la norma que el propio intérprete dictaría si tuviese que legislar dentro del espíritu del sistema”. Por último, la manera como nuestro Código Civil se refiere a los principios generales del derecho en su art. 24 —llamándolos “espíritu general de la legislación”— es también expresiva de una concepción positivista de los principios generales.

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

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

Una última doctrina sobre los principios generales, llamada *histórico-romanista*, sobre la base de entender que la perfección que alcanzó el derecho romano hizo de éste una suerte de razón natural, debido a la lógica y justicia de sus preceptos y soluciones, propugna que los principios generales no pueden ser

otros que los que el derecho romano nos legó en tal carácter. En palabras de Mans Puigamou, citadas por Antonio Bascuñán, “los auténticos principios del derecho, comprendidos los del derecho histórico y singularmente los del romano, aunque hayan perdido su vigencia, conservan siempre su categoría de principios, y como tales se mantienen inaccesibles ante el implacable devenir de los tiempos y subsisten como ruinas gloriosas de una construcción jurídica insigne”. Algo menos retóricamente, Andrés Bello, citado por Alejandro Guzmán, decía, refiriéndose a las leyes romanas, que “han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón”.

Según esta doctrina, los principios generales provenientes del derecho romano se expresarían en máximas o aforismos jurídicos, como el que dice que *donde la ley no distingue tampoco el hombre debe distinguir*, o el que dice que *al que está permitido lo más está también permitido lo menos*. Sin embargo, no faltan detractores a esta doctrina. Así, en España, Luis Legaz y Lacambra expresaba que la “identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico y no podría sostenerse hoy en serio”, en tanto que De Castro, valiéndose de un lenguaje más fuerte, dice que las máximas heredadas del derecho romano constituyen “expresiones técnicas o recursos pedagógicos y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del derecho”.

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

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

Dice él que en el fútbol hay dos tipos de reglas, las que prohíben y sancionan conductas precisas, como es el caso de la regla del *hand*, según la cual a todos los jugadores, salvo al arquero

dentro del área, les está prohibido tocar intencionalmente la pelota con la mano; y las que prohíben y sancionan una variedad heterogénea de comportamientos que no están definidos en forma precisa, sino por referencia a una pauta amplia en la que caben varios comportamientos. Así ocurre, por ejemplo, con la regla que prohíbe las "jugadas peligrosas", pero que no detalla cuáles son ellas y deja al criterio del árbitro decidir en cada caso cuándo un jugador ha jugado en forma peligrosa y debe ser sancionado.

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

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

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

Carrió dice que él entiende que esa regla no figuraba en el reglamento oficial del fútbol y que fue incorporada a éste bastante tiempo después que los árbitros comenzaran de hecho a aplicarla, de modo que antes de pasar a formar parte de ese reglamento, la regla formó parte de lo que podríamos llamar la "jurisprudencia referil".

Esa regla, en opinión de Carrió, posee cuatro características centrales, a saber, a) versa sobre la aplicación de otras reglas del

juego, concretamente de las *reglas específicas* y de los *standards*; b) se dirige primordialmente a los árbitros, no a los jugadores, lo cual quiere decir que impone un deber a aquéllos, no a éstos; c) sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas específicas y a los *standards*; y d) presenta cierto grado de neutralidad o de indiferencia de contenido, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas muy heterogéneas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una *política* es esa clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad. *Principio*, en el sentido estricto del término, es el patrón que debe ser observado no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. Así —y por dar el mismo ejemplo que propone Dworkin—, "el patrón de que los accidentes automovilísticos han de ser reducidos es una política y el patrón de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos es un principio".

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

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

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

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

Más allá de lo dicho hasta ahora sobre los principios, conviene advertir que la palabra "principios" tiene varios usos en la literatura jurídica. A continuación vamos a indicar los más frecuentes:

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

b) principio como expresión para aludir a una norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy amplias. Por ejemplo, el principio, normativamente consagrado por nuestro Código Civil, de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes;

c) principio como expresión que se emplea para aludir a los valores superiores de un ordenamiento. Por ejemplo, los valores de libertad y de igualdad en la declaración del art. 1 de la Constitución;

d) principio en el sentido de norma programática que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, la declaración constitucional del N° 18 del art. 19, a propósito del derecho a la seguridad social, en orden a que "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas";

e) principio como expresión apropiada para aludir a ciertas generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las normas de un ordenamiento. Por ejemplo, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa y el principio de que no hay responsabilidad penal por hechos ajenos;

f) principios como sinónimo de pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo. Por ejemplo, el principio de no discriminación por motivos raciales;

g) principio en el sentido de norma dirigida a los órganos jurisdiccionales y que regula un aspecto particularmente importante. Por ejemplo, el principio consagrado en el N° 3 del art. 19 de la Constitución que dice que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado; y

h) principio como sinónimo de máxima jurídica que de un modo a la vez económico y general ilustra sobre un tópico jurídico relevante. Por ejemplo, el principio de que la ley posterior deroga a la anterior.

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

a) *políticas* y *principios* en sentido estricto, de acuerdo a la distinción que Dworkin hace sobre el particular;

b) principios dirigidos a guiar la conducta de los *sujetos normativos* en general y principios dirigidos a guiar el ejercicio de *poderes normativos* públicos vinculados a las producción y aplicación del derecho, en especial de los órganos jurisdiccionales;

c) principios *explícitos*, para aludir a aquellos formulados expresamente en un ordenamiento jurídico, y principios *implícitos*, para aludir a los que pueden ser fijados a partir de las normas de un ordenamiento; y

d) principios *inexpresos pero implícitos* y *principios totalmente inexpresos*, entendiendo por los primeros aquellos que pueden inducirse a partir de una o más normas del ordenamiento, y por los segundos aquellos que se procura deducir del sistema jurídico en su conjunto, de la naturaleza de la cosa, de la Constitución en sentido material, etc.

En cuanto a los principios explícitos e implícitos, hay que convenir en que los primeros no ofrecen mayores dificultades, puesto que tienen una base de sustentación clara en alguna disposición constitucional o legislativa, mientras que los segundos se relacionan con el procedimiento de analogía que estudiaremos en el capítulo V.

En cuanto a los principios totalmente inexpresos, y en la medida que se obtienen no a partir de disposiciones normativas del ordenamiento, sino de doctrinas morales o políticas que se supone subyacen e informan al ordenamiento, constituyen lo que también se denomina "principios extrasistemáticos". La idea que Dworkin tiene de los principios se relaciona precisamente con esta concepción, aunque no faltan autores que los califican de "normas apócrifas", esto es, normas que son el fruto de una actividad creadora, a las que se presenta, sin embargo, como si fueran obra del legislador.

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

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

De partida, las reglas jurídicas —dice Dworkin— son aplicables a la manera "todo o nada", con lo cual quiere decir que si se

dan los hechos estipulados por una regla, puedan seguirse dos situaciones: o bien la regla es válida, en cuyo caso no queda más que aceptar la solución anticipada por la norma, o bien no es válida y en nada puede ella contribuir a la decisión. Tal es lo que acontece, por ejemplo, con la regla que estableciera que para que valga un testamento tiene que ser firmado por tres testigos, puesto que "si la exigencia de tres testigos es una regla jurídica válida, entonces no puede ser que un testamento sea firmado por sólo dos testigos y sea válido".

Los principios, sin embargo, no operan de ese modo, puesto que ni aun aquellos que presentan mayor semejanza con las reglas establecen consecuencias que se sigan automáticamente cuando se dan ciertas condiciones.

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

Retomando las expresiones de Dworkin, los principios, a diferencia de las reglas, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente. De este modo, en el derecho norteamericano puede darse por establecido el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos, aun-

que con esto no se quiere decir que el derecho nunca permita que alguien se beneficie de los actos ilícitos en que incurra. Así lo demuestran, por ejemplo, los ejemplos siguientes: el de la prescripción adquisitiva, en virtud del cual un sujeto que pasa regularmente por la propiedad de otro puede adquirir el derecho a hacerlo, reclamando a partir de ese hecho la correspondiente servidumbre de tránsito; lo mismo, si una persona abandona su empleo para tomar otro mejor remunerado, infringiendo así los términos de su contrato de trabajo, quizás tenga que indemnizar a su primer empleador, pero tiene derecho a conservar su nuevo empleo y su nueva remuneración; también, si un sujeto, sin acatar los términos de su libertad bajo fianza, se desplaza a otro estado para hacer una muy buena inversión, puede ser regresado a prisión, pero retendrá las ganancias de su inversión.

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

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

Por otra parte, existen partidarios de una separación *débil* entre principios y reglas. Estos sostienen que existen diferencias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Los principios en el ordenamiento jurídico nacional.**— El estatuto acordado a los principios en el ordenamiento jurídico es más

modesto en el derecho civil y más relevante en el caso del derecho procesal.

En cuanto al derecho civil, el art. 24 del Código respectivo autoriza valerse de los principios sólo para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de la legislación, y, todavía, únicamente cuando en la interpretación de una ley no se ha tenido éxito con la utilización de las reglas de interpretación que se encuentran establecidas en las cinco disposiciones previas al art. 24.

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

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

En cambio, nuestra legislación procesal autoriza recurrir a los principios para integrar la ley, según aparece, implícitamente, del principio de inexcusabilidad que se consagra en esa misma legislación e, incluso, en la propia normativa constitucional.

A mayor abundamiento, el art. 175 del Código de Procedimiento Civil, al establecer los requisitos de las sentencias definitivas que dictan los jueces, establece que ellas deben contener la enunciación de las leyes conforme a las cuales se pronuncia el fallo o, en su defecto, los "principios de equidad" con arreglo al cual se ha fallado.

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

## 5. LA EQUIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

Como escribe por su parte Tomás de Aquino, comentando precisamente el pasaje que Aristóteles dedica a la equidad en su *Ética a Nicómaco*, toda ley "se da universalmente, porque, en efecto, las cosas particulares son infinitas, no pueden ser abarcadas por el entendimiento humano, de manera que se pueda dar una ley para cada uno de los particulares. Por lo tanto, es preciso que la ley se dé universalmente. Pero en ciertos casos no es posible que se diga algo que sea universalmente verdadero, como en las contingentes, en las que, aunque algo sea verdad en la mayoría de los casos, en algunos pocos, sin embargo, no lo es. Y tales son los hechos humanos, sobre los cuales se dan las leyes. En estos hechos es necesario que el legislador hable universalmente por razón de la imposibilidad de abarcar los casos particulares, y, sin embargo, tampoco es posible que en todos ellos se comporte rectamente lo que se dice, en virtud de que falla en algunos pocos casos". Y concluye: "para dirigir las acciones particulares están ya los preceptos concretos de los hombres prudentes, mientras que la ley, como ya hemos dicho, es un precepto necesario y común".

Así, en el ejemplo que brinda el propio Tomás de Aquino, que el que recibió de otro una cosa en depósito deba devolverla cuando aquel que la entregó la requiera, es un acto justo según la ley, puesto que la ley, al regular el contrato de depósito, establece como obligación del depositario devolver la cosa depositada al depositante cuando este último la requiera. Además de tratarse de un acto justo según la ley, dicho acto no produci-