

EL DERECHO Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO¹

Sumario: 1.- Necesidad de regular la conducta humana. 1.1. Necesidad del Derecho y del Ordenamiento Jurídico. 1.2. Distintas clases de normas. 2.- El Derecho. 2.1. Aceptaciones y posible origen de la palabra Derecho. 2.2. Derecho positivo y Derecho natural. 2.3. Derecho y moral. 2.4. Fundamento y fines del Derecho. 2.5. Derecho y justicia. 3.- El ordenamiento jurídico. 3.1. Concepto de ordenamiento jurídico. 3.2. Contenido del ordenamiento jurídico. 3.3. Características del ordenamiento jurídico. 3.4. Fuentes del ordenamiento jurídico. 4.- Definición y fines de la norma jurídica. 4.1. Definición de norma jurídica. 4.2. Fines de la norma jurídica. 5.- Naturaleza y estructura de la norma jurídica. 5.1. Naturaleza de la norma jurídica. 5.2. Estructura de la norma jurídica. 6.- Características de la norma jurídica. 6.1. Es racional y justa. 6.2. Es heterónoma. 6.3. Es imperativa. 6.4. Es bilateral. 6.5. Es general. 6.6. Es abstracta e hipotética. 6.7. Es coactiva y coercible. 6.8. Está sujeto a sanción su incumplimiento. 6.9. Carácter "estadual" o "estatalidad" de las normas jurídicas positivas. 7.- Elementos de la norma jurídica. 7.1. Elemento subjetivo. 7.2. Elemento objetivo. 7.3. Relación jurídica. 7.4. Consecuencia jurídica. 7.5. Finalidad. 8.- Clasificación de las normas jurídicas. 8.1. De Derecho público y de Derecho privado. 8.2. De orden público y de orden privado. 8.3. Interpretativas, declarativas o explicativas y supletorias o integradoras. 8.4. Reguladoras, completas o autónomas y de aplicación, de reenvío o incompletas. 8.5. De Derecho común y de Derecho excepcional. 8.6. De Derecho común y de Derecho especial. 8.7. De Derecho general y de Derecho especial. 8.8. De Derecho permanente y de Derecho transitorio. 8.9. De carácter rígido y de carácter flexible. 9.- La costumbre. 9.1. Concepto. 9.2. Elementos de la costumbre. 9.3. Diferencias entre la ley y la costumbre. 9.4. Distinción entre usos y costumbres. 9.5. Caracteres de la costumbre. 9.6. Clasificación de la costumbre. 9.7. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre. 9.8. Prueba de la costumbre. 9.9. Diferencias entre la costumbre civil y la mercantil. 10.- La jurisprudencia. 10.1. Concepto. 10.2. Valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. 11.- El Estado de Derecho. 11.1. Concepto de Estado de Derecho. 11.2. Origen y evolución de la noción de Estado de Derecho en la época previa al constitucionalismo moderno. 11.3. El Estado de Derecho en la época previa a la del constitucionalismo moderno. 11.4. El Estado de Derecho en el siglo XIX. 11.5. El "Estado legalista" del siglo XX. 11.6. Elementos del Estado de Derecho en las normas internacionales promovidas después de la Segunda Guerra Mundial. 11.7. Algunos planteamientos acerca del Estado de Derecho en la doctrina nacional. 11.8. Tensión entre el Estado de Derecho y la actividad judicial. Bibliografía. Cuestionario.

1. Necesidad de regular la conducta humana.

1.1. Necesidad del Derecho y del Ordenamiento Jurídico.

Imaginemos por un instante, un mundo en el que no exista el Derecho. Uno en el que, ausente de normas que regulen el comportamiento de los individuos, prevalezca la fuerza bruta y en el que los ofendidos y más débiles carezcan de la posibilidad de recurrir a una instancia que les depare reparación y justicia. Así probablemente ocurrió, en los albores de la humanidad. No perdamos de vista que somos los descendientes evolucionados de un homínido, el llamado "hombre de Cromagnon", que, al salir de las selvas ecuatoriales africanas, desarrolló y potenció al máximo su instinto para la agresión, imprescindible para sobrevivir en un medio extremadamente hostil. En

¹ Fecha de la última modificación: 12 de febrero de 2026.

palabras de Robert Ardrey, un etólogo eminente, "Si entre todos los miembros de la familia de los primates el ser humano es único, aun en sus más nobles aspiraciones, ello es porque sólo nosotros, a través de incontables millones de años, nos vimos continuamente obligados a matar para sobrevivir".²

Pero si los seres humanos sólo nos explicáramos por nuestra innata pulsión a la agresión, probablemente nos habríamos extinguido como especie hace miles de años. Junto con dicho instinto, poseemos una cualidad que nos distingue de las restantes especies: nuestra capacidad para la bondad y para aprender. Somos seres paradójales, en los que coexisten tendencias negativas y positivas, en permanente tensión. Capaces de los actos más ruines y de los hechos más excelsos.

Nuevamente, recurrimos a Ardrey: "El hombre como especie es demasiado antiguo, demasiado variado, y como animal, demasiado complejo para someterlo a la comprensión individual. Nunca podremos siquiera penetrar en el misterio, si no aceptamos al hombre como una paradoja. ¿En qué consiste el ser humano? Podemos decir: en poseer una capacidad para el aprendizaje mayor que cualquier animal. Pero debemos añadir, si no hemos de ignorar nuestra historia, que también se niega con frecuencia a aprender de la experiencia en un grado que avergonzaría a un babuino. Podemos inspeccionar nuestra excepcional previsión humana, que sería la envidia de cualquier mono, y sin embargo asombrarnos. ¿Dónde estuvo esa previsión en vísperas de nuestras empresas más suicidas? ¿No habría actuado el mono más sensatamente? Clásica es nuestra osadía, clásica nuestra cobardía. Clásica es nuestra crueldad, clásica nuestra caridad. Ningún inventario humano puede dejar de incluir nuestra propensión al asesinato premeditado y organizado de nuestros semejantes, pero tampoco puede dejar de observar que un ejército es un modelo de cooperación y autosacrificio, o que ninguna otra especie cuida tan atenta y tiernamente a sus heridos, aun enemigos. La compasión y la clemencia están profundamente arraigadas en nuestra naturaleza, quizá tan profundamente como nuestra insensibilidad e indiferencia".³

De esta forma, felizmente para la especie humana, una vez que ésta alcanzó, aunque en forma incipiente algún grado de civilización, surgió la necesidad de regular la convivencia de los individuos que formaban los clanes familiares y luego los primeros asentamientos que más tarde conformarían aldeas, tribus, pueblos y mucho después ciudades. Dicha regulación, devino entonces como algo esencial para la subsistencia y la prosperidad de las personas que vivían en comunidad.

Más tarde, el Derecho se visualizó también como un medio para mejorar a las personas. Para refrenar en ellas el impulso atávico a la agresión y egoísmo y fomentar por el contrario un espíritu filantrópico y colaborativo.

En lo que concierne a nuestro ámbito cultural, que se denomina "cristiano occidental", es insoslayable aludir a la importancia de los más ilustres filósofos griegos, luego a los juristas romanos y más tarde a los pensadores medievales. Todos ellos, en el decurso de la Historia, fueron exponiendo un entramado de ideas que hasta nuestros días sirven de fundamento para nuestra visión del mundo y de la vida humana. Parte de tales ideas, por cierto, son aquellas que se referían a la ley, como en los tiempos primitivos se aludía al *Derecho*. Así, Solón (640 a.C. – 558 a.C.) aparece como el paradigma del legislador de la antigüedad. En el 594 a.C., es elegido *arconte epónimo*, "con la finalidad de introducir importantes reformas que disminuyeran los contrastes sociales e integrara a todos los atenienses en la participación ciudadana. Al terminar su período, el 592, las reformas eran vastas, profundas y perdurables".⁴ Seguidamente, debemos recordar a Sócrates (469 a.C. – 399 a.C.), cuyo pensamiento se conoce por la

² Ardrey, Robert (1983), *La evolución del hombre. La hipótesis del cazador*, Madrid, Alianza Editorial, 3ª edición, p. 18.

³ Ardrey, Robert (1983), ob. cit. pp. 13 y 14.

⁴ Williams Benavente, Jaime (2021a), *Filosofía del Derecho. Sus fundamentos griegos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, tomo I, 2ª edición, p. 60.

obra de su discípulo Platón. En “La República”, el diálogo escrito por el último, Sócrates le hace ver a Trasímaco –citamos el relato del profesor Jaime Williams– que “la ley es necesaria para mantener la vida asociada. Sin ella sería el caos y reinaría la fuerza que perjudica tanto a gobernantes como a gobernados. La ley es justa porque estructuralmente su alcance es general: vincula a todos los que se encuentran en la misma situación. Sólo así trata de igual manera a quienes se encuentran en situaciones iguales y, además, sólo a través de esa generalidad ella puede procurar el bien común o interés general del cuerpo político. El deber de obediencia a la ley se funda, pues, en la justicia”. Luego, ante la pregunta de Hipias acerca de qué es la justicia, responde Sócrates: “yo digo que lo que es legal es justo ... y que quien obedece a las leyes del Estado obra justamente, quien las desobedece, injustamente”. Dichas leyes no son sólo las positivas, sino que también las divinas y no escritas que rigen en todo lugar (que hoy llamamos Derecho natural). Así, “De no acatar la ley se provoca un daño al cuerpo político y, por consiguiente, al propio sujeto, puesto que vive y se desenvuelve dentro de él; sin perjuicio que con tal desobediencia pueda lesionar a otros indirectamente. Por estas razones no hay que hacer prevalecer los intereses personales, le dice a Hipias. Violar la ley es un acto injusto; y aunque se llegara al convencimiento de que una determinada ley es injusta, es ‘preferible padecer injusticia que cometerla’, advierte”.⁵ A tal extremo llegó Sócrates a ser consecuente con sus palabras, que no obstante la injusta condena a muerte que se le impuso, no intentó eludirla, a pesar de los ruegos de sus discípulos para huir de Atenas.⁶ El sacrificio de Sócrates puede parecernos, en nuestro tiempo, innecesario, y que mejor habría hecho en rebelarse contra la inicua decisión que lo condenó. Pero el irrestricto cumplimiento de la ley que él proclama, debe entenderse como la única alternativa a la justicia “privada”, o, lo que es lo mismo, a que, a falta de ley, la violencia se desatare entre los hombres y finalmente prevalecieran los más fuertes. Después de Sócrates, vendrá Platón (427 a.C. – 347 a.C.), su discípulo más aventajado, fundador de la “Academia” (por el año 387. A.C.), cuyo nombre se debe al monte Academos, donde se instaló. En congruencia con las ideas de Sócrates, el Derecho para Platón “Es la ley, cuyo fin es precisar tareas o deberes sociales de cada estamento y de los integrantes de cada uno, en particular. Esta labor de la ley es educativa primordialmente. Ha de formar hábitos ciudadanos que privilegien siempre el bien de la *polis* por sobre el bien individual. Hábitos de sacrificio, ciertamente. (...) La desobediencia de la ley causa daño social por lo que se deben prever severos castigos por su quebrantamiento. Compete sólo al legislador alterar leyes y costumbres cuando lo juzgue conveniente por razones de justicia y bien común (...). La ‘soberanía de la ley’ es, pues, fundamental. Este concepto ya lo encontramos en Solón y no es un hallazgo de Platón. Significa que la ley ha de obligar por igual a gobernantes y gobernados, sin excepción alguna. Para Solón el verdadero gobernante es la ley”.⁷ Pero Platón advierte que la ley ha de fundarse en la “recta razón” del gobernante (*logos orthós*) y de esta manera “persuadir” a los gobernados, convenciéndolos de sus bondades. A tal fin, debe destinarse el preámbulo de cada ley.⁸ A la muerte de Platón, recogerá la “posta” o “testimonio” su más brillante discípulo, Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), que en el 367 a.C. se había incorporado a la Academia y a quien le correspondió educar al macedonio que sería Alejandro El Grande. Con Aristóteles, se avanza de la noción de Derecho identificado con la ley (Solón y Sócrates) y de la ley fundada en la recta razón (Platón), para ir más lejos, afirmando el primero que “las leyes no son el Derecho. No lo concibe como la ley (sea positiva o natural, escrita o consuetudinaria) ni como sistema de normas

⁵ Williams Benavente, Jaime (2021a), ob. cit., Tomo I, p. 208.

⁶ Dicho sea de paso, no toda ley acordada por el pueblo es ciertamente justa, como lo prueba aquella que condenó a Sócrates, acordada por 301 contra 200 votos.

⁷ Williams Benavente, Jaime (2021b), *Filosofía del Derecho. Sus fundamentos griegos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, tomo II, 2ª edición, pp. 57 y 58.

⁸ Williams Benavente, Jaime (2021b), ob. cit., Tomo II, p. 58.

legales. El Derecho es 'lo justo', entendiendo por tal la cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto respecto de otro (...). Es claro que el Derecho se relaciona con la ley pero no es la ley, se relaciona con la justicia pero tampoco es la justicia. Es el acto justo (...). Si la naturaleza misma de las cosas brinda el criterio justo, estamos en presencia de 'lo justo natural', *dikaion physei*; si, en cambio, la ley lo indica, estamos en presencia de 'lo justo legal', llamado *dikaion nomikon*, porque así lo establece la norma positiva, y como ello ocurre en una polis también lo llama *politikón dikaion*. Ahora bien, Aristóteles ha tomado de la sofística la distinción entre 'justo legal' y 'justo natural', pero no comparte las razones de Gorgias y Trasímaco que afirman que 'justo natural' es 'el derecho del más fuerte' ni tampoco de Ripias que lo concibe como 'ley de la razón' que iguala a todos los hombres. En efecto, Aristóteles afirma: 'La justicia política se divide en natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza, (...) y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo (...). Agrega que lo 'justo por naturaleza permanece constante en la mayoría de los casos'. Sobre estas distinciones vuelve más adelante y distingue el *nómos ídios* (ley propia de un pueblo) y el *nómos koinós* (ley común a todos los pueblos). Es que a su juicio 'existe un justo e injusto común por naturaleza que todos reconocen, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros. Es lo que, por ejemplo, aparece proclamando la Antígona de Sófocles cuando afirma que es justo dar sepultura a Polinice, puesto que ello es naturalmente justo".⁹

Estos postulados constituyen el origen del Derecho natural. Aristóteles exige la soberanía o supremacía de la ley "tanto sobre gobernados como sobre gobernantes. Tal soberanía legal brinda igualdad de tratamiento o *isonomía*, lo que es exigencia de justicia: quienes están en igualdad de condiciones han de ser tratados de igual manera. Así, ella es medio para asegurar el interés común, y por lo mismo, necesita ser 'una ordenación de la razón'. Su relación con el Derecho se da cada vez que dispone aquello que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto frente a otro sujeto".¹⁰

Vendrá después Zenón y sus postulados estoicos, y luego los grandes abogados y juristas de la República romana –como Cicerón– y del Imperio, como Ulpiano, Paulo, Gallo, Papiniano y otros y filósofos como Séneca, Epícteto y el emperador Marco Aurelio.

Esta secuencia virtuosa de Solón, Sócrates, Platón, Aristóteles, Zenón, los juristas de la República y del Imperio Romano y posteriormente, ya en los siglos medievales, los escolásticos –con su figura cumbre, Santo Tomás de Aquino–, sentará los fundamentos de lo que hoy conocemos como cultura cristiano-occidental, a partir de los cuales se concibe el ordenamiento jurídico que nos rige.

Unos párrafos escritos por Tomás Magistro, a fines del siglo XIII, nos parece que expresan muy bien estas ideas formuladas por los grandes filósofos y juristas de la antigüedad y de la Edad Media: "Todos reconocemos el derecho como general benefactor, salvador, guardián de nuestras vidas, etcétera, porque elimina el vicio y fomenta la virtud, y porque hace pensar a los hombres que deben honrar la virtud y castigar a los malhechores". Luego, resalta que el Derecho debe basarse en el conocimiento, es decir, en la racionalidad, lo que nos convierte en mejores personas: "... las leyes fueron originalmente promulgadas y en general siguen siendo sustentadas por el conocimiento (...) y el conocimiento es la más peculiar, la más beneficiosa y la más valiosa de todas las cosas para los hombres, simplemente porque, además de sus otros beneficios, eleva a los hombres por encima de la categoría de hombres".¹¹

A propósito de la apelación hecha al conocimiento, al cultivo de la razón, es interesante destacar la influencia de la Escuela Estoica de Zenón¹² sobre los más

⁹ Williams Benavente, Jaime (2021b), ob. cit., Tomo II, pp. 124 y 125.

¹⁰ Williams Benavente, Jaime (2021b), ob. cit., Tomo II, p. 126.

¹¹ Magistro, Tomás, *Sobre el deber de un Rey*, citado por Herrin, Judith (2009), *Bizancio. El imperio que hizo posible la Europa Moderna*, Barcelona, Debate, pp. 115 y 125.

¹² Zenón de Citio (Chipre, entonces colonia griega), nació alrededor del 336 a.C., alcanzando una avanzada

importantes juristas romanos: "Casi todos los profesores de Derecho, cuyas opiniones poseían gran autoridad, y la mayoría de los que compusieron tratados dogmáticos sobre el Derecho o lo enseñaban públicamente en Roma, pertenecían a la escuela de Zenón (...). Los romanos querían que el derecho se basase no en la costumbre sino en la razón".¹³ Precisamente, como señala Aníbal Bascuñán Valdés, Zenón "retoma y sistematiza notablemente tres puntos fundamentales de la filosofía griega: 1º, la afirmación de una libertad moral; 2º, la existencia de una ley natural; y 3º, la formación de una sociedad universal. En cuanto al primer punto, el hombre debe 'vivir conforme a la naturaleza', o sea a la razón, la cual ordena ante todo ser virtuoso. Una de las virtudes fundamentales es la justicia, que se les muestra de fundamento natural y racional, por ende absoluta y universal, independiente de todo pacto o convención. Respecto del segundo punto, la razón, como fuerza universal que penetra todo el Cosmos, es considerada por los estoicos como la base del Derecho y la Justicia; es un derecho natural universalmente válido, de acuerdo con el cual todos los hombres son libres e iguales, condición que sólo logran en realidad algunos hombres superiores".¹⁴

En efecto, "la influencia del estoicismo sobre el derecho fue muy profunda. Estoicos fueron muchos de los romanos más cultos y reflexivos, y muchos fueron también jurisconsultos. El 'derecho civil' romano, o sea, el derecho aplicado entre los ciudadanos, se había ido ampliando gradualmente a medida que los romanos entraban en contacto con otras naciones que tenían sistemas jurídicos y costumbres propios. Las semejanzas que se observaban hicieron pensar que quizá existiese una base común de ideas comunes, sobre la que podría establecerse un sistema jurídico más amplio. De aquí surgió la idea de un 'derecho de gentes'. Pero los estoicos tenían una idea más amplia todavía. Su ideal consistía en 'vivir conforme a la Naturaleza', y la Naturaleza tenía un código de leyes que el filósofo podía vislumbrar ... Se pensó que el 'derecho natural' podría algún día restaurarse, pero entretanto el 'derecho de gentes' era una vaga réplica de aquél. Y así los jurisconsultos y los emperadores estoicos, con su interpretación de la ley, más bien que con nuevos estatutos, procuraron que el derecho se acercase cada vez más a lo que ellos concebían que era 'el derecho natural'. Así dio comienzo la larga historia de la idea de un 'derecho natural' en el pensamiento europeo".¹⁵

Los juristas romanos reconocerán de esta manera un orden jurídico que dimana de la naturaleza humana y que, por ende, en cuanto tal, es universal, y que ha de fundarse en la razón: "El concepto de una ley, de un derecho natural, común a todos los hombres, fundado en la naturalis ratio (razón natural) ínsita en el orden de las cosas y superior al arbitrio humano, deviene familiar a los juristas romanos. Este derecho natural es innato, inmutable frente a la acción de los hombres (*'ius naturale est id quod semper bonum et aequum est'*);¹⁶ y Ulpiano va aún más allá: "Derecho Natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no sólo es propio del género humano".¹⁷

edad para la época, pues se estima que murió después de los 70 años (posiblemente en el 264 a.C.). Fundó en Atenas, hacia el 301 a.C., la Escuela filosófica Estoica, así llamada porque Zenón impartía sus enseñanzas en un pórtico de la ciudad, *stoikós*, que deriva de *stoá*, que significa precisamente "pórtico". Postulaba el dominio de las pasiones por la virtud y la razón. Tuvo gran influencia entre los individuos más cultos del Imperio romano. Lucio Anneo Séneca (4 a.C., Córdoba, Hispania, 65 d.C., Roma), fue uno de los máximos exponentes de esta Escuela.

¹³ Malleros K., Fotios (1987), *El Imperio Bizantino. 395-1204*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Bizantinos y Neohelénicos, Facultad de Filosofía y Educación, Universidad de Chile, p. 110.

¹⁴ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), *Historia del Derecho (Notas para el Curso de 1948)*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, p. 48.

¹⁵ Barrow, R. H. (1980), *Los Romanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, p. 166.

¹⁶ "La ley natural es lo que siempre es bueno y justo".

¹⁷ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 50.

Cicerón (106 a.C. – 43 a.C.), en “La República”, dirá que el verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza. Es de aplicación universal, inmutable y eterna. Llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones.¹⁸ En efecto, como expresa Guillermo A. Borda, “Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndese por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal. Este concepto fue muy bien expresado por CICERÓN, en su Tratado de República: ‘Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterarla por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y, por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres”.¹⁹

El mismo Cicerón, en *De Legibus* (Las Leyes), dirá que la ley es la suma razón ínsita en la naturaleza, que manda aquellas cosas que han de ser hechas y prohíbe las contrarias. Agrega que aquella misma razón, cuando ha sido confirmada y confeccionada en la mente humana, es la ley. El Derecho tiene pues su origen en aquella ley suma que nació para todos los siglos antes de que la ley se escribiera. La raíz del Derecho está en la naturaleza humana. Hay, pues, un Derecho universal, del que debe deducirse por medio de la razón la ley. Tal *universi iuris* es anterior y superior al Derecho de la ciudad, es decir al Derecho civil, que deriva del primero: “Ático: Reputas, pues, que la ciencia del derecho ha de ser bebida, no en el edicto del pretor, como los más ahora, ni en las *Doce Tablas*, como los antepasados, sino enteramente de lo íntimo de la filosofía. Marco: (...) para nosotros, en esta disputa, ha de ser abrazada toda la causa del derecho universal y de las leyes, de tal modo, que éste, que decimos *civil*, sea encerrado en un pequeño y angosto lugar de la naturaleza. Porque, para nosotros, ha de ser explicada la naturaleza del derecho, y ella ha de ser sacada de la naturaleza del hombre; han de ser consideradas las leyes por las que las ciudades deben ser regidas; después, han de ser tratados esos derechos y mandatos de los pueblos, entre los cuales no estarán ocultos, ciertamente, los de nuestro pueblo, que se llaman *derechos civiles*”.²⁰

Surge así el Derecho como algo esencial para la pervivencia y progreso de la especie humana y cuyos fundamentos, además, se encuentran en la razón y en el conocimiento humano.

Cuando situamos en el tiempo y en el espacio el Derecho, aplicable por ende a una comunidad humana determinada, nos referimos a él, en su expresión normativa, como “Ordenamiento Jurídico”. De esta manera, el Ordenamiento Jurídico deviene como la concreción histórica, es decir, en un momento y en un lugar determinados, del Derecho.

Sin embargo, es necesario advertir que no todas las normas aplicables a los seres humanos destinadas a regir su conducta son jurídicas. Hay otras que no pertenecen al ámbito del Derecho, aunque en algunos casos se relacionan con él. En el punto que sigue nos referiremos a las distintas clases de normas.

¹⁸ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 52.

¹⁹ Borda, Guillermo A. (2007), *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, 12ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N.º 8, p. 18.

²⁰ Cicerón, Marco Tulio, *De Legibus*, V, 17.

Asimismo, también es relevante tener presente que, junto con las *normas de conducta*, operan las *leyes de la naturaleza*. Las primeras rigen a los hombres en sociedad. Las segundas explican los fenómenos que ocurren en la naturaleza. Como expresa Squella, siguiendo a Karl Popper, “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*”. En este distingo entre las leyes de la naturaleza y las normas de conducta, cabe visualizar dos principios, como son el de causalidad y el 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 evaporación del agua). [...] En cambio, las normas prescriben determinados comportamientos que las personas deben observar en ciertas circunstancias y prevén 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”.²¹

1.2. Distintas clases de normas.

Es posible distinguir cuatro tipos de normas a las que nos encontramos sujetos los seres humanos: normas religiosas, morales, de trato social y jurídicas.

¿Cuál es el núcleo común de todas ellas? Squella señala que “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”.²²

Es relevante también considerar que la palabra “norma” deriva del griego “gnomon”, que significa “ángulo recto formado por dos piezas de madera unidas que servía como instrumento de medición”, y de ahí al latín “norma”, alusiva a una “escuadra”, nociones de la que siguió “regla o modelo”.²³

²¹ Squella Narducci, Agustín (2004), *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 22-24.

²² Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 36 y 37.

²³ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 36.

El Diccionario de la Lengua Española define la norma, por ende, como "Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc.", y también como "Precepto jurídico".

Seguidamente, aludiremos a las normas religiosas y a las de trato social, para referirnos más adelante a las normas morales y a las normas jurídicas.

a) Normas religiosas.

i.- Ideas generales.

Desde los tiempos más primitivos los seres humanos han buscado explicaciones de índole metafísico a los grandes temas que marcan su existencia, como son la vida, la muerte y lo que puede ocurrir después de ésta, así como a los fenómenos de la naturaleza que los circunda. Esta búsqueda "ha dado lugar a lo que se denomina *Religión* y que puede conceptualizarse como *un sistema de creencias y de prácticas en relación con Dios*".²⁴

En todo fenómeno religioso, "puede distinguirse por una parte, un sistema de verdades en las que se cree (Fe), y, por la otra, todo un conjunto de prácticas en relación con Dios (normas religiosas). Ambos aspectos están estrechamente unidos y tan ligados van los segundos al primero, que de variar éste variarían las normas religiosas, ya que éstas no son sino expresión práctica de aquello en que se cree".²⁵

Es relevante también señalar que, en las primeras épocas de la historia, las normas religiosas se confundían con las normas jurídicas y que los intérpretes que determinaban su sentido y alcance eran los sacerdotes.

Aún más, entre los pueblos indoeuropeos de los que descienden griegos y romanos, la *religión doméstica* es la que origina y mantiene cohesionada a la familia. En palabras de Fustel de Coulanges, "Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados. Ella hace que la familia forme un cuerpo en esta vida y en la otra. La familia es una asociación religiosa más que una asociación natural. [...]. Sin duda, la religión no ha creado la familia, pero seguramente es ella quien le ha dado sus reglas, y de ahí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente de la que hubiere tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubiesen fundado".²⁶

ii.- Concepto.

Williams y Dougnac definen la norma religiosa como "aquella prescripción de conducta humana cuya finalidad última es posibilitar la *santidad* del hombre. En otras palabras, ella plantea las exigencias que el hombre ha de cumplir para agradar a Dios (hacer su voluntad) y así alcanzar la eterna bienaventuranza".²⁷

iii.- Características.

Según Williams y Dougnac, presentan las normas religiosas las siguientes características:

- i) Tienen por *finalidad* alcanzar la santidad, es decir, que el sujeto se aproxime a Dios, logrando con ello la vida eterna.
- ii) Su *origen* es la razón de Dios que las impone. Tienen por lo tanto un carácter heterónomo, aunque su cumplimiento queda entregado a la voluntad del creyente y en este sentido son autónomas.
- iii) Tienen un *ámbito de vigencia* absoluto, pues pretenden tener un carácter atemporal y universal, es decir, regir siempre y en todo lugar.

²⁴ Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), *Introducción a la vida cívica*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, p. 38.

²⁵ Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), ob. cit., p. 38.

²⁶ Fustel de Coulanges (1979), *La ciudad Antigua*, Barcelona, Editorial Iberia S. A., pp. 54 y 55.

²⁷ Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), ob. cit., p. 39.

- iv) Tienen un carácter *unilateral*, pues imponen deberes, pero no facultan a otro para exigir su cumplimiento.
- v) Tienen un carácter *interno*, pues lo que interesa a la religión es la intención con la cual el sujeto ejecuta el acto, no siendo suficiente el cumplimiento de las ritualidades o prácticas externas del rito. Es indispensable que el sujeto las cumpla en conciencia.
- vi) Son *incoercibles*, esto es, no admiten legítimamente la aplicación de la fuerza física en caso de incumplimiento. Para que el acto tenga valor religioso debe ser realizado libremente por el sujeto pues nace de su más íntima conciencia.
- vii) Su *sanción* es más bien interna y sobrenatural: el dolor o aflicción por haber ofendido a Dios y en último término la pérdida de la posibilidad de alcanzar la santidad, esto es, la condenación eterna.²⁸

b) Las normas de trato social.

i.- Ideas generales.

Como expresa Borda, "La conducta humana no sólo está reglada por la Moral y el Derecho, sino también por normas de trato social, llamadas, asimismo, simples usos o reglas de decoro. Se trata de un conjunto numerosísimo y abigarrado de normas que atañen a los buenos modales, la cortesía, el tacto social, a la moda en los vestidos y en el trato".²⁹

Se diferencian las normas de trato social con las normas morales en que las primeras rigen la conducta externa de los individuos, mientras que las segundas operan en la conciencia de cada uno de ellos.

A su vez, las reglas de trato social tienen en común con las normas jurídicas su carácter heterónomo, pues ambas clases de normas le son impuestas al individuo por una autoridad externa, pero se diferencian en cuanto a dicha autoridad, pues en las normas de trato social corresponde a la familia, primero, al círculo social más cercano después y luego a la sociedad toda, mientras que en las normas jurídicas esa autoridad es el Estado, dotado de *imperium*.³⁰

De lo anterior se desprende otra diferencia fundamental: "el que infringe una regla de simple trato se expone a sanciones de su medio o de su círculo, que a veces son dolorosísimas, pero que como en el caso de las sanciones morales, pueden cumplirse o no, dependiendo su eficacia, más que todo, de la sensibilidad con que reaccione ante ellas el individuo. En cambio, la coactividad jurídica [...], tiende al cumplimiento inexorable de la ley, llegando si es necesario, a la compulsión física para lograr ese objeto".³¹

ii.- Definición.

"Son prescripciones de conducta de carácter general aprobadas por el grupo social mediante usos y costumbres".³²

Consisten en "las prácticas que observa una sociedad o algunos sectores de ella en orden a la cortesía, a la buena educación, a la estimación de la dignidad propia y ajena, a pautas d³³e vestimentas, de exteriorización de sentimientos ante ciertos hechos faustos e infaustos, etc."

²⁸ Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), ob. cit., pp. 39 y 40.

²⁹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 3, p. 14.

³⁰ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 5, p. 15.

³¹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 5, pp. 15 y 16.

³² Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), ob. cit., p. 48.

³³ Vodanovic H., Antonio (1990), *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General, Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Santiago de Chile, Ediar Conosur Ltda., Tomo 1º, 5ª edición, N° 100, p. 60. En adelante, citaremos esta obra aludiendo sólo a su redactor.

“Son algo más que meros usos o hábitos, porque la gente los acata porque piensa que así *debe* comportarse”.³⁴

iii.- Caracteres.

Williams y Dougnac, por una parte, y Squella, por otra, destacan las siguientes características:

i) Son *sociales*, propias de la vida en sociedad.

ii) Son *externas*: lo que importa en su cumplimiento es el acto exterior, careciendo de relevancia el móvil del sujeto.

iii) Son *sociónomas*, es decir creadas por la misma sociedad. Squella habla aquí de normas *heterónomas*, pues “Ellas tienen su origen en el grupo social respectivo y no en decisiones individuales de los sujetos normativos que deben observarlas”.

iv) William y Dougnac las consideran *unilaterales*: si bien regulan la conducta de un sujeto frente a otro, éste no tiene la facultad para exigir el cumplimiento de esa conducta. Squella en cambio como *bilaterales*, “puesto que imponen deberes a un sujeto no para consigo mismo, sino para con los demás”, aunque agrega que “es preciso advertir que estos últimos no están comúnmente facultados para exigir el cumplimiento de la norma de trato social”. Por tal razón, matiza Squella su afirmación inicial, señalando: “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 representarnos”.

v) Son *incoercibles*, afirma Squella, pues “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”.

vi) Su sanción en caso de incumplimiento consiste en el *repudio social*.

vii) Son *relativas*, pues varían según el lugar de que se trate.

viii) Son *cambiantes*, pues exhiben una gran mutación a lo largo del tiempo.³⁵

2.- El Derecho.

2.1. Acepciones y posible origen de la palabra Derecho.

a) Acepciones de la palabra derecho.

Ambroise Colin y Henry Capitant, destacan que la palabra *derecho* puede tomarse en tres acepciones: como *conjunto de reglas*, como *facultad* y como *ciencia y arte*.

i.- Derecho como conjunto de reglas.

“Designa, ante todo, el conjunto de *preceptos, reglas* o *leyes*, que gobiernan la actividad humana en la sociedad, y cuya observación está sancionada en caso necesario por la coacción (restricción) social, o dicho de otro modo, por la fuerza pública. Este cuerpo de preceptos lleva el nombre de *derecho*. Algunos jurisconsultos modernos le añaden el epíteto *objetivo*. El derecho objetivo en las sociedades modernas es, en general, único para todos los individuos o súbditos de una misma comunidad política”.³⁶

En términos amplios, el Diccionario panhispánico del español jurídico, define a su vez el Derecho como “el conjunto de principios, normas, costumbres y concepciones jurisprudenciales y de la comunidad jurídica, de los que derivan las reglas de ordenación

³⁴ Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), ob. cit., p. 48.

³⁵ Williams y Dougnac, ob. cit., pp. 48 y 49; Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 57-59.

³⁶ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), *Derecho Civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces*, volumen 1, impreso en México, Editorial Jurídica Universitaria, p. 2.

de la sociedad y de los poderes públicos, así como los derechos de los individuos y sus relaciones con aquellos”.

Máximo Pacheco refiere por su parte que la “regulación externa de la conducta de los hombres, tendiente a establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana, es lo que se denomina Derecho”. Agrega que “La justicia es el valor absoluto que determina la igualdad que debe existir en las relaciones humanas y ella se expresa a través del Derecho. La justicia, en consecuencia, es el valor supremo del Derecho; y el Derecho, por su parte, aquello que realiza la justicia. Como afirma Santo Tomás de Aquino, ‘el Derecho es el objeto de la justicia’. Quien dice Derecho dice relación societaria; no hay Derecho sino allí donde hay sociedad organizada: ‘ubi ius ibi societas’. La afirmación inversa ‘ubi societas ibi ius’, es igualmente cierta; toda sociedad organizada necesita del Derecho para constituirse, subsistir y funcionar”.³⁷

ii.- Derecho como facultad que se le reconoce a un individuo.

“La palabra derechos, designa las *facultades o prerrogativas* pertenecientes a un individuo y de los cuales puede prevalerse respecto a sus semejantes en el ejercicio de su actividad. Cada facultad o prerrogativa constituye un *derecho* determinado, por ejemplo: el *derecho de propiedad*, el *derecho de patria potestad*. En este sentido, la palabra *derecho* designa, según la expresión de Savigny, ‘un poder del individuo’; se le llama a veces *derecho subjetivo*, por oposición al derecho objetivo definido más arriba. Por otra parte, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse más que bajo el control del derecho objetivo, gracias a la definición que él da de ellos y al concurso que les presta. En efecto, para que sea eficaz es preciso que a cada *derecho* del individuo corresponda un *deber* jurídico u *obligación*, gravitando sobre uno o varios individuos determinados. Debe, pues, concebirse todo derecho como un *poder de mando* (*pouvoir de commandement*). Pero todo mando en unos supone la obediencia de otros. Por ejemplo, *el derecho de crédito* no se concibe más que mediante la obligación impuesta de un *deudor* de cumplir tal prestación en provecho del *acreedor*. El *derecho de propiedad* sobreentiende la obligación que pesa sobre todos los demás hombres de respetar el uso y el goce exclusivos por el propietario de la cosa sobre la que recae su derecho de propiedad. Luego, estos deberes, estas obligaciones tienen necesidad de ser *sancionadas*, es decir, impuestas, si es preciso por la fuerza social, única que puede hacer eficaz un precepto del derecho objetivo”.³⁸

iii.- Derecho como una ciencia y un arte.

“En una tercera acepción, el derecho designa la ciencia, el estudio referente al *derecho* en general y, en particular a *los derechos* que él establece. Y así dice: *la facultad de derecho, libros de derecho, estudiantes de derecho*”.³⁹ En esta tercera acepción, se afirma por Colin y Capitant, con razón, que el Derecho es al mismo tiempo una *ciencia* y un *arte* y éste a su vez se subdivide en *arte legislativo* y en *arte jurisprudencial*: “el derecho puede ser considerado a la vez como ciencia y como arte. Constituye una *ciencia*, rama de la ciencia general denominada *sociología*, en tanto que de la observación de los hechos, y gracias al concurso de sus ciencias auxiliares, la historia y la economía política, deduce el conocimiento de las necesidades sociales, y en tanto también que en el estudio y comparación de las legislaciones positivas, busca la indicación de las aspiraciones de la conciencia jurídica universal y de los medios por los cuales ésta se realiza. El derecho es igualmente un *arte*, ya procure la combinación técnica de los procedimientos jurídicos destinados a satisfacer estas necesidades o aspiraciones (arte legislativo), ya aplique los preceptos formulados por la legislación

³⁷ Pacheco Gómez, Máximo (1990), *Teoría del Derecho*, 4ª edición, impreso en Colombia, Editorial Temis S.A./Editorial Jurídica de Chile, pp. 25 y 26.

³⁸ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., p. 3.

³⁹ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., p. 3.

existente para resolver los problemas y las dificultades concretas de la vida jurídica (arte jurisprudencial)".⁴⁰

El estudio del Derecho, en nuestra opinión, se despliega al menos en los siguientes planos: i) El estudio de los principios jurídicos fundamentales y de las normas que constituyen una manifestación de tales principios fundamentales, para explicar en qué consisten los primeros y cuál es el sentido y alcance de las segundas; ii) El estudio de las doctrinas, es decir de los escritos de los autores, que a lo largo del tiempo se han pronunciado acerca de esos principios y de esas normas; iii) El estudio de la forma en que los jueces han aplicado dichos principios y dichas normas y las diversas doctrinas formuladas acerca de aquéllos y éstas. De esta manera, el estudio del Derecho debe integrar como mínimo estos tres planos, que abarcan el Derecho positivo (y sus fundamentos), la dogmática jurídica y la jurisprudencia.

Por cierto, en lo que concierne a los planteamientos de la doctrina jurídica, un principal lugar ocupa el estudio de las instituciones a lo largo de la Historia. No es posible comprender cabalmente el sentido y alcance de un precepto de Derecho, si desconocemos el origen de la institución por él regulado y sus mutaciones –si las hubiese tenido–, en el decurso del tiempo. De igual manera, la doctrina supone no sólo el conocimiento de las fórmulas que prevalecen en nuestro tiempo, sino que también de las opiniones que la han precedido.

El estudio del Derecho, como toda ciencia, es por cierto *un saber acumulativo y dinámico*. Acumulativo, porque las soluciones jurídicas del presente se fundan en siglos de ensayos y errores tendientes a conseguir la mejor regulación de la vida de las personas en sociedad. Dinámico, porque las instituciones jurídicas están en constante mutación, pues mudable es también la sociedad misma, sin perjuicio de aquellos fundamentos inamovibles que conforman el *corpus esencial* de lo que se denomina Derecho natural. Quien estudia las instituciones jurídicas, entonces, debe hacerlo con la conciencia de que el Derecho vigente es el resultado de muchos siglos de tradición jurídica y al mismo tiempo con un juicio crítico, de manera que logre concebir en su mente las reformas que se consideren indispensables para el presente, es decir para satisfacer los requerimientos que plantea la sociedad conforme a los valores que para ella hoy resultan esenciales.

Como señala el profesor Alejandro Guzmán, "El estudio de la historia jurídica me ha obligado a comprender que el derecho considerado como una ciencia, como un conocimiento, no se aparta en su proceder del modo de proceder de las demás ciencias, que también se han formado históricamente: a través de las épocas y los espacios, pues el saber humano es acumulativo; lo cual significa, negativamente hablando, que ni cada individuo ni cada nueva generación están constreñidos a recorrer los caminos en pos de la verdad recorridos por individuos y generaciones anteriores, sin que ello implique una renuncia a la crítica de lo que hasta entonces se ha considerado verdad o incluso error, para revalorizarlo. Prescindiendo de esta comprensión histórica de las ciencias, me parece que no es posible entender cabalmente el modo en que ellas se han desarrollado".⁴¹

En el caso de Chile, los primeros estudios formales de Derecho se iniciaron en el siglo XVIII. Con antelación, en los estudios de teología practicados en los colegios de los jesuitas y de los dominicos, se revisaban preferentemente algunos temas de Derecho canónico, y de forma más fragmentaria otros de Derecho natural y de Derecho de gentes. Los chilenos que querían formarse como abogados, debían hacerlo en la Universidad de San Marcos, en Lima.⁴²

⁴⁰ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., p. 6.

⁴¹ Guzmán Brito, Alejandro (2005a), "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el Derecho Chileno", en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 11 y 12.

⁴² Eyzaguirre, Jaime (2000), *Historia del Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 16ª edición, p.

Este orden de cosas cambiaría en el siglo XVIII. En efecto, después de empeñosas diligencias hechas en la Corte de Madrid por el abogado chileno don Tomás de Azúa Iturgoyen, como mandatario del Cabildo de Santiago, el Rey Felipe V otorgó una cédula el 28 de julio de 1738, para fundar en dicha ciudad una universidad, con diez cátedras. Dos de ellas correspondían a estudios jurídicos: las cátedras de "legislación" y de "cánones". La cédula llegó a Chile en 1740, pero no se pudo cumplir por la absoluta falta de recursos que había para ello. Pasarían varios años para que el centro de estudios comenzare sus actividades. Mientras tanto, por decreto de 16 de enero de 1747, el Presidente Ortíz de Rosas designó al mencionado Azúa como primer rector. Luego, "La solemne y aparatosa instalación de la universidad de San Felipe se efectuó en la tarde del sábado 11 de marzo de 1747 con asistencia del Cabildo, de la Real Audiencia y de la parte más caracterizada del vecindario".⁴³

Habría que esperar casi veinte años, para que, por fin, bajo la presidencia de don Manuel de Amat y Junient, se nombraren los primeros catedráticos el 19 de mayo de 1757. En las que correspondían a la enseñanza jurídica, se designó a los siguientes letrados: en la cátedra de "prima de Leyes", el doctor don Santiago de Tordesillas, abogado de las audiencias de Lima y de Santiago, y secretario general de la gobernación; en la "prima de Cánones", el doctor don Alonso de Guzmán, abogado de dichas audiencias; en la de "maestro de las Sentencias", a fray Manuel Rodríguez, provincial de la orden de Santo Domingo y doctor teólogo; en la de "Decreto", el doctor don Santiago Marín de Azúa, abogado de aquellas reales audiencias; y en la de "Instituta", el doctor don José de Aldunate, abogado de la audiencia de Chile. Tales fueron pues las primeras cátedras de estudios jurídicos en Chile y los primeros que las sirvieron. Los cursos comenzaron a funcionar el 9 de enero de 1758.⁴⁴

Los títulos que otorgaba la Universidad eran los de Bachiller, Licenciado y Doctor en Cánones y Leyes. Conforme a la vieja tradición de la Universidad de Salamanca, la enseñanza correspondía al Derecho común. No se estudiaba el Derecho español. Ello sólo se hará después de la Independencia.⁴⁵

Un tercer hito, acaecido veinte años más tarde, durante el gobierno de don Agustín de Jáuregui, merece destacarse. Por iniciativa del fiscal don Ambrosio Cerdán y Pontero, "habiendo reconocido la deficiencia de los estudios jurídicos que se hacían en la universidad de Santiago, y la ninguna preparación de los estudiantes que allí se formaban para hacer la tramitación de los juicios, propuso al Gobernador la creación de una academia de práctica de leyes, en la cual se proponía enseñar a los jóvenes los principios de los procedimientos y ejercitarlos en el ejercicio práctico de la profesión de abogado. Aprobada esta idea por el Gobernador, la nueva academia fue abierta en julio de 1778, como una dependencia de la universidad, y mereció enseguida la aprobación del soberano". En efecto, por real cédula de 24 de octubre de 1779, Carlos III aprobó la creación de la academia, sancionando sus constituciones de 105 artículos, y disponiendo que su sello llevase una orla con las palabras: "Academia regia Carolina chilensis".⁴⁶ A partir de entonces, los titulados en la Universidad debían abocarse después al estudio del Derecho español y del Derecho indiano y a ejercitarse en la práctica de los tribunales. Una vez cumplidos estos requisitos, y previo examen ante la Real Audiencia, se recibía de ella el título de abogado.⁴⁷ Esto explica que, hasta nuestros días, dicho título no es conferido por las universidades, sino que por la Corte Suprema.

195. La Universidad de San Marcos, fue fundada el 12 de mayo de 1551. Es la más antigua de Sudamérica.

⁴³ Barros Arana, Diego (2001a), *Historia General de Chile*, tomo VI, Santiago de Chile, Editorial Universitaria y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2ª edición, pp. 128 y 129.

⁴⁴ Barros Arana, Diego (2001a), ob. cit., pp. 148 y 149.

⁴⁵ Eyzaguirre, Jaime (2000), ob. cit., p. 195.

⁴⁶ Barros Arana, Diego (2001a), ob. cit., p. 268.

⁴⁷ Eyzaguirre, Jaime (2000), ob. cit., pp. 195 y 196.

A inicios del siglo XIX, era posible obtener en breve tiempo el título de abogado e incluso el lapso programado para los estudios y los cursos que debían rendirse en el mismo podían abreviarse mediante el pago de una suma de dinero: “siendo muy pocos los ramos de estudio de cada facultad, era fácil llegar en corto tiempo a la posesión del título deseado. Así, dos años bastaban para obtener el de médico, al que había terminado sus estudios de gramática, y cuatro para poseer el de abogado, incluyendo en ellos la práctica. A imitación de lo que se hacía en las universidades españolas, se dispensaban fácilmente estudios mediante un estipendio, lo que en el lenguaje universitario se llamaba acordar grados de propina; pero esta práctica llegó a desacreditar considerablemente los títulos universitarios, y nuevas ordenanzas reales vinieron a derogarlas virtualmente”.⁴⁸

Con la “Patria Vieja”, llegará la creación del “Instituto Nacional” en 1813. A partir de este momento, los estudios de Derecho se cursan en este establecimiento, limitándose la Universidad a conferir grados académicos. Se crean dos cátedras: una, de Derecho natural, de Gentes y Economía política; y otra, sobre Derecho civil, Canónico y Leyes Patrias. Los estudios duraban tres años. Para optar al título de abogado, se requería grado de bachiller y examen ante el Tribunal Superior, previo paso de tres años en la Academia de Leyes, que había pasado a depender del Instituto. Imparten también estudios de Derecho el “Liceo de Chile”, desde 1829, bajo la dirección del español José Joaquín de Mora, y el “Colegio de Santiago”, éste regido por Andrés Bello. Pero por 1831, ambos habían cerrado. En 1832, se modifica el plan de estudios del Instituto Nacional, a partir de las recomendaciones de Bello. En 1842, al crearse la Universidad de Chile, se funda la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, cuyo primer decano fue Mariano Egaña. Pero la enseñanza del Derecho sigue impartándose por el Instituto Nacional, hasta el año 1852. En este año, la Universidad se hace cargo de estos estudios.⁴⁹

En relación a la primera de las tres acepciones de la palabra derecho planteada por Colin y Capitant, Hernán Corral formula un subdistingo, entre *derecho en sentido objetivo realista* y *Derecho en sentido objetivo normativista*. Con el derecho en sentido objetivo realista, alude a “la cosa debida en justicia, o lo debido como justo. Aquí no es una facultad del sujeto, sino más bien el objeto de esa facultad”. Consigna que en este sentido, el derecho objetivo no consiste en la facultad para exigir el pago de lo que se debe, sino que la cosa misma debida. Con el Derecho (con mayúscula) en sentido objetivo normativista, se quiere aludir a “un orden normativo, o a un conjunto de reglas que prescriben determinadas conductas o comportamientos sociales”.⁵⁰

Agrega Hernán Corral que las tres acepciones de derecho “están intrínsecamente relacionadas entre sí, y muestran diversas facetas de lo que es la entera realidad jurídica: la facultad (derecho) tiene por objeto la cosa justa (derecho), está consagrada en la norma (Derecho), y todo ello es estudiado por la ciencia (Derecho)”.⁵¹

Gonzalo Figueroa Yáñez, por su parte, se refiere a las dos primeras acepciones: “La voz ‘Derecho’ se usa en general en dos acepciones: derecho objetivo y derecho subjetivo. Cuando hablamos de derecho objetivo, nos referimos al conjunto de normas obligatorias que regulan la vida social en una sociedad determinada. Así, se habla de Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Constitucional, o bien del Derecho francés, Derecho internacional o Derecho Romano. En cambio, entendemos como derecho subjetivo la facultad concedida por el derecho objetivo a una persona que le permite exigir de otra que dé, haga o no haga alguna cosa. Así, hablamos de ‘mi’ derecho de

⁴⁸ Barros Arana, Diego (2001b), *Historia General de Chile*, tomo VII, Santiago de Chile, Editorial Universitaria y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2ª edición, p. 353.

⁴⁹ Eyzaguirre, Jaime (2000), ob. cit., pp. 198-201.

⁵⁰ Corral Talciani, Hernán (2018), *Curso de Derecho civil. Parte General*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 7 y 8.

⁵¹ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 8.

propiedad sobre una casa, o mi derecho a que el deudor me pague lo que me debe o mi derecho al nombre, a la vida o a la dignidad".⁵²

b) Posible origen de la palabra *derecho*.

Distintas explicaciones se han formulado acerca del posible origen de la palabra *derecho*. La verdad es que no hay ni unanimidad ni total claridad acerca de este punto, y que pareciera que estamos ante un concepto cuya etimología se pierde en "la noche de los tiempos". Revisemos algunas ideas.

Como señala Hernán Corral, la palabra Derecho viene del latín *directum*, es decir, de recto o directo. Sin embargo, los romanos no la empleaban con el significado que hoy le damos, sino que usaban la expresión *ius*, de *iustitia*.⁵³

La sustitución del vocablo *ius* por *directum*, señala Jaime Williams, se produjo en el latín vulgar. *Directum* proviene del verbo latino *dirigere*, que significa gobernar. Algunos explican esta transformación por la influencia cristiana, que consideraba la ley como el camino recto. Pero curiosamente se conservaron en el idioma castellano varias palabras que derivan de *ius*, como justicia (*iustitia*), juez (*iudex*), juzgar (*iudicare*), juicio (*iudicium*), justo (*iustum*), jurista (*iurista*), jurisprudencia (*iurisprudencia*), etc. Algunos creen "que *ius* proviene de *ioues*, que querría decir 'quod iube iubet' (lo dispuesto o decidido por el dios Júpiter, que en latín arcaico se decía *iube*). Tal vez por dicción ese *ioues* terminó pronunciándose *iou* y finalmente *ius*, término que aparece en la denominada Ley de las XII Tablas (siglo V a. de C.), significando *lo justo*".⁵⁴

Conceptos similares formula Alejandro Guzmán Brito: "La palabra *derechum*, de que deriva 'Derecho', aunque en sí misma es antigua, sólo en la baja latinidad⁵⁵ empezó a ser usada paralelamente a *ius*, hasta que la desplazó. Ella es reflejo de la concepción normativista de lo jurídico, cuyas raíces intelectuales estoicas, por un lado, y judeocristianas, por otro, encontraron un ambiente favorable en la realidad del modo posclásico de generación del Derecho, que estuvo predominantemente fundado en la *lex*. La idea que trasunta *derechum* es moral, y radica en atribuir al Derecho la función de señalar el camino de rectitud de las conductas humanas".⁵⁶

Isabel Tapia Fernández, alude también a las teorías que se han formulado acerca del origen de la palabra *ius*: i) Para algunos autores, el término derivaría efectivamente de "*Iovis*", genitivo de "*Iupiter*", abonando esta teoría una inscripción conservada en la parte antigua del foro que reza "*Iovestad*", significando "*lo justo*". ii) Otros autores conectan el término "*ius*" con "*iungere*" y "*iungo*", significando lazo, unión o ligamen. Aducen a favor de esta tesis que en época histórica se usó "*ius*" para designar parentesco ("*ius sanguinis*") o para designar lazos de matrimonio ("*iura coniugalía*"). iii) Otros, reconocen en el originario concepto de "*ius*" un elemento claro de referencia a la esfera sacral. Para Isabel Tapia, esta última parece ser la teoría correcta, señalando que etimológicamente el término "*ius*" tiene relación con una antiquísima raíz indoeuropea que significa "sagrado". Tal palabra, "*ishr*", habría derivado en "*ius*". La identificación de esta palabra con la esfera de lo sagrado, subraya Tapia, explicaría aquél pasaje de Ulpiano, en el que afirma que aquellos que estudian el Derecho, "se nos puede llamar sacerdotes, pues rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo".⁵⁷

⁵² Figueroa Yáñez, Gonzalo (2015), *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 16.

⁵³ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 7.

⁵⁴ Williams Benavente, Jaime (1999), *Lecciones de Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 3ª edición, actualizada, pp. 50 y 51.

⁵⁵ Época tardía del Imperio Romano e inicios de la Edad Media.

⁵⁶ Guzmán Brito, Alejandro (2013), *Derecho privado romano*, 2ª edición, Tomo I, Santiago de Chile, LegalPublishing – Thomson Reuters, pp. 83 y 84.

⁵⁷ Tapia Fernández, Isabel (1986), "Sobre el origen etimológico del término '*ius*'", en *Cuadernos de la Facultad*

En este mismo trabajo, Isabel Tapia Fernández se refiere a la teoría acerca de la palabra “*Derecho*”, de Sebastián Cruz. Expresa este autor que el primer símbolo del derecho es la balanza, con el fiel en el medio. En Grecia, en una remota época (siglo XII a.C.), este símbolo se representaba por Zeus (encarnación suprema de la justicia) cogiendo una balanza. Después, en tiempos de Homero (c. siglo VIII a.C.), la diosa Themis sustituyó a Zeus como portadora de la balanza de la justicia. Más adelante, en la época de Hesíodo (c. siglos VIII y VII a.C.), es la diosa Dike (hija de Zeus y de Themis), quien encarna y administra la justicia, con una espada en la mano derecha y una balanza de dos platos en la mano izquierda. Con esta balanza, la diosa dictaminaba lo que era justo, cuando los platillos estaban nivelados. Por ello, para los griegos, lo justo, era lo derecho, en alusión a los platillos al mismo nivel. Los romanos adoptan este símbolo, con Júpiter imponiendo a los hombres el derecho, como portador de la balanza de dos platillos con el fiel al medio. Después, será la diosa Dione, y más tarde, en la época de la República, la diosa Iustitia, cogiendo una balanza con ambas manos y sus ojos vendados. De esta forma, habría derecho cuando así lo dictaminare Iustitia, al encontrarse el fiel de la balanza en el medio, recto, de-rectum, derecho, lo no torcido. El uso de la balanza entre los romanos aparecerá en los negocios jurídicos más importantes, denominados “*per aes et libram*” (por el cobre y la balanza). De esta manera, en Roma la primera palabra que aludirá al derecho será “joves” (lo que Júpiter manda). La segunda sería “ius” (quod Iustitia dicit). La tercera palabra sería “*derectum*”, es decir, la posición de la balanza en la que el fiel se encuentra precisamente en el medio, en el centro.⁵⁸

Como es sabido, el símbolo de la balanza en realidad fue tomado por los griegos de los egipcios. Para los últimos, una vez muerta una persona, y si lograba superar diversas pruebas en su camino a la última morada, comparecía ante Osiris, Tot y Anubis. Ante ellos, se depositaba el corazón del individuo en un platillo de la balanza y en el otro platillo una pluma de avestruz, que representaba las malas acciones realizadas durante su vida. Si el corazón pesaba más que la pluma, se podía acceder a la última morada.

2.2. Derecho positivo y Derecho natural.

El Derecho positivo es aquél “*puesto*, establecido por una ley escrita o por una costumbre, y en todo caso obligatorio. Tiende a órdenes o *disposiciones*. En cambio, el Derecho natural ‘es el que concebimos fuera de todo concepto escrito o consuetudinario, como derivado de la naturaleza y de la razón’”⁵⁹. El Derecho positivo es el “Derecho establecido en normas jurídicas en oposición al derecho natural”.⁶⁰

Respecto del último, se afirma que “Al hablar del Derecho natural se suele entender un orden jurídico-moral inmutable y eterno que discurriría paralelo a los ordenamientos jurídicos creados por los hombres, que se suceden en la Historia. De este modo, al lado o por encima de lo contingente e histórico, existiría un código de la justicia que en modo alguno pierde su valor porque sea negado por alguna determinada disposición ‘positiva’”.⁶¹ En palabras de Felipe González Vicén, “Estos principios supremos, junto con las consecuencias implícitas en ellos, no sólo constituyen como la denominación ‘Derecho natural’ parecería indicar ‘un’ derecho al lado de otros derechos, sino que representan, al contrario, ‘el’ Derecho en absoluto, un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural, inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de la comunidad

de Derecho, 13 (Palma de Mallorca, 1986), pp. 149-155.

⁵⁸ Cruz, Sebastián (1971), *Ius Derectum*, Coimbra, citado por Tapia Fernández, Isabel, ob. cit.

⁵⁹ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., pp. 3 y 4.

⁶⁰ *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

⁶¹ Carpiñero Benítez, Francisco (2000), *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Editorial COLEX, p. 9.

humana en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamarse derivativo, como deducción o concreción de aquél”.⁶² Claro Solar define el Derecho natural como “el conjunto de preceptos aplicables a la conducta del hombre en sociedad, que le son revelados por las solas luces de la razón, preexistentes a toda legislación positiva, inmutables e universales, es decir, aplicables siempre y en todas partes. ‘Hay un derecho eterno, dice Laurent, expresión de la justicia absoluta. Este derecho se revela a la conciencia humana a medida que el hombre se aproxima a la divina perfección. El derecho es progresivo como todas las manifestaciones del espíritu humano. Tiende sin cesar a realizar la verdad absoluta. Es un deber para el legislador seguir los progresos que se cumplen en la conciencia general. Es un deber para el jurisconsulto preparar este progreso’”.⁶³

Hernán Corral advierte que el Derecho natural y el Derecho positivo no se presentan como partes separadas y enfrentadas, sino que deben entenderse integrando el Derecho como un todo. Lo que define al Derecho natural, es la *exigencia de justicia* que de él emana, y que debe respetar el Derecho positivo: “La clasificación entre Derecho natural y Derecho positivo, más que partes separadas y enfrentadas de lo jurídico (como a veces erróneamente se le presenta, sobre todo por los que niegan la existencia y validez de un Derecho natural), dice relación con dos modalidades de presentación del Derecho como fenómeno único. El Derecho es y debe ser, si quiere cumplir sus funciones, positivo, es decir, ‘puesto’ (de donde viene positivo) como obligatorio por una autoridad social, sea ésta la comunidad toda (costumbre), el juez (las sentencias que constituyen jurisprudencia) o el legislador (cualquiera sea el régimen de gobierno: monarquía, república). Pero a su vez el Derecho no se justifica meramente por el hecho de haber sido ‘puesto’ por dicha autoridad social, puesto que esta puede ser una mafia que se apodera de la sociedad o una autoridad legítima, pero que promulga órdenes que son tiránicas (como la de asesinar a las personas de cierta raza o color). Estas órdenes no serán propiamente ‘Derecho’ porque no proveen razones para actuar bajo obligación jurídica, sino únicamente por el temor a ser repelidos (...). Vemos, pues, que existen exigencias de justicia, que la autoridad que positiviza el Derecho debe respetar si quiere que el producto de su voluntad normativa no se frustre en cuanto a constituir propiamente Derecho. Este conjunto de exigencias de justicia, no siempre fácilmente discernibles, es lo que se denomina ‘Derecho natural’, pero que –como decimos– no es un ordenamiento jurídico paralelo y superior al Derecho positivo, sino una parte esencial y necesaria de éste, si quiere seguir pretendiendo el nombre de Derecho”. De esta manera, lo medular de la teoría del Derecho natural, es que “una norma no obliga ‘como Derecho’, es decir, jurídicamente, si contraviene exigencias naturales de justicia”.⁶⁴

Colin y Capitant, admiten la noción de Derecho natural y su carácter *universal*, aunque circunscrito a un pequeño conjunto de reglas o ideas directrices, pero precisan que no tendría un carácter *inmutable*, sino que más bien *variable*, según el distinto estadio de civilización en el que se encuentre un pueblo: “La concepción del derecho natural merece que nos detengamos en ella puesto que siendo muy floreciente en el siglo XVIII, ha ejercido sobre la elaboración del CC francés una influencia incontestable. El art. 1º del libro preliminar de este código, tal como había sido redactado por la comisión del año VIII,⁶⁵ decía: ‘existe un derecho universal, inmutable, fuente de todas

⁶² González Vicén, Felipe (1979), “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, pp. 212-214, citado por Carpintero Benítez, Francisco (2000), ob. cit., p. 9.

⁶³ Claro Solar, Luis (1898), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas*, Tomo Primero, Santiago de Chile, Establecimiento Poligráfico Roma, Nº 7, p. 7.

⁶⁴ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 9.

⁶⁵ El año VIII de la cronología impuesta por la Revolución Francesa, corresponde a 1799. Tanto esta cronología como su peculiar calendario fueron después abandonados, volviéndose a las denominaciones tradicionales.

las leyes positivas; no es más que la razón natural en cuanto gobierna a todos los hombres'. Este texto, que desapareció en la redacción definitiva del CC expresa claramente la idea del derecho natural tal como lo concebían nuestros padres de 1804 y tal como se desprende de muchos pasajes de los trabajos preparatorios del citado código, es la idea de un cuerpo de reglas anteriores y superiores a todo derecho positivo. Al cual la ley escrita deberá acercarse lo más posible siendo tanto más perfecta cuando más fielmente se parezca a ese modelo. Esta idea a su vez se armoniza perfectamente con las doctrinas de Rousseau, que inspiraron la generación revolucionaria, las cuales representan al hombre como investido, por el solo hecho de su nacimiento, de derechos inherentes a su personalidad idénticos en todos los tiempos y en todos los climas sin que tengan otras limitaciones que las que él mismo ha consentido en el pacto social, con ciertas condiciones y en vista de determinadas ventajas". Pero cuando Colin y Capitant escriben, más de un siglo después de entrar en vigencia el Código Civil francés, como ellos mismos señalan, "la noción del derecho natural ha caído en un profundo descrédito. Se le ha reprochado, con justicia, el arbitrio y la incertidumbre de las soluciones a que conduce. En realidad, si hay un derecho de la naturaleza dotado de existencia propia, debería tener, para cada materia, a propósito de cada detalle de la actividad humana, una regla establecida por el derecho natural, como existe una, expresa o implícita en la legislación positiva. Esta regla del derecho natural bastaría descubrirla. Pero como los que la investigan difieren entre sí por su cultura, tendencias y opiniones filosóficas y políticas, ocurre que varían también en sus deducciones y que, en definitiva, habrá tantos derechos naturales como individuos. Además, y sobre todo si existe un arquetipo uniforme de legislación ¿cómo se explica que las leyes humanas hayan sido tan distintas 'desde seis mil años, que hay hombres y que piensan', que sean aún hoy tan diversas, según los diferentes pueblos, en fin, que siempre y en todas partes se sienta la necesidad de reformarlas y de perfeccionarlas? ¿Este pretendido derecho de la naturaleza y de la razón será pues indiscernible? ¿No es más sencillo afirmar que no hay derecho fuera del que se impone a todos por la voluntad del legislador, es decir, del derecho positivo?".

Ante los cuestionamientos que se le hacían al Derecho natural a comienzos del siglo XX, Colin y Capitant, sin embargo, no adhieren a ellos, sino que reconocen la existencia del mismo, aunque circunscribiéndolo a cierto núcleo básico y admitiendo además que puede ir variando en el decurso del tiempo: "En lo que a nosotros concierne, tal conclusión [en cuanto no hay más Derecho que el positivo] nos parece exagerada, y estamos lejos de sentir respecto al derecho natural, el desdén excesivo con que frecuentemente se le trata. Todo es entenderse acerca de su definición y de su fundamento. Si la elaboración de las leyes, es decir, del derecho positivo, es un hecho contingente y que depende de la voluntad humana, la existencia de una sociedad política que debe regirse por estas leyes para que pueda vivir y desarrollarse, aparece, por el contrario, como un *hecho natural*. Desde ese momento se comprobará la existencia de un conjunto de reglas o ideas directrices (en muy pequeño número) en las cuales racionalmente debe inspirarse el legislador en la elaboración del derecho positivo, para que éste sea conforme a las necesidades y a las tendencias de la sociedad en su estado actual. Este conjunto de ideas muy generales y muy sencillas, es el derecho natural. Se explica pues muy bien que las legislaciones positivas difieran sensiblemente unas de otras según el temperamento de las diversas comunidades políticas contemporáneas. No obstante en un mismo estado de civilización las legislaciones, aunque divergentes en cuanto a los medios empleados para traducirlo, serán todas expresión de un mismo derecho natural. Si se le concibe de esta manera, puede decirse en verdad con los autores del CC, que es *universal*. Por el contrario, sería inexacto presentarlo como *inmutable*; pues es esencialmente *variable* y *progresivo*. El derecho natural de los pueblos modernos difiere profundamente del de los pueblos de la antigüedad; y el de las sociedades del porvenir no diferirá menos del nuestro. Considerada desde este aspecto, la noción del derecho natural se desprende de la historia y de la observación

de los hechos sociales, siendo posible determinar *científicamente* los elementos del derecho natural correspondiente a un estadio determinado de la evolución humana". Proponen estos dos autores el siguiente ejemplo, paradigmático de la situación de fines del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, para demostrar empíricamente su tesis: "A fin de marcar perfectamente el verdadero carácter del derecho natural pondremos un ejemplo. Muchas veces se ha observado que el CC francés de 1804 no ha regulado en realidad de una manera completa y detallada más que la organización de la familia y la protección del patrimonio, es decir, de la riqueza adquirida, en una palabra, el *derecho burgués*. En cambio, ha descuidado la organización del trabajo, que él considera como una mercancía en cuanto que no ve en el contrato que une al asalariado con el patrono sino una simple variedad del arrendamiento. Este punto de vista, durante una gran parte del siglo XIX pudo creerse que no estaba en contradicción con el derecho natural. Pero nuestra sociedad ha sufrido desde entonces profundas transformaciones. El desenvolvimiento de la gran industria y de la clase proletaria, es decir, de los que no tienen ni patrimonio y algunos en realidad ni aun familia, ha hecho resaltar claramente las lagunas de la legislación civil, siendo necesario cegar estas lagunas por medio de nuevas leyes. De aquí una nueva serie de reglas, de aquí toda una legislación en vía de formación, *la legislación obrera y social*, que puede decirse corresponde a una *categoría nueva del derecho natural*".⁶⁶

El carácter variable del Derecho natural también era formulado por Aubry y Rau, en términos semejantes a los de Colin y Capitant. Se refiere a la opinión de estos autores Luis Claro Solar: "Pero esta concepción del derecho natural [inmutable y universal] tiene sus contradictores. Ya Aubry y Rau, sin querer negar 'la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables, anteriores y superiores a toda legislación positiva', no creían que las reglas destinadas a organizar y desarrollar estos principios, 'reglas que no presentan sino un carácter contingente y variable', puedan ser determinadas *a priori*. Según ellos 'el *criterium* según el cual se determinan los preceptos legítimamente susceptibles de llegar a ser objeto de una coerción exterior reside en la conciencia colectiva de cada pueblo y el sentido moral de una nación se modifica según el grado de civilización'. Para ellos, el derecho natural es, según esto, 'el conjunto de preceptos o reglas de conducta legítimamente susceptibles de llegar a ser por la naturaleza misma de los actos a que se aplican, objeto de coerción exterior' o, como decía Huc, 'el derecho tal cual debería ser según las mejoras reconocidas necesarias y posibles'".⁶⁷

Estos planteamientos impregnados de fundamentos sociológicos, explicables para quienes adherían a la escuela exegética del Derecho y a la absoluta preeminencia de la norma de Derecho positivo, parecen más bien referirse a la progresiva perfectibilidad del ordenamiento jurídico, según la idea del acceso a estadios culturales y de civilización cada vez mayores en cada nación. Sin embargo, lo cierto es, según veremos, que más allá de ciertos elementos accidentales variables en el tiempo y en el espacio, existe un *corpus esencial* de Derecho natural, que no cambia, pues la naturaleza humana es también inmutable. Tal corpus esencial, constituye el fundamento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, iguales en todo tiempo y en todo lugar. Otra cosa es, que el ordenamiento jurídico positivo, sintonice de mejor o de peor manera con dicho corpus esencial. La tarea más importante del legislador es, precisamente, bregar por el perfeccionamiento del Derecho positivo, de manera que refleje adecuadamente el aludido corpus esencial.

Se suele distinguir cuatro etapas del Derecho natural, que comentamos seguidamente de manera muy esquemática:

i.- El Derecho natural antiguo o clásico.

⁶⁶ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., pp. 3-6.

⁶⁷ Claro Solar, Luis (1898), ob. cit., Nº 8, pp. 7 y 8.

Se origina en Grecia, con las enseñanzas de Sócrates, después en los escritos de su discípulo Platón, en especial *"La República"* y *"Las Leyes"*, y más tarde en los del discípulo del segundo, Aristóteles, en particular en su *"Ética a Nicómaco"*.

Sócrates –según escribirá Platón en su *"Apología"*, "afirmó su fe en una justicia superior, para cuya validez no es necesaria una sanción positiva ni una formulación escrita. La obediencia a las leyes del Estado es, para Sócrates, un deber. El buen ciudadano debe obedecer aún las malas leyes, para no estimular al mal ciudadano a violar las buenas. En consecuencia, para él, el cumplimiento de las leyes, sean éstas justas o injustas, es preferible, en todo caso, a la anarquía. El mismo Sócrates puso en práctica este principio cuando, acusado de haber introducido nuevos dioses y de haber corrompido a la juventud, fue condenado a muerte por estos supuestos delitos y aceptó que se ejecutara la condena, sufriendo serenamente la muerte, que pudo haber evitado".⁶⁸

Platón, por su parte, sostiene que el Estado es "un organismo perfecto en el cual se encarna una completa unidad. Es un todo formado por individuos, sólidamente constituido. En él, debe reinar la armonía, la que se alcanza por la virtud. La justicia es la virtud por excelencia y consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo (...). En el diálogo 'Las Leyes', Platón desarrolla su concepción de la legislación. Para él la ley debe ser verdadera y procurar el bien común; sólo así realiza su ideal. Platón contrapone la ley verdadera y justa a la ley positiva, y convierte a la primera en medida de la segunda y criterio de su rectitud. Al respecto manifiesta que 'únicamente pueden considerarse como verdaderas leyes las que procuran el bienestar general del Estado; que la legislación cuyo solo objeto es el beneficio de algunos, corresponde más bien a las facciones que a los gobiernos; y en este caso, lo que se denomina justicia, no es más que una palabra sin sentido alguno. Para Platón el verdadero Derecho vive en el mundo de las ideas y las leyes positivas no pueden pretender ser valiosas sino en la medida en que participen de la idea de la ley justa. Es por eso que el legislador –y únicamente los filósofos y los reyes filósofos pueden ser legisladores- debe contemplar el mundo de las ideas, en donde habita la esencia de la ley inmutable y eterna, e inspirarse en él para la organización de la vida jurídica. Platón reconoce, así, la existencia de un Derecho Natural, que convierte en Derecho ideal y que es el fundamento de las leyes positivas".⁶⁹

Para Aristóteles, "El contenido de las leyes es la justicia. La justicia encuentra su expresión en la ley natural y en la ley positiva. La ley positiva tiene su origen en la voluntad del legislador y la ley natural en la esencia de lo justo. La ley natural es, por consiguiente, inmutable, y tiene el mismo valor en todas partes, independientemente de la ley positiva que la expresa; la ley positiva, por el contrario, varía con los pueblos y el tiempo. La ley positiva debe ser la realización de la ley natural, ya que es la aplicación de la idea universal de justicia a las circunstancias concretas de la vida. La idea inmutable del Derecho vive en la ley positiva, que cambia. Toda ley positiva es un ensayo, más o menos feliz, de realización de la ley natural. Por esta razón la ley natural conserva siempre su valor obligatorio, por más imperfecta que sea su aplicación por la ley positiva. La ley natural es, pues, la que da a la ley positiva su sentido, fundamento y finalidad".⁷⁰

Luego, seguirán los estoicos y después, en Roma, Marco Tulio Cicerón, y su *"De res publica"*. Éste dirá también en su obra *"De legibus"*: "Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y las leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de tiranos? Si los treinta tiranos de Atenas⁷¹ hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con las leyes tiránicas ¿iban por eso

⁶⁸ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 438.

⁶⁹ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 439.

⁷⁰ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., pp. 439 y 440.

⁷¹ Se refiere al gobierno oligárquico instalado en Atenas después de su derrota en la guerra del Peloponeso, en el 404 a.C. Se atribuye a los treinta tiranos el haber causado la muerte de varios centenares de opositores.

a ser justas esas leyes? Creo que no serían más justas que aquella que dio nuestro interrey⁷² de que el dictador pudiera matar impunemente al ciudadano que quisiera, incluso sin formarle proceso. Hay un único derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola ley, la cual es el criterio justo que impera o prohíbe; el que la ignora, esté escrita o no, es injusto. Porque si la justicia es la observancia de las leyes escritas y de las costumbres de los pueblos, y como dicen también los que lo afirman, todo ha de medirse por el interés, el que calcula que le ha de resultar ventajoso, despreciará las leyes y las quebrantará, si le es posible. Resulta así que no hay más justicia que la que lo es por naturaleza, y que aquella que se funda en el interés queda aniquilada por el mismo interés, hasta el extremo de que si la naturaleza no viene a reforzar al derecho, desaparecen todas las virtudes”.⁷³

Los más destacados juristas romanos durante el Imperio, encabezados por Ulpiano y por Paulo, seguirán los postulados de la Escuela Estoica, y afirmarán que los principios del Derecho natural debían aplicarse al *ius gentium*, es decir, el que correspondía aplicar a todos cuanto habitaban el Imperio. Pero bajo el entendido que el *ius gentium* constituía una aplicación histórica o contingente y por tanto mudable según cambiaren las circunstancias, que no debía confundirse con el Derecho natural, eterno e inmutable. Así, Ulpiano dirá que el Derecho natural es aquél que la naturaleza enseña a todos los seres animados (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*), y Paulo sostendrá que el Derecho natural es un conjunto de principios apropiados a la naturaleza del hombre e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo y de lo bueno (*aequum ac bonum est*).

De esta manera, el Derecho de gentes, de suyo variable e histórico, será más o menos perfecto, en la medida que esté más cerca o más alejado de los principios del Derecho natural, inmutable y eterno, como lo es la naturaleza humana.

ii.- El Derecho natural en la Edad Media conforme a la concepción cristiana.

Después de la caída del Imperio romano de Occidente, en el posterior decurso de la Edad Media, será el cristianismo el que continuará proclamando la existencia de un Derecho connatural a todas las personas, cuyo origen está en Dios, y que es la fuente de la libertad y de la dignidad, bienes inherentes a todos los seres humanos.

En las postrimerías de la Antigüedad, debe destacarse la figura y obra de Agustín de Hipona (354-430), es decir de San Agustín.⁷⁴ Como refiere Pacheco, “En el período de transición entre la antigüedad clásica y la época medieval se destaca la figura de San Agustín (...), el principal representante de la Patrística.”⁷⁵ Distingue la existencia de tres categorías de leyes: ley eterna, ley natural y ley humana. La ley eterna está transcrita en el corazón del hombre por medio de la ley natural, con el objeto de que conserve en sus costumbres la imagen de las ideas morales que le fueron comunicadas. Está ley está ‘de tal modo escrita en el corazón de los hombres, que ni la misma iniquidad puede borrar’. La ley natural es, para San Agustín, la ley íntima, ley interior, de la que el hombre trata con frecuencia de huir, teniendo por misión la ley exterior hacerle volver a ella. Su carácter de inmediata evidencia explica el que sea común al género humano. Ningún hombre que tenga uso de razón desconoce totalmente, por caído que esté, los preceptos fundamentales de la ley divina, pues la naturaleza los escribió en su corazón, intimándolo, por ejemplo, a no hacer a otro lo que no quiera para sí. La ley humana debe inspirarse en la ley natural, pues, en caso contrario, carece de valor”.⁷⁶

⁷² Magistrado extraordinario que se elegía para gobernar la ciudad durante cinco días y presidir la asamblea popular que a su vez debía elegir a los magistrados. Se elegía al interrey cuando por cualquier motivo faltaren los cónsules cuyo período estaba concluyendo.

⁷³ Cicerón, Marco Tulio, *De Legibus*.

⁷⁴ En especial, en *Confesiones* y en *De diversis quaestionibus* (es decir, preguntas sobre diversos asuntos).

⁷⁵ Es decir, lo que se refiere al estudio de la vida, las obras y la doctrina de los “Padres de la Iglesia”.

⁷⁶ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 441.

Cabe destacar aquí, un siglo después de la época en que vivió San Agustín, a una figura que sirve de “verdadero puente entre el saber de la antigüedad y el pensamiento medieval”. Se trata de San Isidoro de Sevilla (c. 556 a 560-636), teólogo y erudito de la España visigoda. Conocedor de la obra de Agustín de Hipona y de San Gregorio Magno (c. 540-604), fue Isidoro arzobispo de Sevilla desde 599 y hasta su muerte. Eyzaguirre lo describe como “la figura cultural más excelsa de occidente en la etapa del cruce de la Edad Antigua a la Edad Media y el transmisor más representativo de la cultura romana a los nuevos tiempos”.⁷⁷ Como destaca Bascuñán, Isidoro, en su obra fundamental, “Etimologías” (publicada hacia el año 634), “verdadera enciclopedia de la erudición de la época”, destina el Libro V a materias jurídicas. Está constituido por extractos de obras jurídicas romanas, prejustinianas y justinianas. En él, se conserva la nomenclatura y el contenido de la distinción entre *jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile*.⁷⁸ Este texto, también denominado como “Orígenes”, tuvo gran influencia en su época, y fue impreso diez veces entre 1470 y 1529.

Pero habrá que esperar varios siglos, para que se retome el trabajo sistemático de los juristas. Particular importancia tendrán en esta tarea los escolásticos,⁷⁹ que redescubrirán el Derecho romano durante el siglo XI, aunque no el clásico, sino el postclásico, es decir, en su concreción tardía del *Corpus Iuris Civilis*.⁸⁰ Entre otros juristas y pensadores, cabe destacar aquí a Irnerio (1050-1125), en Bolonia, sus discípulos Búlgaro, Martino, Jacobo y Hugo, y en especial a Santo Tomás de Aquino (1225-1274), quien será el más importante filósofo medieval y como tal insoslayable representante de la escuela cristiana del Derecho natural. También debe mencionarse a Accursio (1182-1263), el más importante de los representantes de la “escuela de los glosadores”.⁸¹

Tomás de Aquino busca “conciliar las doctrinas de Aristóteles –que conoce, principalmente, a través de las versiones y comentarios de los filósofos árabes– con la teología cristiana (San Pablo, San Agustín, San Isidoro, etc.). Mientras su doctrina sobre la Justicia se inspira casi exclusivamente en Aristóteles, su teoría de la ley y, más aún, la del Estado, tienen un sello completamente teológico y cristiano. Siguiendo a “El estagirita”⁸² distingue entre una justicia general y una particular; la primera puede llamarse legal, porque atiende a ordenar las acciones del hombre y sobre todo sus acciones exteriores, al fin de la utilidad común; así como la justicia particular las ordena en lo que se refiere a las personas individuales. La Justicia no es concebida por Santo Tomás como algo aparte del derecho, sino que el derecho es el objeto de la justicia; en otros términos, la virtud de la justicia comprende dentro de sí, en su esencia, al derecho; o sea, que para él, el derecho injusto no es derecho”.⁸³

En lo que respecta a la teoría de la ley, Tomás de Aquino distingue entre ley eterna, ley natural, ley humana y ley divina. Las últimas dos, a juicio de Bascuñán, susceptibles de englobarse bajo el concepto de ley positiva, es decir, de preceptos escritos. Las tres primeras se ordenan conforme a un orden jerárquico. Es decir, la ley natural y la ley humana, deben supeditarse a la ley eterna, y la ley humana a su vez a

⁷⁷ Eyzaguirre, Jaime (2000), ob. cit., p. 49.

⁷⁸ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 55.

⁷⁹ Se entiende por “Escolástica” el movimiento filosófico y teológico que floreció en la Edad Media, que intentó a través de la razón y en especial fundándose en los escritos de Aristóteles, armonizar el pensamiento cristiano y el de los filósofos y pensadores de la antigüedad greco-romana.

⁸⁰ En el Derecho romano, se suele distinguir tres períodos: 1) El período llamado “época arcaica”, 450 a.C.-fines del siglo II a.C.; 2) El período intermedio, denominado “clásico”, que se suele situar entre el 130 a.C. hasta el primer tercio del siglo III d.C.; 3) El último y tercer período, se denomina “época postclásica”, entre el 224 d.C. hasta el 556 d.C. Cada uno de estos tres períodos se subdivide por los romanistas en diversos subperíodos: Guzmán Brito, Alejandro (2013), ob. cit., pp. 13-19.

⁸¹ La llamada “Escuela de los glosadores” se desarrolló a fines del siglo XI en Bolonia, y por tal razón también se le denomina “Escuela de Bolonia”. Su nombre de “glosadores” obedece a que sus integrantes se abocaron al estudio del *Corpus Iuris Civilis*, glosando o comentando sus diversos pasajes.

⁸² Alusión a Aristóteles y la ciudad de Estagira, en la región de Macedonia, donde aquél nació.

⁸³ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 55 y 56.

la ley natural. Respecto de la ley divina, se afirma que es una subespecie de la ley eterna y se expresa en la Biblia, es decir en el Antiguo y en el Nuevo Testamento, afirmando Tomás de Aquino que el segundo es más perfecto que el primero.

La ley eterna, "comienza en Dios y termina en Dios" y es "la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento", "la razón del gobierno del universo, existente en Dios, supremo gobernante. Por lo tanto, de ella tiene que partir y proceder las razones de todo gobierno existentes en los gobernantes subalternos. Estas razones de gobierno son todas las leyes, a excepción de la ley eterna. Toda ley, por consiguiente, en consonancia con la recta razón, deriva de la ley eterna". Todo y todos, entonces, se encuentran sometidos a la ley eterna, salvo la Divinidad misma con quien se identifica. De esta manera, "los buenos están en todo momento sometidos a la ley eterna, porque obran siempre de conformidad con lo que la ley eterna prescribe; los malos lo están de manera imperfecta porque imperfecto es el conocimiento que tienen del bien e imperfecta la práctica de ese bien". Ahora bien, "La participación de la ley eterna en los seres racionales es lo que se llama ley natural"; "La ley natural es una misma en todos los hombres por lo que se refiere a los primeros principios". El primero de estos principios, consiste en obrar el bien y huir del mal. Pero la inmutabilidad de la ley natural no es ni puede ser absoluta en lo que se refiere a sus preceptos secundarios o particulares. Estos vienen a ser como las conclusiones propias e inmediatas de aquellos principios de la ley natural. En consecuencia, la ley natural puede experimentar variaciones, pero no en forma tal que deje de ser verdadero o recto en la generalidad de los casos aquello que esa ley prescribe. La ley natural es un reflejo incompleto e imperfecto de los dictados de la razón divina. Ahora bien, la razón humana aprende como "buenas" todas las cosas a que el hombre tiene inclinación natural. A su vez, "El hombre de naturaleza bondadoso y sociable, para que pueda realizarse y para que pueda convivir pacíficamente dada la presencia de los malos y de sus acciones, ha menester de la ley positiva, de la 'ley humana'. Sus preceptos derivan por vía de conclusión (v. gr. la ilicitud del asesinato proviene del precepto 'a nadie se debe hacer mal'), o de determinación (así, la ley natural indica que el que delinque debe ser castigado, pero no prescribe la pena, la ley humana debe señalarla), del Derecho natural. En el primer caso, la ley humana 'tiene algo del vigor y la fuerza de la ley natural'; en el segundo, sólo aquella fuerza y obligatoriedad que puede comunicarle un legislador humano. La ley humana puede ser injusta, en razón de la limitación o de la maldad de la inteligencia del gobernante; y esta injusticia presenta dos modos: porque sea contraria al bien relativo del hombre, o porque sea contraria al bien absoluto, que es Dios. Ni una ni otra obligan en el fuero interno, más si la ley injusta en el primer aspecto puede alguna vez ser observada por las perturbaciones y el escándalo que acarrearía su trasgresión, la que sea contraria al bien absoluto no puede ser observada, porque es preciso primero obedecer a Dios que a los hombres. La ley divina es la revelada por Dios y recogida por las Sagradas Escrituras y la formulada por la Iglesia, sobre añadidas a las leyes natural y humana, para encauzar al hombre a su destino final, que es sobrenatural".⁸⁴

Dirán estos pensadores medievales que "la libertad es de Derecho natural" (*libertas est de iure naturalis*) y, en otras ocasiones, que la "libertad fue introducida por el Derecho natural: *Libertas introducta estt iure naturali*". Como expresa Carpintero, "Esta equiparación entre Derecho natural y libertad natural de los juristas medievales quizá puede extrañar al lector actual, que puede tener el prejuicio de creer que en aquellos siglos se enseñaba la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen naturalmente destinados a ser siervos de otros. Nada más ajeno al pensamiento jurídico medieval, que no siguió en absoluto a ARISTÓTELES en este tema, sino a los juristas romanos (...). Siguiendo el sentido de los textos romanos, ACURSIO afirmó reiteradamente que, atendido el Derecho natural, todos los hombres son igualmente

⁸⁴ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 57 y 58.

libres, con independencia del *status civilis* que posean, es decir, independientemente de si son libres o siervos. Por este motivo se opuso resueltamente a los que estimaban que la libertad creada por el Derecho natural sólo se refería a los hombres que eran libres o libertos, mientras que los esclavos quedarían al margen de ella. 'Algunos dicen –escribe ACURSIO– que la libertad que aquí es definida se refiere a la libertad que es propia del hombre libre, no a la libertad del esclavo ... de modo que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del esclavo'. Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que 'aquí se define la libertad según el Derecho por el que fue creada, que es el Derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo'. La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que esta realidad no puede desdoblarse en dos libertades distintas, una para el hombre libre y otra para el esclavo. ACURSIO concluye, consecuentemente que, de acuerdo con el Derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre. Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica de aquella época, de las ideas sobre el valor de la persona que se encuentran ya en el iniciador de la cultura jurídica del Jus Commune, IRNERIO. Este jurista, al comentar el término 'persona' que aparece en Instituta 1, 2, 12, escribía: 'El hombre es la más digna de todas las criaturas' (*Homo est dignissima creaturarum*) y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre a BOECIO y a algunos versos de OVIDIO y VIRGILIO. Sus discípulos pensaron de forma igual e, incluso BULGARO, que ha pasado a la Historia fundamentalmente por su fuerte sentido de la jerarquía política y del orden social entonces establecido, escribía que 'el esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve'. Por tanto, los juristas, ya desde IRNERIO, superaron la descripción de la realidad social y política de su tiempo y se situaron en un plano utópico que reclamaba la libertad e igualdad para todos los hombres. En estas líneas de Irnerio y de sus discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juristas del Jus Commune que se suceden hasta el siglo XVIII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la época ilustrada: Me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos parcialmente, uno el Derecho natural, que 'constituye' la igual libertad para todos los hombres, y otro el Derecho de gentes. Este último es un Derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que constituye el Derecho natural".⁸⁵

A propósito de la existencia en el Derecho de gentes de instituciones jurídicas que "derogaban" principios del Derecho natural, refiere Carpintero: "El argumento que puede explicar más satisfactoriamente la derogación de lo que entonces se entendía por Derecho natural, nos lo proporciona ACURSIO también: El *ius gentium* legitima realidades repugnantes a la razón natural, como son la esclavitud o la existencia de la *praescriptio*, ya que estas instituciones son necesarias, porque existen *propter necessitatis*".⁸⁶ Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima, afirma ACURSIO, porque es preferible que el prisionero de guerra sea esclavizado a que sea ejecutado, y las *praescriptiones* hacen posible que las propiedades o dominios sean seguros y no estén sometidos a controversias y pleitos que se eternicen. En consecuencia, el *ius naturale* puede ser derogado o no ser tenido en cuenta cuando existe una causa proporcionada, y en tal sentido es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que constituye este derecho. Pero estos juristas no eran lo que hoy llamaríamos unos relativistas, de modo que ellos admitieran que las circunstancias dominan por completo la vida práctica del hombre. Ellos mantenían que el Derecho natural estaba relacionado de algún modo con la equidad natural, y por este hecho ACURSIO lo definía como aquel Derecho 'que siempre es bueno y equitativo', *quod semper bonum et aequum est*, el

⁸⁵ Carpintero Benítez, Francisco (2000), ob. cit., pp. 19-21.

⁸⁶ Es decir, por ser necesarias, ineludibles.

amigo perpetuo y real del género humano (...). Era, pues, necesario explicar razonadamente por qué o cómo había sido derogado y qué superioridad práctica aseguraba esta 'derogación'".⁸⁷

De esta manera, podríamos afirmar que los juristas cristianos que hicieron suyos los viejos principios del Derecho natural que venían de Grecia y de Roma, se transformarían durante el medioevo en una suerte de "conciencia vigilante" de los gobernantes. Pero, como hombres prácticos inmersos en una determinada realidad histórica, admitían que algunos de los principios jurídicos que dimanaban del Derecho natural podían ser circunstancialmente "derogados" o dejados de lado, en la medida que existiere una razón proporcionada que así lo justificare.

iii.- El iusnaturalismo "neoescolástico" y el iusnaturalismo "racionalista", en la Edad Moderna.

Al concluir la "Edad Media" e iniciarse la "Edad Moderna", surgieron dos escuelas de Derecho natural. Una, continuadora del pensamiento tomista, pero que pretende superarlo, llamada "Jusnaturalismo Neo-Escolástico" o "Neo-Tomista", también llamada "Jusnaturalismo ortodoxo", cuyo más importante representante fue Francisco Suárez (1548-1617). Destacaron también, entre otros, Domingo de Soto (1494-1560), Juan de Mariana (1536-1624), Francisco de Vitoria (c. 1483 o 1486-1546), Bartolomé de Las Casas (c. 1474 o 1484-1566), Luis de Molina (1535-1600), Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), etc. En general, se agrupan bajo el nombre de "Escuela Española" o "Escuela de Salamanca" (por la filiación docente de varios de estos autores), que floreció durante los siglos XVI y XVII. La otra escuela, que plasma el pensamiento racionalista e individualista de la época, fue denominada como "Jusnaturalismo Racionalista", cuyos máximos exponentes fueron Hugo Grocio, castellanización de Hugo de Groot (1583-1645) y Samuel Pufendorf (1632-1694) y que se proyectará hasta Immanuel Kant (1724-1804). También debe destacarse entre los integrantes de esta segunda escuela a Leibniz, de quien hablaremos más adelante. La primera escuela, la conformaron principalmente autores católicos de origen español. La segunda escuela, la integraron autores preferentemente protestantes y de origen germánico.

En su obra "Tratado de las leyes y de Dios legislador", según refiere Bascuñán, Francisco Suárez se pregunta si la ley natural es inmutable o no; y aun cuando formula la tesis de la inmutabilidad, admite que al aplicarla, los preceptos que derivan del Derecho natural cambian al tenor de las circunstancias históricas. De esta manera, siendo el Derecho natural perenne y absoluto, tiene sin embargo un contenido variable: "Los primeros principios de Derecho natural –decimos con Recasens– no varían; lo que ocurre es que esos principios, al conjugarse con la realidad social concreta dan lugar a preceptos que rigen solamente para esa realidad y no para otra. Al variar ese estado de cosas, por virtud de una libre decisión humana (en cuanto que su mudanza está admitida por el Derecho natural, porque éste no la regula ni preceptiva ni prohibitivamente, sino tan solo de modo permisivo), los preceptos jusnaturalistas que corresponden a las nuevas situaciones tendrán contenidos diversos. En consecuencia, -agrega Bascuñán-, Suárez distingue dos clases de preceptos de Derecho natural: aquellos cuyo contenido tiene carácter necesario, independientes de toda decisión humana, a los cuales llama "Derecho natural Preceptivo", y aquellos cuya validez se apoya en una libre decisión humana, tomada entre una serie de posibilidades, igualmente lícitas en principio, habida cuenta de motivos de conveniencia y oportunidad, que llama "Derecho natural Dominativo", porque pertenecen al libre dominio y prudente elección de las personas."⁸⁸

En la otra vertiente del Derecho natural, la llamada "racionalista", Hugo Grocio, "descubre la conciencia racional del hombre como instancia reguladora de toda teoría y de toda norma para la conducta práctica (...) y vuelve la espalda a la experiencia que es

⁸⁷ Carpintero Benítez, Francisco, (2000) ob. cit., pp. 25 y 26.

⁸⁸ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 63 y 64.

lo confuso, lo dudoso”, y “trata de elaborar un esquema de Derecho fundado única y exclusivamente en la reflexión racional pura, con desprecio de la Historia”. Así, “El auténtico Derecho es para esta tendencia, el Derecho Natural, aquel que descubre la razón pura”. De esta manera, “Grocio distingue un Derecho voluntario (*jus voluntarium*) derivado de la voluntad de Dios o de los hombres, y, por consiguiente variable según la voluntad creadora (divina o humana); y un Derecho Natural (*jus naturale*), producto de la naturaleza del hombre considerado como ser racional, y especialmente de su necesidad innata de vivir en sociedad (el *appetitus societatis* aristotélico). Mientras el Derecho Voluntario es variable, el Derecho Natural es invariable y fatal; ni la voluntad humana ni la divina pueden modificarlo. El *Jus Naturale* es aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre y subsistiría aunque no existiese Dios (*etiamsi daremus non esse Deum*). El Derecho se libera así de toda teología”.⁸⁹

Sin embargo, los seguidores de Grocio no concuerdan con “el signo permanente de la naturaleza humana”, que le da al Derecho natural su fijeza. En lugar del impulso humano a la sociabilidad, plantean otras explicaciones. Así, Samuel Pufendorf afirma que dicho signo corresponde a lo que llama “imbecilias”, con lo que alude a “un sentimiento de debilidad o desvalimiento”. Thomas Hobbes (1588-1679), por su parte, plantea que el factor fundamental es el “instinto de conservación” que origina al Estado, para evitar con ello la lucha del hombre contra el hombre, “*bellum omnia contra omnes*”, la guerra de todos contra todos. Para Cristián Tomasio (1655-1728), el “afán de dicha” es el elemento esencial de la naturaleza humana en el que radica el Derecho natural.⁹⁰

Kant, por su parte, definirá el Derecho como “El conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad”.⁹¹ Así, “De acuerdo con este concepto acerca del poder de la razón y del Derecho como norma de coexistencia entre hombres dotados de libertad, para Kant el Derecho Natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos, inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico: ‘obra de tal manera que la norma de tus actos pueda valer como principio de conducta o de legislación universal’”.⁹²

En oposición al iusnaturalismo neoescolástico, el iusnaturalismo racionalista no concede a la Historia otro campo que el del Derecho Voluntario, identificado con la legislación. Se resta importancia a la jurisprudencia y a la costumbre. La jurisprudencia no es más que la aplicación silogística de la ley al caso concreto. La costumbre, por su parte, no tiene valor jurídico sino en la medida en que la ley así lo permita.⁹³

La escuela racionalista, señala Hernán Corral, “sigue afirmando la existencia de un derecho determinado por la naturaleza, pero se distancia de la escolástica en que piensa que la razón debe operar no sólo con autonomía sino con prescindencia de la experiencia y de las tradiciones culturales y religiosas, y que siendo todopoderosa, es capaz de establecer soluciones concretas para todas las situaciones que se presenten en la realidad. Así, el Derecho natural ya no es considerado como un componente de la legislación positiva, sino que se le estima un ordenamiento paralelo y completo al cual el Derecho positivo particular de cada nación debe amoldarse. Se intenta así formular verdaderos códigos de Derecho natural”.⁹⁴

Planteadas así las cosas, la evolución natural que debía seguir era la de instaurar la omnipotencia de la ley, recogida en los códigos que en el siglo siguiente comenzarían

⁸⁹ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 64 y 65.

⁹⁰ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 65.

⁹¹ Kant, Immanuel, *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, p. 43, citado por Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 450.

⁹² Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 450.

⁹³ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 65 y 66.

⁹⁴ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 163.

a dictarse. El iusnaturalismo racionalista operó entonces como una fase previa a la codificación, como una suerte de revulsivo de la misma y por ende fue funcional a la positivización del Derecho, que se materializaría en la segunda mitad del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX.

Cabe destacar también que estos autores, de una y otra escuela, junto con sostener los principios del Derecho natural, aunque con las diferencias esbozadas, serán los primeros que plantearán la existencia de un Derecho internacional, a partir de la idea de la libre navegación de los mares. Así como se reconoce un Derecho universal e invariable para todos los seres humanos, así también se comienza a postular un Derecho por el cual deben regirse los Estados en sus relaciones y en los actos que realicen sus nacionales más allá de sus fronteras, en especial el aplicable a la navegación de las flotas que se crearon por las primeras compañías "de Indias".

En las décadas finales del siglo XVII y en las primeras del siglo XVIII, comienzan a formularse postulados tendientes a moderar las conclusiones del iusnaturalismo racionalista y a reivindicar el historicismo. Frente al "rígido pensar jusnaturalista con su creencia en la inmutabilidad de los supremos ideales humanos y en la identidad permanente de la naturaleza humana a través del tiempo",⁹⁵ se apela a la importancia del devenir histórico de cada pueblo, a su cultura, a sus tradiciones y por ende a sus particularidades, incluidas las jurídicas. Entre los juristas y filósofos más importantes que cuestionan los postulados más radicales del iusnaturalismo racionalista, destacamos a Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716), de cuya obra hablaremos más adelante; Charles de Montesquieu (1689-1755); Juan Jacobo Rousseau (1712-1778); Juan Bautista Vico (1688-1744); y Juan Godofredo Herder (1744-1804), entre otros.

Durante el siglo XVIII, surgirán otras escuelas, que controvierten los postulados de los partidarios del Derecho natural. Entre ellas, cabe destacar dos: "La Escuela Histórica del Derecho", cuyo más importante exponente fue Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), y la del "Positivismo Jurídico", que alcanza su auge con la aprobación del Código Civil por Napoleón y que se proyecta hasta el siglo XX con Hans Kelsen (1881-1973).

Así como el iusnaturalismo racionalista estableció la primacía de la razón sobre la Historia, "la consideración de la naturaleza racional y permanente del hombre como fuente de un Derecho Natural invariable (...) La reacción historicista representada por la Escuela Histórica del Derecho (...) involucra la primacía de la Realidad Nacional sobre la Razón Universal".⁹⁶ La corriente historicista se origina en el ámbito de la cultura germánica, como respuesta a los excesos de la Revolución Francesa y su culto a la "Diosa Razón" y como un dique ante "el universalismo avasallador y la fría y formalista técnica del pensamiento codificador racionalista". De igual manera, "el militarismo e imperialismo de Napoleón, sedicente emisario de tal ideología, produjeron intensa e inesperada resistencia ideológica en los países invadidos militar, cultural y jurídicamente por Francia. 'Una corriente de reacción romántica lucha por la restauración de los vínculos orgánicos rotos por la opresión sacrílega de los reformadores racionalistas'. Alemania destaca de inmediato en esta lucha. 'La reacción contra la idea de que el Estado y el Derecho pueden ser cambiados deliberadamente, siguiendo consideraciones de pura razón, se refleja en el mundo del pensamiento por una nueva veneración por los elementos irracionales, inconscientes o subconscientes de la naturaleza humana y de la vida social, del sentimiento, del instinto, de la imaginación, de la tradición y del misticismo'.⁹⁷

En efecto, frente al positivismo que levantaba cabeza en la esfera del Derecho francés, "en Alemania se desarrolló una concepción del fenómeno jurídico muy diferente.

⁹⁵ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 66.

⁹⁶ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 77.

⁹⁷ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., p. 77.

Una concepción que, entre otras cosas, ubicó al intérprete en una posición de especial importancia, sobre todo si se le compara con su colega francés. La 'escuela histórica' nació inmediatamente después de la Restauración⁹⁸ (pero tuvo sólidas raíces en la ciencia jurídica alemana de finales del siglo XVIII) y se convirtió rápidamente en un fenómeno vasto e influyente a escala continental, arrojando las bases para la corriente pandectista que se desarrolló en la segunda mitad del siglo.⁹⁹ Se identifica, sobre todo, en tres grandes autores, juristas e historiadores del derecho: GUSTAV HUGO (1764-1844),¹⁰⁰ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779-1861) y GEORG FRIEDRICH PUCHTA (1798-1846). Según esta corriente de pensamiento, el derecho romano vigente en Germania en la forma de derecho común tiene una profunda raíz histórica en cuanto fruto de la progresiva acumulación de producciones normativas de épocas diferentes (y, a menudo, en conflicto 'natural'). Son factores determinantes, no sólo el derecho legislativo, sino también la costumbre, la ciencia jurídica, la jurisprudencia o, en su conjunto, el derecho libremente aceptado por el pueblo. Derecho que, entonces, no puede ser creación arbitraria del legislador, en un momento dado y para siempre. El derecho positivo –aquel efectivamente vigente, aplicado– está constituido por derechos históricos, mientras que el derecho legislativo tiene una función complementaria. En este cuadro no tiene entonces ningún espacio la codificación”.¹⁰¹

Conforme a este orden de ideas, cuando en 1814, el profesor de Derecho civil y romanista de Göttingen, Anthon Friedrich Thibaut (1772-1840), proponga en su obra “La necesidad de un derecho civil general para Alemania”, suprimir en el Derecho del área germánica el imperio extraño del Derecho romano mediante un Código Civil, con el objeto además de alcanzar la unificación política del país (en sintonía con las corrientes nacionalistas alemanas), von Savigny, respondiendo en su obra “La vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia” (del mismo año 1814), se opondrá, invocando el Derecho consuetudinario. Sostenía Thibaut que el *usus modernus pandectarum* había determinado un sistema jurídico complejo y caótico, y que por tal razón era necesario adoptar un simple código nacional, elaborado con fuerza alemana, en el espíritu alemán.¹⁰²

Plantea Savigny, en cambio, que la fuente última del Derecho está en el espíritu del pueblo –“Volksgeist” o “espíritu nacional”–, en la conciencia de la nación alemana, de los usos y de las creencias populares. Frente a los postulados del iusnaturalismo racionalista, fundados en la Razón Humana, von Savigny opone la conciencia popular, no susceptible de ser descubierta intelectivamente como ideas, sino captable en sus manifestaciones espontáneas de aprobación y rechazo. En la conciencia común del pueblo –escribe Savigny–, vive el Derecho positivo, por lo cual puede ser llamado

⁹⁸ Es decir, el proceso que se produjo en Europa tras la caída definitiva de Napoleón en 1815 y la recomposición de las monarquías europeas y del “antiguo orden” después del Congreso de Viena de los años 1814 y 1815, en el que tuvo tan destacada participación Klemens Wenzel Lothar von Metternich (1773-1859), conde y príncipe de Metternich-Winneburg, arquitecto de la Europa postnapoleónica.

⁹⁹ La “Pandectística” (del griego “pandektes”) tomó su nombre de la denominación en griego del “Digesto”. Su antecedente fue la “Escuela Histórica” alemana. Tras la muerte de von Savigny, la mencionada escuela se convertirá en la “Pandectística” a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se dedicó la pandectística al análisis del Derecho romano, con el objeto de sistematizarlo y extraer de él sus principios, con la convicción que dicho Derecho mantenía su vigencia y por ende debía aplicarse en el ámbito del Derecho privado. La vigencia de la pandectística se extendió hasta la aprobación del Código Civil alemán en el año 1900.

¹⁰⁰ Refiere Williams que Gustav Hugo, “profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Gotinga, romanista y civilista destacado, publicó obras en ambas disciplinas y las coronó con un notable ‘Tratado de Derecho Natural considerado como filosofía del Derecho Positivo’. Es él, justamente, quien primero usó la expresión filosofía del derecho denominada hasta entonces ‘derecho natural’. El nuevo término cobró vigencia y ha perdurado universalmente hasta nuestros días”: Williams Benavente, Jaime (2021a), ob. cit., Tomo I, p. 15.

¹⁰¹ Ferrante, Riccardo (2013), “Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, vol. 25, julio-diciembre de 2013, p. 36.

¹⁰² Ferrante, Riccardo (2013), ob. cit., p. 36.

Derecho del pueblo, y agrega: "El Derecho Positivo sale de ese espíritu general que anima a todos los miembros de una nación; la unidad del derecho se revela necesariamente en su consciencia, y no es producto de la casualidad". Ahora bien, "-¿Y esta consciencia (general del pueblo), se pregunta el autor citado-, dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiesten, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se le reconoce". Ahora bien, la circunstancia de que la costumbre sea la fuente reveladora primera y fundamental del Derecho positivo, no significa, como algunos han creído, que se desconozca por la Escuela Histórica el valor de la legislación expresada en códigos. Pero, lo que ella impugna, es la precipitación en realizar la tarea codificadora, cuando el Derecho que se pretende incorporar en los códigos no ha logrado madurez suficiente ni la relativa fijeza que es susceptible alcanzar. Es decir, el legislador sólo debe exteriorizar el Derecho que sea reconocido por la tradición jurídica, que sea reconocido como una práctica asentada por el pueblo. El Derecho, entonces, no puede ser elaborado arbitrariamente por el legislador, a espaldas de la tradición jurídica de una nación y apoyándose en la sola razón, sino que debe ser el fruto de fuerzas sociales que han actuado a lo largo del tiempo de un modo natural y recóndito. A su vez, la interpretación de los jurisprudenciosos representa un órgano más avanzado que la conciencia jurídica popular, a la cual da forma más definitiva, más precisa y técnica, para que, en última instancia, el legislador formule los preceptos escritos.¹⁰³

Lo que subyace en esta pugna entre la Escuela Histórica y el positivismo francés, es una proyección, en el plano político y también en el ámbito jurídico, de un conflicto que comienza a incubarse entre, por una parte, los reinos alemanes (recuérdese que faltan algunas décadas para la unificación del Reich) y por la otra Francia, con su pretensión de hegemonía continental, a partir del *ethos* napoleónico. La semilla de este conflicto la plantó Bonaparte y su *Grande Armée*, que arrasó con los reinos de Europa, incluidos los teutónicos. Cuando algunas décadas más tarde germine, ocasionará tres guerras, las dos últimas a escala planetaria (1870, 1914, 1939).

Con el positivismo jurídico, por su parte, que prevalece a partir de las últimas décadas del siglo XVIII, se produce entonces un decaimiento de quienes defienden la existencia de un Derecho natural, prevaleciendo la idea de que no hay más Derecho que aquél que consta en la ley de cada Estado. En otras palabras, sólo el Estado, a través de las leyes, puede crear Derecho, y al realizar esta función, no reconoce límites, habida cuenta de la noción de Soberanía. No existe un "Derecho natural" supranacional, universal e inamovible en sus aspectos esenciales, y que restrinja el trabajo legislativo de cada nación. Esta noción, sin embargo, se verá seriamente cuestionada durante la segunda mitad del siglo XX, al constatar las atrocidades en las que había incurrido el Estado todopoderoso, que terminaron con millones de personas en el "Gulag" soviético y en los campos de concentración del Tercer Reich. En este contexto, Gustav Radbruch (1878-1949) afirmará que "La ley extremadamente injusta no es verdadera ley". Una declaración de esta índole, que escinde la ley de lo justo y que cuestiona la potestad legislativa sin límites del Estado moderno, claramente supone una apelación a recuperar los viejos planteamientos del Derecho natural. Afirmará Radbruch al efecto que "La ciencia del Derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho natural, un Derecho Divino, un Derecho Racional, medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia aunque revista la forma de ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es Derecho, sino lo contrario del Derecho".¹⁰⁴

¹⁰³ Bascuñán Valdés, Aníbal (1948), ob. cit., pp. 80 y 81.

¹⁰⁴ Radbruch, Gustav, *La renovación del Derecho*, p. 9, citado por Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 451.

También se destaca la obra del neokantiano Rudolf Stammler (1856-1938), quien “sostiene que junto con estudiar técnicamente el Derecho Positivo, es necesario desarrollar una teoría del ‘Derecho Justo’ (en 1902, publicará “La doctrina del Derecho justo”, en 1911 “Teoría del Derecho científico” y en 1928 “Filosofía del Derecho”). En su análisis distingue entre el concepto y la idea de Derecho. El concepto de Derecho debe abarcar todas las formas en que se ha manifestado históricamente el Derecho y, según él, se puede definir como ‘el querer entrelazante, inviolable y autárquico’. Dentro de este concepto caben también las situaciones jurídicas del despotismo (vida de los ciudadanos regida por una norma jurídica que emana del arbitrio del déspota) (...). La idea del Derecho es, en cambio, la realización de la justicia y entiende Stammler que es justa una norma jurídica cuando armoniza los propósitos individuales con los sociales. La finalidad del Derecho debe ser una comunidad de hombres de voluntad libre, pero libre sólo en el sentido de que puedan ejecutar aquellos actos cuyo fin aproveche efectivamente a la sociedad. Stammler, siguiendo a Kant, considera que cada miembro de la comunidad debe ser considerado como un fin en sí, no como un medio para realizar el querer arbitrario de otro; pero se aparta de éste en que da un mayor contenido social a su concepto de Derecho: su idea de libertad es, como hemos visto, muy distinta de la kantiana”.¹⁰⁵ Esta relación entre la idea del Derecho y el concepto de Derecho, entre el Derecho Justo y el Derecho positivo, implicará que “sólo habría un camino científicamente seguro, que sería el de investigar los fundamentos a que respondería la materia de todo el Derecho positivo, dentro de las condiciones que determinarían la marcha de la vida social. El legislador no tendría arbitrio soberano para crear el Derecho positivo, sino que su misión y su poder se limitaban a corregir los estados sociales tal como se los ofreciera la realidad. Una de las aportaciones más interesantes de la obra de R. Stammler ha sido la de considerar que ‘sólo remontándonos a la idea de Derecho encontraremos una cumbre que domine el azar caótico de la realidad, el punto de partida para reducir a unidad la variedad de los problemas jurídicos. La idea está llamada a fijar al Derecho su puesto en la esfera de los fines humanos’”.¹⁰⁶

Otro autor relevante del siglo XX es el italiano Giorgio del Vecchio (1878-1970). Expresa Pacheco que “El eminente filósofo del Derecho (...) cree en un Derecho Natural absoluto, igual a la justicia. Su realización está en el reconocimiento, que se ha operado paulatinamente, de la autonomía de la personalidad humana. Como Kant y Stammler, piensa que todo hombre tiene derecho a ser considerado por sus congéneres como un fin; pero se distancia de Kant en cuanto al concepto de Estado, que es para él ‘la organización más perfecta, el poder supremo que regula toda actividad humana’. Así se pierde el carácter individualista kantiano del Estado y se faculta a éste para intervenir en todo cuanto aproveche al bien común, siempre que sus actos no afecten la autonomía de la personalidad humana. En Del Vecchio se encuentran claramente expresadas las características de la nueva filosofía jusnaturalista: se valorizan los conceptos tradicionales acerca de los derechos individuales y se otorga al Estado una función activa para propender al bien común”.¹⁰⁷

iv.- El Derecho natural reformulado tras la Segunda Guerra Mundial.

Al terminar dicha conflagración mundial, la más grande que haya sufrido la Humanidad,¹⁰⁸ se alzaron cuestionamientos al imperio del positivismo jurídico, en cuanto se había demostrado incapaz de limitar a los regímenes políticos totalitarios. Desde el momento en que la ley no tenía otra limitación que la propia soberanía nacional, los

¹⁰⁵ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 451.

¹⁰⁶ Hierrezuelo Conde, Guillermo (2007), “STAMMLER, Rudolf, *La génesis del Derecho* (traducción del alemán por Wenceslao Roces Suárez y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2006), 90 págs., en *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, Nº 29, Valparaíso, 2007, pp. 641-643.

¹⁰⁷ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., pp. 451 y 452.

¹⁰⁸ Una estimación moderada del número de personas muertas a causa de la Segunda Guerra Mundial estaría en torno a unos sesenta millones.

Estados dictaron leyes que posibilitaron la persecución de millones de ciudadanos por sus ideas políticas, su clase social o su raza. Se admite ahora, en contra de los postulados extremos del positivismo, la existencia de un Derecho "supralegal", que se impone por sobre las leyes abiertamente injustas y arbitrarias. Tal Derecho "supralegal" constituye entonces una restricción para el Estado. De esta forma, sería legítimo resistirse a la autoridad cuando se intenta imponer a los ciudadanos una ley extremadamente injusta que no es compatible con el Derecho natural. Algunos han considerado que, en parte, el Derecho natural se ha reconocido en diversos instrumentos internacionales, a partir de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948. Debe constatarse, sin embargo, que varias encíclicas de la Iglesia Católica declararon desde fines del siglo XIX la vigencia de los principios del Derecho natural, en defensa de la dignidad, la libertad e integridad de las personas.

Antonio Vodanovic distingue por su parte tres fases en la evolución de los postulados del Derecho natural:

i.- El Derecho natural clásico.

Señala que "Todas las concepciones del Derecho Natural concuerdan en que éste deriva de la naturaleza de los hombres y de sus relaciones, independientemente de la voluntad del legislador o de convenciones. Ahora bien, la concepción clásica agrega que, al contrario del Derecho Positivo, cambiante según el tiempo y el lugar, el Derecho Natural, más elevado, es inmutable en el tiempo y en el espacio. Los principios o mandatos del Derecho Natural han sido puestos por la naturaleza de todos los seres humanos y se descubren, mediante la razón, en el propio fondo de éstos. En su esencia, la naturaleza humana es idéntica en todos los hombres y no varía; de ahí la consecuencia que los preceptos de Derecho Natural sean inmutables y universales a pesar de la diversidad de las condiciones individuales, de los medios o ambientes históricos y geográficos, de las civilizaciones y de las culturas". De esta manera, "El Derecho Natural sería infalible y superior al Derecho Positivo, el cual, sobre todo para lograr la verdadera justicia, debería inspirarse en aquél".¹⁰⁹

ii.- Decadencia del Derecho natural y surgimiento del Derecho positivo.

"En contra del Derecho Natural clásico se argumentó que el Derecho proviene siempre de condiciones diferentes según el lugar y la época y, en consecuencia, por su naturaleza misma debe ser múltiple. Se agregaba, también, que constituye un absurdo plantear un derecho inmanente y trascendente, independiente del tiempo y el espacio (...). Advino con fuerza, a mediados del siglo XIX, el positivismo que rechaza todas las tendencias metafísicas; su objeto lo reduce a lo empírico, a los datos concretos perceptibles por los sentidos. En el campo de la teoría jurídica asumió varias formas, pero carácter común de todas ellas es el desprecio por la especulación metafísica y filosófica y propugnar, en cambio, la investigación científica en el terreno empírico. La Ciencia Jurídica –en el pensamiento de los positivistas– debe ocuparse de analizar las normas jurídicas efectivamente establecidas por los órganos del Estado".¹¹⁰

iii.- Renacimiento del Derecho natural.

En una reacción iniciada en la segunda década del siglo XX y que cobra mayor fuerza a mediados de la pasada centuria, se puso en tela de juicio el positivismo, en especial por las leyes dictadas en los regímenes totalitarios, que "condujeron a abusos incalificables, ya que la fuente de los preceptos tenía por única inspiración la voluntad y hasta la intolerable arbitrariedad de esos gobernantes y sus secuaces. No se podía oponer, como alguna vez se hizo, la superioridad de las normas del Derecho Natural provenientes de la razón o de la divinidad según otros". En esta reacción, distingue Vodanovic dos corrientes fundamentales. Una corriente, lo concibe con un *contenido variable* (Colin y Capitant, conforme a lo señalado). Se afirma que el Derecho está

¹⁰⁹ Vodanovic H., Antonio (1990), N° 100, pp. 65 y 66.

¹¹⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., p. 66, N° 101.

dominado por el sentimiento de justicia, natural en el hombre. Tal sentimiento y el derecho que de él fluye o deriva, son esencialmente variables según las épocas y los países. En esos lugares y tiempos constituirán un derecho ideal. Otra corriente, llamada del derecho natural *irreductible* o *progresivo*, postula, al igual que la anterior, que la idea de la justicia es el fundamento del derecho y el bien común, de finalidad variable según las épocas, y que la razón humana debe descubrirlo y percibirlo tomando en cuenta los datos sociales, como la economía política, la costumbre, las tradiciones nacionales.¹¹¹

Por nuestra parte, creemos que sí existe un Derecho natural, que emana de la naturaleza de los seres humanos, y que tiene un carácter universal e inmutable, pues universal e inmutable es dicha naturaleza humana, sea ello porque entendamos que los seres humanos son criaturas creadas por Dios, sea porque entendamos que, aun no teniendo dicho origen, su carácter de seres racionales les confiere una dignidad única que debe ser respetada bajo todas las circunstancias. En cambio, aquello que puede mutar durante el decurso de la Historia, son las *buenas costumbres*, es decir, la moral que, al trasuntar la esfera íntima de los individuos, se convierte en un conjunto de prácticas de los seres humanos en su vida en sociedad, y que constituye precisamente una manifestación de dicha moral. Ahondaremos en esta idea en el punto que sigue.

2.3. Derecho y moral.

Como expresan Colin y Capitant, “El fin de la moral y del derecho es, en el fondo, el mismo: buscar la felicidad, la cual no puede existir para el hombre más que mediante un equilibrio estable y permanente entre las diversas personalidades humanas. El dominio del derecho y de la moral parece también confundirse, puesto que se proponen uno y otro fijar un conjunto de reglas destinadas a gobernar la actividad de cada uno de nosotros. Pero, según la fórmula célebre y mil veces citada de Bentham, el derecho y la moral, si tienen el *mismo centro*, no tienen la *misma circunferencia*. Dicho de otra manera, sus esferas de acción respectivas difieren esencialmente. La de la moral es más extensa. En efecto, además de las reglas de su actividad o deberes hacia sus semejantes, propone al hombre deberes para consigo mismo y, en los sistemas teístas, deberes para con Dios. De estos tres grupos de deberes, el derecho que no considera más que la actividad *social* de la persona permanece extraño a los dos últimos. Y, aun entre nuestros deberes respecto a los demás hombres hay algunos que prescribe la moral y no el derecho, porque implican un grado de percepción psíquica raramente alcanzado, por ejemplo, los deberes de asistencia y sacrificio. Por consiguiente –y esto nos conduce a la segunda y principal diferencia entre la moral y el derecho–, éste no puede comprender más que preceptos accesibles a la generalidad de los hombres, precisamente porque es *derecho*, porque ha de poder imponerse por la fuerza si es preciso. La moral, por el contrario, es ilimitada en su desarrollo, porque en sus diferentes sistemas no tiene más que sanciones psicológicas o religiosas”.¹¹²

Se suelen destacar varias diferencias entre las normas jurídicas y las normas morales. Revisemos las fundamentales, en el entendido que, al referirnos a las segundas, debe distinguirse, a juicio de algunos, entre las normas de la moral individual o personal y las normas de la moral social, al menos en algunas de sus características.

a) En cuanto al ámbito en que operan estas normas.

Tanto la moral como el Derecho son normas de conducta humana. Pero la primera opera en el ámbito de la *conciencia* de cada persona, mientras que el segundo se

¹¹¹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 102, pp. 66 y 67.

¹¹² Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., p. 3.

presenta en el campo de la *convivencia social*. Sin embargo, no debe creerse que la moral se ocupa únicamente del individuo, en la intimidad de su conciencia, y que el Derecho desestime todo aquello que no corresponda al campo de las relaciones sociales. La moral, como expresa Guillermo Borda, “no opone al individuo a la sociedad; por el contrario, reputa al hombre como un ser eminentemente sociable y lo valora como tal; en buena medida, los actos humanos se juzgan moralmente según su alcance exterior, su valor social (...). La Moral gobierna la conducta social del hombre mediante dos virtudes: la caridad y la justicia. Y, por su parte, el Derecho coopera de manera esencial al logro del fin último de la vida humana, en cuanto es la regla que encausa la coexistencia y determina imperativamente el efectivo concurso de todos los miembros de una sociedad al bien común. No extraña, por tanto, que, con frecuencia, el Derecho penetre al fondo de las conciencias y juzgue las intenciones. Pero es indiscutible que la Moral se dirige más hacia lo íntimo de la conducta humana, en tanto que el Derecho mira preponderantemente hacia el aspecto externo de esa conducta”.¹¹³

Refiriéndose a esta característica, Squella señala que “Las normas de la moral personal son interiores 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 interno 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”.¹¹⁴

En cambio, “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”.¹¹⁵

b) En cuanto a la autonomía o heteronomía de las normas.

Así como la norma moral es autónoma, en el sentido que la persona la asume conforme a su decisión y convicción, es decir su cumplimiento nace de su propia voluntad, la norma jurídica es heterónoma, pues le es impuesta al individuo por el poder del Estado, con prescindencia de su voluntad y convicción.

Se dice, en efecto, que “La moral es autónoma, es decir, se la impone el individuo a sí mismo, surge de la convicción propia, exige una íntima adhesión a la norma que cumple. No importa que las normas hayan sido establecidas por un proceso racional íntimo, o que deriven de una fuente externa (revelación religiosa, tradición, mandato paterno, etc.), porque en estos últimos casos, aunque el contenido de las normas morales no haya sido hallado por el sujeto, éste estima que es bueno y obligatorio cumplir con ellas. Aun en tales casos, la Moral tiene que descansar en una convicción del sujeto. En cambio, el Derecho es heterónomo, le es impuesto al individuo por el Estado, con total independencia de lo que íntimamente piense aquél. No importa que el sujeto estime buena o mala la norma jurídica; de todas maneras, le es obligatoria cumplirla. Concretando: la norma moral se la impone el individuo a sí mismo; la jurídica le es impuesta por el Estado”.¹¹⁶

¹¹³ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, p. 11.

¹¹⁴ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 68 y 69.

¹¹⁵ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 69.

¹¹⁶ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, p. 12.

Eduardo García Máñez, refiriéndose a la antinomia *autonomía-heteronomía* y a los postulados de Kant sobre la materia, expresa por su parte: "Otra de las doctrinas de Kant que ha sido aplicada a la cuestión que nos ocupa, es la de la autonomía de la voluntad. Toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo. Cuando la persona obra de acuerdo con un precepto que no deriva de su albedrío, sino de una voluntad extraña, su proceder es heterónomo, y carece, por consiguiente, de mérito moral. En el ámbito de una legislación autónoma legislador y obligado se confunden. El autor de la regla es el mismo sujeto que debe cumplirla. *Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.* En la esfera de una legislación heterónoma el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos. De acuerdo con esta tesis los preceptos morales son autónomos, porque tienen su fuente en la voluntad de quienes deben acatarlos. Las normas del derecho son, por el contrario, heterónomas, ya que su origen no está en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente".¹¹⁷

Jaime Williams formula un distinguo, en cuanto la norma moral es heterónoma en su origen y autónoma en su cumplimiento: "*Heterónoma en su origen.* La norma no es creada por la voluntad del sujeto; si así fuera, no sólo su obligatoriedad dependería caprichosamente de cada cual, sino también su vigencia: si yo creo la norma, también podría modificarla, alterarla, adaptarla a voluntad y, por cierto, derogarla". Pero sí es "*Autónoma como norma concreta.* A nuestro juicio, la autonomía viene dada en su cumplimiento. En efecto, ella es general y es el sujeto quien, de acuerdo a ella y habida consideración de las circunstancias concretas, formula un juicio ético particular o norma particular".¹¹⁸

Squella, por su parte, distingue según se trate de la moral personal o de la moral social: "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". En cambio, "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 obligado por una norma de este sector pueda también aprobar ésta en conciencia".¹¹⁹

c) En cuanto al carácter incoercible o coercible de las normas.

La moral "supone y requiere libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, es preciso que el sujeto la realice por sí mismo, que responda a una posición de su propio querer. En cambio, la norma jurídica es obligatoria; los individuos no pueden negarse a cumplirla, pues, si lo hicieran, el Estado los obligaría a cumplirla coactivamente; y si el cumplimiento fuera ya imposible, aplicará, también coactivamente, una sanción".¹²⁰

El carácter incoercible de la norma moral, "Significa que no es susceptible de ser exigible su cumplimiento por la fuerza física. Es más, de obtener el cumplimiento de un deber moral mediante el uso de la fuerza, la moral sigue incumplida, puesto que ella, ya que persigue en última instancia la *bondad* del sujeto (su calidad de hombre bueno o virtuoso), reclama su *íntima y libre* voluntad".¹²¹

¹¹⁷ García Máñez, Eduardo (2002), *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición, México, Editorial Porrúa, p. 22.

¹¹⁸ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 45.

¹¹⁹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 69 y 70.

¹²⁰ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, pp. 12 y 13.

¹²¹ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 45.

Respecto de esta característica, Squella no distingue, pues tanto la moral personal como la moral social son incoercibles: "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". Igual cosa ocurre con las normas de la moral social: "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".¹²²

En este punto, tenemos sin embargo una observación: veremos que la moral social se concreta, en las normas del Código Civil, en el concepto de *buenas costumbres*. Siendo así, su infracción sí será susceptible de sancionarse mediante la pertinente sentencia judicial. En este sentido, las normas atinentes a la moral social sí serían coercibles, al menos cuando ellas se identifiquen con la noción de las buenas costumbres.

d) En cuanto al carácter unilateral o bilateral de las normas.

La norma moral la cumple o no un sujeto, sin consideración a otra persona. Cada persona, en su fuero interno, y conforme a los dictados de su conciencia, decide el cumplimiento de la norma moral. Con todo, no es menos cierto que las conductas morales concretas se realizan por las personas en la vida en sociedad. En cambio, las normas jurídicas son bilaterales no sólo porque se aplican a las personas en su vida en sociedad, sino también porque deben cumplirse en consideración a un sujeto activo o pretensor (acreedor), con el que se origina una relación jurídica. Esto explica "por qué el deber moral es sólo deber y no tiene un correlativo derecho frente a él; en cambio, la obligación jurídica implica siempre la existencia, frente al obligado, de un sujeto pretensor, que, jurídicamente autorizado, exige; ante el deudor hay siempre un acreedor".¹²³

Como expresa Williams, la norma moral "Prescribe un deber, pero no faculta a nadie para exigir de otro el cumplimiento de su deber".¹²⁴

Squella, una vez más, distingue según si nos encontramos ante normas de moral personal o social: "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". Pero, "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".¹²⁵

¹²² Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 70 y 71.

¹²³ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, p. 14.

¹²⁴ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 45.

¹²⁵ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 69 y 70.

Conforme a las diferencias expuestas, se podría creer, en principio, que las normas morales y las normas jurídicas operan en distintos campos, de manera que las primeras no se internan en el dominio de las segundas. Las primeras, operarían en la esfera individual, considerando a la persona en sí misma, ante sí y no en relación con los demás; mientras que las segundas, en las relaciones sociales, de unas personas con otras personas. Sin embargo, como ya se ha anticipado, no es del todo cierto que las normas morales no trasciendan más allá de la conciencia de los individuos. En realidad, habría que formular un distingo, entre lo que se ha entendido como *moral individual* y *moral social*. En efecto, la segunda, emerge en la casi totalidad de los códigos civiles. Se explica esto, si reiteramos la idea en virtud de la cual el fin de la moral y del derecho es el mismo. Sea que entendamos este fin como la búsqueda de la felicidad de las personas, considerando para ello “un ideal de bondad humana, hacia el que debe enderezarse nuestro comportamiento. Cuando este ideal es el que cada uno halla en su conciencia hablamos de *moral individual*; cuando es el que impera en la sociedad le damos el nombre de *moral social*. Bien entendido que tal distinción se perfila en atención al origen de los preceptos morales y no a su contenido. En orden a éste toda moral traza un plan de conducta que (con la salvedad de no tomar el adjetivo en su acepción política hoy tan en uso) calificaríamos de *totalitario*, por ser comprensivo de todas las esferas donde se desarrolla la actividad de los hombres, tanto la interna o de conciencia como la exterior o social. La moral recibida por los textos legales, conviene decirlo desde ahora, es una moral social”.¹²⁶

De esta manera, señala Squella, “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”.¹²⁷

Describiendo las diferencias entre ambas clases de moral, agrega Squella lo siguiente:

i.- En cuanto a la moral personal o autónoma: “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)”.

ii.- En cuanto a la moral social: “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

¹²⁶ De Buen, Demófilo (2003), “La moral en el Derecho civil”, p. 59, disponible en www.derecho.unam.mx. Se trata de una conferencia que el jurista español leyó en octubre de 1940 en México, país en el que se había exiliado tras el colapso de la República española el año anterior.

¹²⁷ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 66.

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 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".¹²⁸

Refiriéndose a la noción de *moral social*, Demófilo de Buen la describe en los siguientes términos: "La moral social es un hecho innegable. No reviste ciertamente la conformación de los hechos físicos; es un hecho de trascendencia normativa. Por un proceso cuyas etapas corresponde estudiar a la Sociología, acaso por ese *consensus ideológico* de que nos habló Comte, se origina una coincidencia de juicios valorativos concernientes a la conducta. Tal convenir de unas opiniones con otras se exterioriza sobre todo en las costumbres, formándose de esta suerte una suma o ensamblaje de valoraciones que, por ser producto humano, no es un sistema cabal, sino un itinerario hacia el ideal lleno de accidentes terrenales. Por ser una creación colectiva, tiene, sin embargo, la virtud de ser el mejor exponente de aquello que hay de común en la hondura de todos los hombres".¹²⁹

De ahí que se afirme por Demófilo de Buen que "Innumerables son las citas que podrían aportarse para demostrar que las buenas costumbres de los códigos civiles son lo mismo que la moral social. Los autores de los distintos países cuyos cuerpos civiles fundamentales emplean tal expresión aceptan, por lo menos en su gran mayoría, tal punto de vista. Dentro de la literatura jurídica mexicana, el docto maestro Borja Soriano, en su documentada obra *Teoría General del derecho de las obligaciones*, reproduce, sin duda por aceptarla, la opinión de Ferrara a cuyo tenor 'buenas costumbres' equivale a moral social de determinado pueblo y en cierto tiempo. Añadiré a ello que Demogue, en su fundamental *Traité des Obligations en général* (t. II, 773 bis, p. 598) declara que 'las buenas costumbres no se determinan con arreglo a un ideal religioso o filosófico, sino conforme a los hechos y a la opinión común'. Ripert, por su parte, en su libro, tan lleno de doctrina y de interés, sobre la *régle morale dans les obligations civiles* (2ª. Edic., 1927, p. 43) sostiene que por la virtud de los textos concernientes a las buenas costumbres se concede a los tribunales la facultad de velar por la observancia de la regla moral, que para él por cierto no es la moral de cualquiera sino la moral cristiana 'esa ley bien precisa que gobierna las sociedades occidentales modernas y que es respetada porque está impuesta por la fe, la razón, la conciencia o simplemente por el hábito o por respeto humano' (...). Por lo que respecta al derecho español es de observar que en varios artículos del Código civil la expresión 'buenas costumbres' ha sido sustituida por la palabra 'moral' (v. arts. 1255, 1275). Allí donde se conserva el primer giro (v. arts. 792, 1116) se ha interpretado como equivalente al mismo vocablo".¹³⁰

De esta manera, la moral social se explica y justifica porque "La vida social requiere inexcusablemente concordancia con ciertos principios cardinales. Son ellos como el aglutinante, como la argamasa, sin la cual las diversas partes de la sociedad pierden toda su adherencia, con la amenaza consiguiente de que el edificio se arruine. Tales principios no pueden quedar abandonados al libre parecer de los ciudadanos. Por su efectividad, dentro de ciertos límites, vela también la ley".¹³¹

¹²⁸ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 67.

¹²⁹ De Buen, Demófilo (2003), ob. cit., p. 64.

¹³⁰ De Buen, Demófilo (2003), ob. cit., pp. 65 y 66.

¹³¹ De Buen, Demófilo (2003), ob. cit., p. 68.

Por lo demás, esta idea de las buenas costumbres como manifestación de la moral en la vida en sociedad, se puede observar en la evolución experimentada por el Derecho romano, cuando los *mores civitatis*, *mores maiorum*, con que se aludía a las antiguas costumbres romanas, adquieren un sentido ecuménico: "En el desarrollo del derecho romano el concepto de las buenas costumbres experimenta una transformación notable. Influyen sobre él la filosofía griega, sobre todo la estoica, y la extensión del mundo romano. Aquéllas dejan de ser comprendidas como un privilegio de la Roma antigua y ahora se hacen derivar de la naturaleza humana y no de la opinión de los hombres. Se enlazan con la idea del *ius naturale*".¹³²

En el mismo sentido, Colin y Capitant señalan que la moral que se recoge en los textos legales y más concretamente en el Código Civil francés (y según veremos, también en el Código Civil chileno), es la que corresponde a las "buenas costumbres": "Las buenas costumbres, son la *moral*. Por consiguiente, está prohibido a los particulares insertar en los actos jurídicos, obra de su voluntad, disposiciones contrarias a la moral. Si lo hacen, obrarán en vano, su voluntad estará desprovista de todo alcance jurídico. No solamente lo dice el art. 6º del CC; hay otras disposiciones bastante numerosas esparcidas en el derecho francés, que, a propósito de materias especiales, reproducen la misma regla (Véase, principalmente, arts. 900, 1133, 1172, 1387, CC). Resulta de estos textos (...), que contra lo que parece a primera vista del art. 6º no solamente está prohibido derogar por actos jurídicos las *leyes* relativas a las buenas costumbres, sino además, fuera de toda disposición formal, los preceptos de la moral. Por consiguientes, los tribunales tienen derecho a anular toda convención, toda operación jurídica que juzguen *inmoral*".¹³³

El citado art. 6º del Código Civil francés, dispone: "No cabe derogar, por convenciones particulares, las leyes que afecten al orden público y a las buenas costumbres". El art. 1133, decía: "Es ilícita la causa cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público". La Ordennance Nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016, modificó este precepto legal y al menos en términos formales, suprimió la *causa* entre los requisitos del contrato. Sin embargo, se puede afirmar que tanto la *causa* como el *objeto* del acto contrato, están hoy comprendidos dentro de la noción de *contenido* del contrato. Expresa el actual art. 1128: "Son necesarios para la validez de un contrato: 1º El consentimiento de las partes; 2º Su capacidad de contratar; 3º Un contenido lícito y cierto". Ahora bien, la *licitud* del contenido, entre otros aspectos, implica que el contrato no sea contrario a las buenas costumbres, conforme al citado art. 6º.

¿Qué ocurre con nuestro Código Civil? En él, es posible encontrar numerosos preceptos que se refieren a la moral, sea que se le denomine como buenas costumbres o aludiendo directamente a la moral, en el entendido que unas y otra corresponden a una misma idea, conforme a lo que se ha explicado. Aluden a las *buenas costumbres* los arts. 1461, 1467, 1475 y 1717. Se refieren a la *moral* los arts. 226, 239, 271, 272, 382, 539, 1093, 1476, 1480, 1683, 1717, 1792-15 Nº 1, 1993, 2055. De todos ellos, destaquemos dos: los arts. 1461 y 1475. El primero, al referirse al hecho *objeto* de un acto jurídico, en cuanto ha de ser "moralmente posible". El segundo, al aludir a la *condición*, que también debe ser "moralmente posible". En ambos, se repite la siguiente frase: "Es (...) moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1461, inc. 3º); "Es (...) moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público". Si bien la moral desempeña en estos preceptos un rol genérico, pues abarca las tres situaciones -conducta opuesta a una ley prohibitiva, conducta opuesta a

¹³² De Buen, Demófilo (2003), ob. cit., p. 68.

¹³³ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., p. 42.

las buenas costumbres y conducta opuesta a una ley de orden público-,¹³⁴ nos parece que su vinculación directa es con las buenas costumbres. Éstas, conforme a lo que hemos señalado, corresponden a las manifestaciones de la moral en el orden social. Es decir, a la llamada *moral social*.

Todo lo expuesto en este acápite, me parece que nos demuestra que la moral, cuando se concreta y exterioriza en las conductas de las personas que viven en sociedad, forma parte integrante del ordenamiento jurídico. Siendo así, si dichas conductas no se avienen con el estándar moral vigente en la sociedad, se aplicarán sanciones por el ordenamiento jurídico. La moral, entonces, no es ajena al Derecho, sino que parte consustancial del mismo.

2.4. Fundamento y fines del Derecho.

a) Fundamento del Derecho.

Como expresa Máximo Pacheco, el Derecho tiene su fundamento en la propia naturaleza humana. Es en ésta y en los atributos que dimanar de la misma, lo que explica y hace necesaria la existencia del Derecho. Es el reconocimiento de la *dignidad* de todos los seres humanos, y de la *libertad* en que ellos aspiran a vivir, así como de la *justicia* que esperan recibir, lo que torna imprescindible que se articule aquello que llamamos Derecho. Sólo en una sociedad en la que impere el Derecho, puede asegurarse el respeto a la dignidad de las personas y la posibilidad de que éstas, de manera libre, propendan a su desarrollo y reciban un tratamiento justo.

Decía al efecto Máximo Pacheco: "El Derecho se fundamenta en la esencia de la naturaleza humana, que es inmutable e igual en todos los hombres, y en el hecho que todos ellos gozan de la facultad de determinarse por sí mismos en busca de su realización integral. Ahora bien, todo aquello que le es indispensable al hombre para el desarrollo de su personalidad y cuya obtención está, en algún modo, subordinada a otro, le es debido a él, y, correlativamente, el hombre está obligado a reconocer, como propias de sus semejantes, aquellas cosas o facultades que están en relación de condición necesaria para la satisfacción de las exigencias de la naturaleza de los demás hombres. Esto quiere decir que existe, en virtud de la propia naturaleza, un orden o disposición que la razón humana puede descubrir y según el cual debe obrar la voluntad para conformarse con las finalidades del ser. De consiguiente, existe una ley rectora de la vida humana que tiene por fundamento la naturaleza racional del hombre y no precisa de promulgación, porque se encuentra grabada en nuestra conciencia y le señala un conjunto de derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también inalienables".¹³⁵

Se trata, como ya se ha dicho, del "Derecho natural", entendido, en palabras del mismo Pacheco, como "la expresión de los primeros principios de justicia que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, determinan las facultades que a cada uno pertenecen en conformidad con el ordenamiento natural, y sirven de fundamento a toda regulación positiva de la convivencia humana. El Derecho Natural impone la exigencia de que a la persona humana, por ser una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre, no se le puede tratar por la sociedad como un medio, sino como un fin; y, por ello, debe reconocérsele el poder de obrar conforme a las exigencias de su último fin y garantizársele al respecto el uso lícito de su actividad, por parte de los demás integrantes del grupo social. Este es el fundamento de los derechos de la persona humana (...). La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona. (...) Los derechos de la persona humana arraigan en la vocación del hombre, ser espiritual y libre, al orden

¹³⁴ El rol genérico de la moral se reitera en los arts. 1476 y 1480. En el primero, se refiere a "un hecho inmoral o prohibido"; en el segundo, "a un hecho ilegal o inmoral".

¹³⁵ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 26.

de los valores absolutos y a un destino trascendente. Entre estos derechos cabe mencionar el derecho a la existencia; a la integridad física; a la libertad; a la igualdad; al trabajo; a los medios indispensables y suficientes para un nivel de vida digna, especialmente en cuanto se refiere a la alimentación, el vestuario, la habitación, el descanso, la atención médica y los servicios sociales necesarios; a la seguridad; a la participación en los bienes de la cultura; a honrar a Dios según los dictados de su recta razón; a profesar la religión privada y públicamente; a la elección del propio estado; a la propiedad privada de los bienes de consumo; a la asociación; a tomar parte activa en la vida pública y contribuir a la consecución del bien común; a la defensa jurídica de los propios derechos, de manera que ella sea eficaz, imparcial y regida por los principios objetivos de justicia, etc.”.¹³⁶

De esta manera, “El Derecho Positivo existe por causa del hombre; es una forma necesaria del vivir humano-social; y su esencia, que descansa en valores éticos, trasciende los hechos materiales. Su finalidad es la de subordinar las relaciones sociales a los principios de justicia, encarnando lo espiritual en lo temporal. La finalidad del Derecho Positivo es crear un orden justo, cierto y seguro de la convivencia humana para lograr el bien común de la sociedad. Para cumplir esta finalidad en plenitud, el Derecho debe, además, convertirse en instrumento de cambio social que facilite el progreso de la sociedad, haga posible que ascienda a grados más elevados de organización y unificación, tome mayor conciencia de la dignidad de la persona humana y de su libertad e igualdad fundamentales, estructure un orden más justo y realice el bien común espiritual y material de la sociedad”.¹³⁷

En síntesis: tres son los valores fundamentales en los que se fundamenta el Derecho. Este existe como un necesario corolario de estos tres valores fundamentales que emanan de la propia naturaleza humana: la dignidad, la libertad y la justicia. Estos tres valores esenciales son los que permiten a cada ser humano su más plena realización espiritual y material. La falta o debilitamiento de cualquiera de ellos impedirá esta realización y supondrá una patología en la sociedad que debe intentarse remediar lo antes posible, pues de no hacerlo se producirá un grave quiebre de la comunidad nacional.

b) Fines del Derecho.

Para asegurar que los tres valores que sirven de fundamento al Derecho se preserven, se respeten y se profundicen, el Derecho debe servir como un medio para obtener que cada uno reciba un trato justo, en el marco de la necesaria seguridad y cautelando que los conflictos que se van suscitando se resuelvan en un marco pacífico, erradicando la violencia entre los particulares y confiriéndole al Estado el empleo exclusivo de la fuerza legítima, es decir, conforme a Derecho.

Tres son entonces los grandes fines del Derecho: la *justicia* (que es al mismo tiempo fundamento y fin del Derecho), la *seguridad jurídica* y la *paz*. Debe posibilitar el Derecho que cada uno pueda obtener lo que corresponda conforme a sus méritos (justicia individual), y para aquellos menos dotados en la lucha de la vida, asegurarles una existencia acorde a la dignidad humana (justicia social); debe asimismo establecer el Derecho un marco normativo estable, igualitario y público, que permita a todas las personas desarrollarse para alcanzar el mayor bienestar espiritual y material posibles (certeza o seguridad jurídica); y debe, en último término, garantizar el Derecho la paz social, en cuanto presupuesto insoslayable para que se alcancen los dos primeros fines. La combinación y concreción virtuosa de estos tres fines, posibilita en última instancia la consecución del fin supremo del Derecho: *el bien común*. En palabras de Cicerón,

¹³⁶ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 26.

¹³⁷ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 27.

salus populi suprema lex est. Afirma, en tal sentido, que *Constare profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam inventas esse leges*, es decir, "Consta ciertamente que las leyes han sido inventadas para la salud de los ciudadanos, y la incolumidad de las ciudades, y la vida quieta y dichosa de los hombres".¹³⁸

Seguidamente, nos referiremos a la paz y a la seguridad jurídica. En el acápite siguiente trataremos de la justicia.

Se podría afirmar que la *paz* es el primero de los fines que busca alcanzar el Derecho. Hemos señalado, desde las primeras ideas vertidas en este texto, que sin el Derecho sería imposible que los seres humanos convivieran en paz. Toda la historia de la Humanidad es un camino en el que, con avances y retrocesos, los juristas han intentado que los seres humanos acepten que los conflictos que entre ellos pueden suscitarse deben resolverse, en lo posible, sin apelar al recurso de la fuerza. El Derecho es, por tanto, el medio para instaurar la paz social. Esta deviene entonces como finalidad esencial del Derecho.

Precisamente, respecto de la paz, destaca Squella que el Derecho prohíbe a los particulares el uso de la fuerza, que sólo ha de ejercerse por el mismo Derecho, a través de los órganos respectivos del Estado, al que se le atribuye el monopolio en la materia. Al respecto, existe "una tendencia en común a todos los ordenamientos jurídicos, desde los primitivos comienzos del derecho hasta el derecho de los Estados modernos, que consiste en la prohibición del uso de la fuerza física entre los individuos y grupos que forman la sociedad y en la circunstancia adicional de que se haga de un uso semejante de la fuerza el antecedente de la aplicación de un acto coactivo por parte del derecho. De este modo, el derecho convierte al recurso a la fuerza en la condición de una sanción que es posible imponer en uso de la fuerza organizada por el propio derecho, de donde se sigue que es preciso distinguir entre una fuerza prohibida (la que un sujeto ejerce indebidamente sobre otro) y una fuerza permitida (la que aplica el derecho, entre otros, al sujeto que ejerce la fuerza sobre otro). En consecuencia, la prohibición de emplear la fuerza tiene sólo un carácter relativo, puesto que el propio derecho se vale del recurso a la fuerza para imponer sus sanciones. En otras palabras: hay una fuerza prohibida y una fuerza permitida o autorizada, o bien, actos de fuerza prohibidos y actos de fuerza autorizados. La fuerza está autorizada o, lo que es lo mismo, estamos en presencia de acto de fuerza autorizado, cuando este acto se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico ha descrito previamente como condición o antecedente de esta consecuencia. [...] Ahora bien, desde que todos los ordenamientos jurídicos han progresado en el sentido descrito, esto es, prohibiendo todo empleo de la fuerza que no sea precisamente la ejecución de los actos coactivos que el mismo ordenamiento establece como consecuencia de determinadas conductas o hechos, cada ordenamiento procede también a fijar con toda precisión las condiciones en que deba tener lugar un determinado acto coactivo, o sea, el tipo de conductas precisas a las cuales se aparea un acto coactivo, sí como la indicación del órgano a través del cual se deberá proceder a ejecutar dicho acto. En este sentido se dice que *el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*".¹³⁹

Con todo, agrega Squella, no es menos cierto que la paz *no puede ser sino relativa*, en dos aspectos: "Al monopolizar el uso de la fuerza, el derecho provee de una paz relativa a la sociedad en que rige. Provee *paz* porque, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la guerra de todos contra todos e impide que las luchas y conflictos de intereses entre individuos y grupos concluya simplemente con la aplicación del más fuerte. Pero se trata únicamente de una paz *relativa* por un doble motivo: en primer lugar, porque el derecho, si bien prohíbe el recurso a la fuerza, no consigue nunca

¹³⁸ Cicerón, *Las Leyes*, III y V.

¹³⁹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 532 y 533.

erradicarlo del todo, como ocurre, por lo demás, con todas las conductas que el derecho prohíbe; y, en segundo lugar, porque el propio derecho se vale de actos coactivos, es decir, de actos de fuerza, como reacción a las conductas contrarias a sus prescripciones”.¹⁴⁰

Es decir, aunque pudiera parecer paradójal, para erradicar la fuerza entre los individuos, es imprescindible recurrir a la fuerza contra quienes intenten valerse de ella. Pero ello, en el entendido que, contra una fuerza ilegítima, ha de recurrirse a una fuerza legítima, organizada por el propio Derecho.

En palabras de Kelsen (citado por Squella): “la fuerza se emplea para evitar el empleo de la fuerza ... El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto que prohíbe el uso de la fuerza ... sin embargo, no excluye en absoluto el uso de la fuerza. El derecho es una organización 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”.¹⁴¹

En lo que respecta al fin de la *seguridad jurídica*, ésta debe entenderse en el sentido de que las personas puedan desenvolverse en el ámbito jurídico, tanto ante los órganos del Estado cuanto, con otros individuos, con la certeza de que los efectos jurídicos de sus actos serán aquellos que previamente contempla el ordenamiento, y que, de intentarse una alteración de ellos, podrá recurrir a los tribunales de justicia para que se restablezca el imperio del Derecho. *Seguridad*, así entendida, significa *certidumbre*, claridad en cuanto a las consecuencias jurídicas que el ordenamiento consagra para cada uno de nuestros actos. Para ello, es imprescindible que las normas jurídicas sean *conocidas* (las normas deben difundirse y en teoría conocerse por todas las personas, al menos en sus aspectos esenciales), *precisas* (el tenor y el sentido de las normas ha de ser claro), *relativamente estables* (las normas deben permanecer vigentes por un tiempo razonable, usualmente prolongado, y debe evitarse mudanzas reiteradas que originan ignorancia y confusión acerca de las normas vigentes) y *que no se apliquen con efecto retroactivo* (no puede admitirse que las conductas de las personas sean reguladas por normas que no se encontraban vigentes cuando ellas se realizaron).

Bien se podría afirmar que sin seguridad jurídica no hay paz ni justicia posibles.

En tal sentido, Jorge del Picó destaca que “la seguridad jurídica es un medio del que se vale el derecho para garantizar la consecución de los otros fines, a la vez que un destino de tales esfuerzos. En términos estrictos, cabe precisar que el único valor propiamente jurídico es la seguridad jurídica, ya que la justicia constituye un objeto de atención multidisciplinaria y la paz refleja una aspiración universal, igualmente tratada en diversas disciplinas morales”.¹⁴²

Del Picó define la seguridad jurídica “como la situación en la cual se encuentran los sujetos imperados por la norma jurídica como consecuencia de la ordenación prescriptiva de su conducta, de carácter previsible, objetivo y público, dirigida a la consecución del bien común, cuando es generalmente observado y cumplido”.¹⁴³

En este contexto, “la noción de seguridad jurídica se traduce en la situación del sujeto imperado por las normas en un escenario caracterizado por la certidumbre, en el cual conociendo o pudiendo conocer las prescripciones que le afectan, puede esperar que tales normativas sean debidamente observadas y acatadas. Cumplen, por tanto, una función de brindar coordenadas básicas que les facilitan a las personas la realización de sus acciones dentro del marco legal, proveyéndoles de seguridad personal”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 533 y 534.

¹⁴¹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 534.

¹⁴² Del Picó Rubio, Jorge (2024), “La seguridad jurídica como finalidad del derecho”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 30, N° 1, 2024, Talca, Chile, p. 162.

¹⁴³ Del Picó Rubio, Jorge (2024), ob. cit., p. 163.

¹⁴⁴ Del Picó Rubio, Jorge (2024), ob. cit., p. 163.

De esta forma, "Así entendida, la seguridad jurídica genera los necesarios grados de certeza mínimos a las personas, en especial sobre la posición que ocupan en el espacio jurídico, tanto respecto de los poderes públicos como del resto de los sujetos con quienes convive en sociedad. La percepción de seguridad personal, en definitiva, proviene en gran medida de las garantías que son configuradas y brindadas por el Estado de derecho, entre las que destacan de manera principal el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la producción de las normas estatales por diversos poderes constituidos, de manera diferenciada".¹⁴⁵

Siguiendo los planteamientos de Jorge Millas, sostiene Jorge del Picó que la seguridad jurídica reconoce *dos efectos distintivos principales*: "el establecimiento de una modalidad de convivencia social pacífica, y la garantía razonable extendida a los sujetos imperados de que podrán prever y calcular las consecuencias jurídicas de sus actos". En otras palabras: modo pacífico de convivencia y previsibilidad jurídica.¹⁴⁶

Ahora bien, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, agrega Del Picó, requiere de cuatro condiciones:

i.- *La positividad del derecho*: "La previsibilidad jurídica requiere de su institucionalización legislativa, es decir, que las normas jurídicas que han de regir la vida social se encuentren estatuidas en leyes [...]. De este modo, se puede afirmar como condición fundamental o básica para que exista seguridad jurídica, a la existencia de normas jurídicas, con los caracteres básicos que la teoría del derecho les reconoce, a saber: su preexistencia respecto de los hechos a los cuales se aplicará; la objetividad de su contenido descriptivo que aleja sentidos difusos cuya interpretación pueda favorecer intereses parcializados; la impersonalidad entendida en su sentido principal que determina que todos los sujetos sean tratados con igualdad; su necesaria publicidad previa a la vigencia de la norma y, finalmente, su previsible eficacia o autoridad derivada del hecho que tales normas gocen de la garantía de su cumplimiento por parte del poder público".

ii.- *La fundamentación fáctica objetiva*: "implica que las decisiones jurisdiccionales deben estar basadas en hechos determinables con el menor margen de error que sea posible, evitando la sustentación de una sentencia en los juicios de valor de un juez particular, y [que] la convivencia con los otros poderes constituidos puedan afectar la independencia e imparcialidad judicial, requiriendo para tal logro normas eficaces que consagren la declaración de conflictos de interés de quienes participan en el nombramiento, permanencia y salida de los jueces".

iii.- *Grado mínimo de estabilidad del orden normativo jurídico*: "que evite una frecuente sucesión de cambios legales que generen una percepción innecesaria de inestabilidad en las instituciones públicas".

iv.- *Irretroactividad del sistema legal*: "manifestada en la generación de normas jurídicas cuyos efectos se proyecten básicamente hacia el futuro -especialmente en la dimensión penal- constituye una importante condición de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas".¹⁴⁷

Señala Squella que el Derecho provee la seguridad jurídica en cuatro sentidos: en cuanto *orientación*, en cuanto *orden*, en cuanto *previsibilidad* y en cuanto *protección*.

"En primer lugar, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orientación*, puesto que, por su propia naturaleza, el derecho se presenta siempre como un conjunto de normas y otros estándares que, junto con establecer cómo debe ser el comportamiento de las personas, influye de hecho en el modo cómo éstas se conducen efectivamente en el curso de la vida social".¹⁴⁸

¹⁴⁵ Del Picó Rubio, Jorge (2024), ob. cit., p. 164.

¹⁴⁶ Del Picó Rubio, Jorge (2024), ob. cit., p. 164.

¹⁴⁷ Del Picó Rubio, Jorge (2024), ob. cit., pp. 165 y 166.

¹⁴⁸ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 535.

"Seguidamente, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orden*, porque, al regular coactivamente cómo deben conducirse las personas y al establecer quiénes y bajo qué condiciones estarán autorizados para producir, interpretar y aplicar, sus normas, se configura a sí mismo como un orden objetivo y, a la par, como un medio a través del cual se ordenan las relaciones entre los hombres. Como dice Jorge Millas, 'el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con un principio superior de organización social'".¹⁴⁹

"A continuación, el derecho provee seguridad en cuanto *previsibilidad*, puesto que allí donde rige un ordenamiento jurídico que es en términos generales eficaz, los correspondientes sujetos normativos saben a qué atenerse, es decir, conocen lo que el derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y están informados acerca de cuáles serán las consecuencias de los actos que ejecuten en el curso de la vida en sociedad".¹⁵⁰

"Por último, el derecho provee seguridad en cuanto *protección*, puesto que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza un conjunto de derechos, algunos de ellos en carácter de fundamentales, que se relacionan con ciertos valores de interés general, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad".¹⁵¹

De esta manera, "En sentido estricto, la seguridad jurídica es la situación que en lo tocante a sus relaciones sociales se encuentran los sujetos normativos, en cuanto tales relaciones se hallan previstas y reguladas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. De este modo, la seguridad jurídica, como su propia denominación lo indica, es una seguridad específica [...]. Se trata, simplemente, de la seguridad social del hombre que vive en una determinada comunidad jurídica y que conoce o puede llegar a conocer, con bastante certeza, qué es lo que tanto para él como para los demás está mandado, prohibido o permitido por el derecho, y que puede conocer también cuáles serán las precisas consecuencias que habrán de seguirse en caso de que él, o cualquiera de los otros integrantes de la comunidad jurídica, no ajusten su comportamiento a las normas jurídicas del respectivo ordenamiento".¹⁵²

Constituyen manifestaciones de la seguridad jurídica, según Squella, las siguientes:

i.- *Presunción de conocimiento del derecho*: aludiremos a esta materia en el estudio de la Teoría de la Ley, pero desde ya, téngase presente lo dispuesto en los arts. 7 y 8 del Código Civil. El primero expresa: "La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria. / Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial. / Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia"; el segundo dispone: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia".

ii.- *Principio de legalidad*: "en virtud del cual lo lícito y lo ilícito, así como las consecuencias de lo ilícito, se encuentran preconfiguradas con claridad y precisión por las normas del ordenamiento jurídico".

iii.- *Irretroactividad de las normas*: "como mandato para el juez que debe aplicarlas y como principio para el legislador que las produce y que sólo excepcionalmente puede dar carácter retroactivo a las normas que crea".

iv.- *Derechos adquiridos*: "como prolongación del principio de irretroactividad, que son aquellos válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación, de modo que un cambio de ésta no puede posteriormente afectarlos".

¹⁴⁹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 535.

¹⁵⁰ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 535.

¹⁵¹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 535.

¹⁵² Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 536.

v.- *Cosa juzgada*: “como factor que elimina la incertidumbre al establecer el carácter irreductible que toman a partir de cierto instante las decisiones contenidas en los fallos judiciales y al impedir un nuevo examen judicial de los asuntos que ya han sido resueltos por medio de una sentencia”.

vi.- *Prescripción*: “por último, como institución que también elimina la incertidumbre, al poner fin al estado potencial de una conducta o acción jurídica significativa”.¹⁵³

2.5. Derecho y justicia.

Hemos visto que la justicia es, al mismo tiempo, uno de los *fundamentos* y también uno de los *finés* generales del Derecho.

Para el Diccionario de la Lengua Española, la voz “justicia” significa, entre otras acepciones: “Una de las cuatro virtudes cardinales,¹⁵⁴ que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”; “Derecho, razón, equidad”; “Aquello que debe hacerse según derecho o razón”.

Revisaremos seguidamente algunos planteamientos formulados a lo largo del tiempo.

a) La justicia según Aristóteles.

En su obra “Ética Nicomáquea”, para llegar a la noción de justicia, Aristóteles parte por definir lo injusto. Llama injusto “tanto al transgresor de la ley (*paranomos*), como al codicioso (*pleonektês*), esto es, aquél que atenta contra la igualdad, al exigir más de los bienes y menos de los males que le corresponden. Esta vía negativa permite definir dos sentidos centrales del término justicia. En un primer sentido, justicia es, en cierto modo, lo legal y, en un segundo sentido, es el respeto a la igualdad o, para ser más precisos, aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas. Al primer sentido se lo ha denominado **justicia universal** o **general** [...], al segundo **justicia particular**”.¹⁵⁵

Las dos modalidades de justicia son especies del género de la virtud (*aretê*), y se caracteriza porque es la única de las virtudes que se refiere al bien ajeno, porque afecta a los otros.¹⁵⁶ En cambio, las otras virtudes miran al sujeto en sí mismo, y no con respecto a los demás individuos.

La justicia universal “trata del conjunto de las relaciones sociales, es decir, del bien común”. En cambio, “la justicia particular se enfoca a las relaciones de intercambio entre individuos dentro de la comunidad”. Por ello, “la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales; en cambio, la justicia particular es una parte del total de las virtudes, que tiene como objeto la distribución e intercambio de bienes, así como la violación de las normas que presiden dichas actividades”.¹⁵⁷

La noción de justicia universal deriva del paso de los hombres como animales sociales a animales políticos: “Esta diferenciación corresponde a la distinción entre *oikos* y *polis*. En el mito de Prometeo y Epimeteo, que narra Platón en el *Protágoras*, se plantea que si bien los hombres son espontáneamente sociales, sólo se convierten en seres políticos cuando tienen la capacidad de reunirse para definir conscientemente aquellas leyes que definen sus fines e identidad común, es decir, cuando adquieren el sentido de

¹⁵³ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 541.

¹⁵⁴ Las cuatro virtudes cardinales, reconocidas desde la filosofía griega (Platón habría sido el primero en hablar de ellas en su obra *La República*, y después su discípulo Aristóteles las recogió en sus escritos) y adoptadas después por la tradición cristiana, son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. Se complementan por las virtudes teologales, que son la fe, la esperanza y la caridad.

¹⁵⁵ Serrano, Enrique (2005), “La teoría aristotélica de la justicia”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 22/Abril 2005, Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 124.

¹⁵⁶ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., p. 124.

¹⁵⁷ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., p. 124.

la justicia y del pudor (el sentido moral en general). De acuerdo con Aristóteles, los seres humanos son por naturaleza animales políticos potencialmente. Esta potencialidad política se actualiza cuando constituyen, mediante la actividad conjunta, la *polis*".¹⁵⁸

La justicia universal, por tanto, "se refiere fundamentalmente al conjunto de leyes que representan los muros espirituales de la *polis* y en las que se condensa el bien común. Aristóteles parte del supuesto de que la legalidad implica la justicia, pues las leyes introducen un orden (*kosmos*) que hace posible no sólo la convivencia, sino también la aspiración de alcanzar una vida buena. Aunque el conjunto de normas imperantes en una sociedad concreta no cumplan plenamente con las exigencias de la justicia, su mera eficacia ya implica un mayor grado de justicia en comparación con aquellas sociedades en donde no existe una legalidad definida o donde ésta no se respeta. Para Aristóteles el concepto de legalidad presupone no sólo una regularidad en las conductas, sino también una referencia a la justicia. Porque la ley (en su sentido normativo) contiene el mandato de vivir conforme a la virtud y la prohibición de comportarse de manera viciosa. Como dirá más tarde San Agustín la diferencia entre las leyes y las órdenes dadas por un ladrón (o por un tirano) es que en las primeras existe una demanda de justicia, de la que emana su autoridad. En tanto las leyes representan el principal medio para formar a los individuos como miembros de la sociedad en general y como ciudadanos en particular, todos deben obedecerlas. De acuerdo con Aristóteles el mejor gobierno es el gobierno de las leyes; pues, la única otra alternativa a este último sería el gobierno de un ser infinitamente sabio, capaz de controlar plenamente sus pasiones, lo que, como el propio Platón reconoció, no es una alternativa real o viable en el mundo humano".¹⁵⁹

Ahora bien, Aristóteles no ignora que "la identificación entre justicia y legalidad encierra un gran problema, porque la experiencia indica que, aunque es preferible la presencia de la legalidad a su ausencia, no todas las leyes y normas se adecuan a la justicia". Aristóteles "es consciente que la fórmula que establece la igualdad entre justicia y legalidad requiere de una justificación. Cabe advertir el límite que él mismo introduce cuando establece el nexo entre justicia y legalidad: '(...) todo lo legal es, **en cierto modo**, justo (...)'. Predicar la justicia de la legalidad es un presupuesto que requiere de la labor de fundamentación filosófica. Aristóteles advierte una conexión entre legalidad y justicia en el nivel conceptual, esto es, que la noción de legalidad implica de manera implícita una referencia a la justicia. Por ejemplo, ningún legislador puede afirmar, sin caer en una contradicción, que la ley que establece es injusta, pues ello sería afirmar que los ciudadanos deben someterse, no a la ley, sino a su arbitrio. Dicho de otra manera, se negaría el sentido normativo del orden civil y de la legalidad que lo conforma. Pero entre el vínculo conceptual que une legalidad con justicia y el nivel empírico existe un abismo (no toda ley vigente es justa)".¹⁶⁰

Resolver esta cuestión, "exige establecer un criterio racional que permita juzgar críticamente la validez (el carácter justo) de las distintas leyes y normas empíricas. En este punto se introduce la conocida distinción entre justicia natural y justicia legal",¹⁶¹ a la que ya aludimos ("1.- Necesidad del Derecho y del Ordenamiento Jurídico").

De esta forma, si la ley, racionalmente analizada, no es justa, debe ser corregida o perfeccionada por el juez mediante la equidad. Pero "asumir la equidad como complemento indispensable de la legalidad no presupone aceptar la arbitrariedad del sujeto que juzga". En efecto, "en la medida que el discernimiento y consideración de los jueces tampoco puede ser infalible, sus sentencias deben, a su vez, estar sometidas a un proceso de revisión o corrección. Para ello es menester que la argumentación, en la que se sustenta la sentencia, tenga un carácter público, ya que, como exige el principio

¹⁵⁸ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., p. 127.

¹⁵⁹ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., p. 127.

¹⁶⁰ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., pp. 128 y 129.

¹⁶¹ Serrano, Enrique (2005), ob. cit., p. 129.

de la justicia universal, la sentencia debe ser susceptible de generar un consenso general".¹⁶²

Por cierto, según examinaremos en el estudio de la Teoría de la Ley, esta actividad jurisdiccional "correctora" de la ley le está vedada al juez en el Derecho moderno.

En lo que concierne a la "justicia particular", distingue Aristóteles dos especies de justicia: una, que corresponde a la "justicia distributiva". Otra, que denomina "justicia correctiva" (y que, en la Edad Media, Santo Tomás de Aquino llamará "justicia conmutativa").

La justicia distributiva se basa en la proporción geométrica (cada uno recibe un cierto porcentaje, y estos porcentajes pueden ser desiguales), mientras que la justicia correctiva en una aritmética (cada uno debe recibir lo mismo que recibe el otro).

Respecto de la "justicia distributiva", dirá que "es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad (pues en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a otro)". Aquí, entonces, lo que cada uno reciba podrá no ser igual, pues habrá que atender a los méritos y obras de cada cual.

En cuanto a la "justicia correctiva", afirmará que "es la que establece los tratos en las relaciones entre los individuos". Esta última, a su vez, tiene dos partes, pues los tratos son voluntarios e involuntarios. Los voluntarios "son tratos tales como los de compra, venta, préstamo de dinero, fianza, usufructo, depósito, alquiler (y se llaman voluntarios, porque son iniciados voluntariamente)". Agregaré que "de los involuntarios, unos son llamados clandestinos, como el hurto, el adulterio, envenenamiento [...], y otros son violentos, como el ultraje, el encarcelamiento, el homicidio, el robo...".

La "justicia correctiva" de "tratos voluntarios" es la que opera en el ámbito contractual. Respecto de esta especie de justicia particular, dirá: "en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad". Agregaré que "la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia. Es por esto por lo que aquellos que discuten recurren al juez [...]; se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia". De esta manera, "la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez. El juez restablece la igualdad, y es como si de una línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede la mitad y lo añadiera al segmento menor". Así, "Cuando el todo se divide en dos partes, se dice que cada una tiene lo suyo siempre que ambas sean iguales, y lo igual sea el término medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética". En esta tesis, se postula que, en un contrato, ninguna de las partes debe obtener una ganancia y otra una pérdida, sino que ambas han de obtener lo mismo. Afirmaré al efecto Aristóteles: "Los términos 'ganancia' y 'pérdida' proceden de los cambios voluntarios, pues a tener más de lo que uno poseía se le llama ganar y a tener menos de lo que tenía al principio, perder, y lo mismo en el comprar, en el vender y en todos los otros cambios que la ley permite; y cuando dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo que tenían, se dice, entonces, que tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan". Agregaré Aristóteles que "lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida" y que "consiste en tener lo mismo antes que después".¹⁶³

Esta concepción de la justicia correctiva influirá en los juristas medievales a tal punto, que por largo tiempo se sostuvo que el lucro, es decir la ganancia o provecho que se saca de algo, se condenó como atentatoria a la moral cristiana. La premisa era que del intercambio de bienes y servicios ninguno obtuviere una ventaja por sobre otro, pues

¹⁶² Serrano, Enrique (2005), ob. cit., pp. 137 y 138.

¹⁶³ Aristóteles (1985), *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid, Editorial Gredos S.A., pp. 242-247.

si así ocurría, se infligía un daño al prójimo y tal hecho era reprobado por la moral cristiana.

Jaime Williams resume así las ideas de Aristóteles: la justicia, como igualdad, puede ser como proporción geométrica (justicia distributiva) o como proporción aritmética (justicia correctiva). La primera da a cada uno según sus méritos; la segunda da a cada uno en igual medida, independientemente de sus méritos. La primera la utiliza el Estado al repartir honores, bienes, cargas, funciones, entre sus miembros. La segunda, se usa como medida de rectificación en las relaciones de cambio o de intercambio: *synallágmata*. Estas relaciones pueden ser voluntarias (*ekusía*), como las propias de los contratos, e involuntarias (*akusía*), como ocurre frente a los delitos y cuasidelitos.¹⁶⁴

La noción de justicia correctiva o sinalagmática, como agrega Williams, “es la que se aplica a los intercambios de bienes y servicios entre sujetos. Santo Tomás preferirá denominarla Justicia Conmutativa porque los bienes y servicios que se intercambian han de conmutarse o equivalerse recíprocamente”. Es la más objetiva de las justicias porque se miden cosas, bienes u objetos entre sí. La igualdad aquí es aritmética y no geométrica o proporcional. El valor de las transacciones civiles se mide por las cosas que se intercambian (cosa=precio) y no por la calidad de los sujetos que intervienen en el intercambio. La relación entre los sujetos intervinientes es de coordinación recíproca, tal como se aprecia en las relaciones contractuales.¹⁶⁵

De esta forma, “El acto fundamental de la *justicia distributiva* es la *repartición o distribución*, mientras el de la *justicia conmutativa* es el *acto de restitución* (pago o devolución)”.¹⁶⁶

b) La justicia según Ulpiano.

Para Domicio Ulpiano (170 – 228 d.C.), adoptando un concepto que ya Paltón atribuye en “La República” a Simónides de Ceos, *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, “Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”.

Jaime Williams desglosa de la siguiente manera esta definición:

i.- “Dar”: “significa entregar, restituir, restablecer, respetar, y, en general, todo acto humano tendiente a respetar efectivamente el derecho ajeno. Se trata, pues, de un acto y no de una norma; se trata de *dar* y no de *deber dar*. En efecto, el deber no nace de la justicia sino de la norma (título) en virtud de la cual una cosa le es atribuida (*ius*) a un sujeto, y la justicia, precisamente, consiste en respetar en los hechos aquella cosa ajena”.

ii.- “A cada uno”: “La noción de ‘cada uno’ denota, en primer lugar, que la justicia no puede operar en los campos indeterminados o abstractos, sino que requiere de la precisión, particularización o determinación de la persona o sujeto a quien se le debe. Por otra parte, esta noción significa también que para la justicia cualquier persona o sujeto puede ser *cada uno*. En definitiva, mira al titular de lo debido con independencia de toda otra circunstancia. Se proscribe, así, cualquier discriminación o acepción de personas. Por ejemplo, cualquiera puede ser comprador y en calidad de tal habrá que darle la cosa independientemente de que sea de una raza, de una clase social, de una ideología política o de otra”.

iii.- “Lo suyo”: “Es la cosa debida. Pero esta cosa está o puede estar en poder ajeno y por lo mismo debe ser restituida a su legítimo titular; y para que ello ocurra la cosa misma ha de tener un cierto rango de exterioridad que la haga susceptible de ser objeto

¹⁶⁴ Williams Benavente, Jaime (2021b), p. 132.

¹⁶⁵ Williams Benavente, Jaime (2021b), p. 134.

¹⁶⁶ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 282.

de elaciones humanas. Tal rango de exterioridad pueden tener las cosas tanto corporales como incorporeales (fama, honra, cargas, libertad). Bajo cierto aspecto, la persona también puede pertenecer en cierto sentido a otro, puede ser 'suyo (de otro)', como ocurre con un hijo respecto de sus padres, con los cónyuges respecto de sí. También actos humanos pueden ser 'suyos', como el trabajo, una prestación de servicios, incluso bienes y males (premios y castigos). En definitiva, 'suyo' es todo aquello susceptible de ser, bajo algún aspecto, atribuido a alguien".¹⁶⁷

Dirá también Ulpiano: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, "Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo".¹⁶⁸ Para Ulpiano, estas tres ideas (*tria praecepta iuris*) resumen lo que se espera de toda persona a lo largo de su vida.

Pérez de los Reyes detalla así estas tres nociones:

i.- "Vivir honestamente": "significa ser congruente entre el decir y el obrar, entre el discurso y la acción, esto es, entre los valores que se proponen y su efectivo cumplimiento en cada una de las conductas observadas. Ello equivale a ser honesto siempre, ya que una sola excepción es suficiente para caer en la deshonestidad, por lo mismo no se puede ser muy honesto o poco honesto; como todos los valores, la honestidad debe ser practicada íntegra y permanentemente".

ii.- "No dañar a otro": "implica no hacerlo ni física ni moralmente, lesiones estas últimas que suelen desencadenar consecuencias muy graves, a pesar de no dejar huellas visibles en el cuerpo de un individuo; por ello se debe evitar tajantemente la murmuración y la crítica pública que tanto afecta la honorabilidad y el prestigio de las personas; de esta suerte, el superior jerárquico puede divulgar las virtudes y el buen desempeño de sus subordinados, pero la amonestación o el extrañamiento siempre hacerlos en forma privada".

iii.- "El dar a cada uno lo suyo": "requiere en primer lugar determinar con la mayor claridad posible qué es lo suyo de cada cual, tarea no precisamente simple, sino por el contrario, demandante de la máxima atención y eficiencia; pero por otro, proceder en ese contexto, a pesar de cualquier circunstancia adversa que pudiere presentarse, como influyentismo (sic), amenazas, sobornos, compromisos y muchos factores más que suelen enturbiar el camino del buen proceder en materia jurídica [...]. Debe advertirse que dar a cada uno lo suyo no necesariamente lo beneficia; por ejemplo, sentenciar a varios años de prisión al autor de un delito, una vez demostrada fehacientemente su culpabilidad, eso es lo que merece pero no lo que le gustaría encontrar en la resolución respectiva; sin embargo, no decidir en consecuencia sería totalmente injusto. Por eso al juez no hay que pedirle que sea bueno y se duela del inculpado, sino que sea justo y obre conforme lo ordenado por la ley y lo probado en el proceso".¹⁶⁹

c) La justicia según Santo Tomás de Aquino.

Como expresa Truyol y Serra, "La teoría tomista de la justicia es un desarrollo sistemático de la de Aristóteles, con la ayuda de la jurisprudencia romana". Para Santo Tomás, "La justicia es aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas a otro. Implica cierta igualdad y esta igualdad se establece en relación a otro. Pero a la referencia al otro, a la alteridad, se añade una relación de débito, y por eso la justicia asegura a todos lo suyo. Santo Tomás la define, modificando algo un texto de

¹⁶⁷ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., pp. 274-277.

¹⁶⁸ García del Corral, Idelfonso (1889), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 1, Barcelona, Jaime Molinas – Editor, p. 199.

¹⁶⁹ Pérez de los Reyes, Marco Antonio (sin año), "El ayer y el hoy de los juristas romanos", p. 228, en www.juridica.unam.mx (consultada el 10 de febrero de 2026).

Ulpiano, como 'el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho'".¹⁷⁰

Agrega Santo Tomás que la justicia puede emanar del Derecho natural o del Derecho positivo, y en el segundo caso, de un precepto legal o de una convención entre particulares: "Se ha dicho que el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras: primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; segunda, por convención o común acuerdo, y esto, ya en forma de convenio privado (pacto entre particulares), ya en forma de convenio público (consentimiento de todo el pueblo o ley promulgada por el príncipe, en su nombre). En el primer caso tenemos el derecho natural; en el segundo, el derecho positivo. En otros términos, la justicia natural resulta de la naturaleza misma de las cosas, y la justicia positiva, de la voluntad humana expresada en leyes, costumbres o convenios particulares".¹⁷¹

A su vez, la justicia puede operar de dos modos: considerando al otro individualmente, o considerando al otro como todo el resto de la comunidad. En el primer caso, se debe dar algo a un sujeto determinado, mientras que en el segundo caso se debe dar algo a todo el pueblo (rol que desempeña precisamente el legislador): "Si la justicia ordena al hombre en relación a otro, puede hacerlo de dos modos: a otro considerado individualmente, y a otro en común, en cuanto que el que sirve a la comunidad sirve a todos sus miembros. En cuanto ordena al hombre a otro del segundo modo, la justicia puede ordenar los actos de todas las virtudes al bien común, y por eso se llama justicia general, o también legal, puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común. Si, por el contrario, la justicia ordena a otro considerado individualmente, es justicia particular, y puede presentarse bajo dos formas: como justicia conmutativa, si la relación se da entre individuos o personas privadas dentro de una comunidad; como justicia distributiva, si se trata de la relación del cuerpo social con sus miembros, o sea, del todo con sus partes. En aquélla impera la igualdad absoluta, determinada objetivamente por la cosa; en ésta se aplica la proporción, siendo el punto de referencia el mérito personal".¹⁷²

Asimismo, "Como en Aristóteles, la teoría de la justicia desemboca en santo Tomás en una teoría de la equidad que resume el famoso capítulo de la *Ética nicomáquea*: siendo los actos humanos singulares y contingentes, resulta imposible establecer una norma legal que todo lo abarque; por eso las leyes se establecen sobre la base de lo que sucede en la mayoría de los casos; pero en algunas circunstancias concretas cumplir la ley, sin más, iría contra la igualdad propia de la justicia y contra el bien común que la ley pretende cabalmente salvaguardar. Entonces, lo adecuado es prescindir del tenor literal de la ley y seguir lo que exigen la razón de justicia y la utilidad común. Esta es, concluye Santo Tomás, la función de la *epieikeia*, 'que entre nosotros se llama equidad (*aequitas*)'".¹⁷³

Pero a propósito de esta conclusión, es necesario formular la misma observación que hicimos al aludir a los planteamientos de Aristóteles: el Derecho moderno prohíbe al juez "rectificar" la ley, por injusta que la considere.

3.- El ordenamiento jurídico.

Hemos afirmado que el Derecho, aplicado en una época y en un territorio determinado, configura lo que se denomina el "Ordenamiento Jurídico". En los párrafos siguientes, revisaremos su concepto, su contenido, sus características y sus fuentes.

¹⁷⁰ Truyol y Sierra, Antonio (2004), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la Baja Edad Media*, 14ª edición, Madrid, Alianza Universidad Textos, p. 370.

¹⁷¹ Truyol y Sierra, Antonio (2004), ob. cit., p. 370.

¹⁷² Truyol y Sierra, Antonio (2004), ob. cit., pp. 370 y 371.

¹⁷³ Truyol y Sierra, Antonio (2004), ob. cit., p. 371.

3.1. Concepto de ordenamiento jurídico.

La doctrina proporciona diversas definiciones de "ordenamiento jurídico".

Para Antonio Vodanovic, se trata del "conjunto de normas jurídicas (derecho objetivo) que, formando un sistema, tiene vigencia en cierta época en un determinado grupo social, homogéneo y autónomo".¹⁷⁴

Carlos Ducci Claro, entiende por tal "el conjunto de imperativos jurídicos vigentes en una comunidad".¹⁷⁵

Para Jaime Williams, se trata del "conjunto unitario, jerárquicamente estructurado, dinámico, coherente y pleno de normas jurídicas que rigen en un territorio determinado y durante un tiempo dado".¹⁷⁶

Squella lo define como "el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado. Se trata, entonces, de una realidad *normativa*".¹⁷⁷

Por nuestra parte, entendemos por ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas, técnicamente ordenado y vigente en determinado medio social y momento histórico.

3.2. Contenido del ordenamiento jurídico.

Conforman este ordenamiento las normas jurídicas, de diversa jerarquía, según se verá, desde aquellas que se encuentran en la Constitución Política de la República, en tratados o convenciones internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, en las contenidas en leyes o decretos con fuerza de ley o en decretos leyes, hasta las que se comprenden en reglamentos u ordenanzas. También integran el ordenamiento jurídico los actos y contratos válidamente otorgados o celebrados, en cuanto crean normas jurídicas particulares. Integra asimismo el ordenamiento jurídico la costumbre, es decir la norma no escrita, en aquellos casos en que una norma legal así lo permita.

Todos debemos acatar el ordenamiento jurídico. Desde el Estado y sus distintos órganos hasta los particulares, sean éstos personas naturales o personas jurídicas. Dicho acatamiento se establece en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que consagran el denominado *principio de juridicidad*.

Lo fundamental, entonces, en todo ordenamiento jurídico, son las normas jurídicas que lo integran y el deber que tienen todos los habitantes de la nación de subordinar su conducta a ellas.

Algunos autores plantean que integran también el ordenamiento jurídico los *principios jurídicos* imperantes en un momento histórico determinado. En tal sentido, Carlos Ducci señala que "Podemos considerar también que forman parte del ordenamiento jurídico ciertos principios de orden general, que establece la Constitución, y que se imponen aun al legislador. Al enmarcar la acción legislativa entran a delimitar y formar parte automáticamente de toda la estructura normativa legal, la que se encuadra así dentro de los principios generales que una sociedad ha creído esenciales en un momento determinado de su evolución".¹⁷⁸ En la misma línea, Gonzalo Ruz Lártiga, quien, a propósito de la plenitud del ordenamiento jurídico, expresa que "el ordenamiento jurídico no puede ser definido sólo como un conjunto de normas o preceptos positivos, porque él está constituido por otros elementos que forman parte de

¹⁷⁴ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., p. 8, Nº 10.

¹⁷⁵ Ducci Claro, Carlos (1984), *Derecho Civil. Parte General*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Nº 1, p. 7.

¹⁷⁶ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 129.

¹⁷⁷ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 313.

¹⁷⁸ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 1, p. 8.

él, como, por ejemplo, la costumbre, fuente de normas jurídicas consuetudinarias, según el valor que a ella se asigne como fuente formal del Derecho. También sirven para llenar un eventual vacío ciertos principios de orden general establecidos en la Constitución y que se imponen incluso al legislador (...). Del mismo modo forman parte también del ordenamiento jurídico la equidad y el espíritu general de la legislación, los que adquieren esta dimensión a través de la labor jurisdiccional de los tribunales de justicia”.¹⁷⁹

Por nuestra parte, creemos que la definición de ordenamiento jurídico debe circunscribirse a las pertinentes normas jurídicas que lo integran. En efecto, si bien es cierto que los principios constituyen el *fundamento* del ordenamiento jurídico, es necesario que tengan una *manifestación normativa* para considerarlos como tales. Un principio sólo puede considerarse como tal, en la medida en que él se manifieste en normas de Derecho positivo. Dicha manifestación, por supuesto, no tiene que ser expresa, sino que implícita, correspondiendo al intérprete, en especial al Juez, realizar la operación intelectual que permita evidenciar de qué manera cierta norma se funda en determinado principio. Por otra parte, tenemos otras observaciones a las opiniones citadas: los principios fundamentales no sólo están ínsitos en la Constitución, sino que también en normas de rango legal. En cuanto a la costumbre, no dudamos que ella puede formar parte del ordenamiento jurídico, pero sólo en la medida que una norma de Derecho positivo así lo permita. Siendo así, la costumbre sólo puede ser considerada cuando una norma positiva acepte su aplicación, sea en un caso dado (como lo hace el art. 2 del Código Civil), sea en términos generales (como lo hace el art. 4 del Código de Comercio). Por ello es que se afirma que la costumbre es una fuente del Derecho de carácter *subsidiario*: “la subsidiariedad significa que la costumbre es fuente del Derecho porque la Ley así lo determina. Luego es la propia Ley la que fija y señala los límites y condiciones que la costumbre debe reunir para generar normas jurídicas”.¹⁸⁰

El Diccionario de la Lengua Española entiende por *principio* la “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia”. Esta *razón fundamental*, es el producto de los *valores esenciales* que tiene la sociedad en un momento histórico determinado y de los *finés* que dicho grupo social pretende alcanzar a partir de esos valores. Por supuesto que los principios, en sí mismos, no son normas, pero precisamente a partir de ellos se articulan estas normas. Al efecto, el Diccionario citado entiende por *principio de derecho* la “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”. De esta manera, la secuencia lógica a considerar sería: 1º Los valores esenciales de la sociedad; 2º Los fines que pretende alcanzar el grupo social a partir de los valores compartidos; 3º Los principios jurídicos que trasuntan dichos valores esenciales y tales fines que se persiguen; y 4º Las normas de Derecho positivo que, fundadas en dichos principios, tienen como finalidad la concreción de aquellos valores esenciales y de tales fines que se quiere alcanzar.

Como señala Gonzalo Figueroa Yáñez, “Desde el aspecto valorativo, podemos notar que en cada norma se encuentra inserto un contenido asociado a determinados valores. El objetivo que la norma se propone, aquel ‘deber ser’ ideal, es valórico y señala hacia dónde se quieren guiar las conductas de los individuos que componen la sociedad, cuál valor se quiere alcanzar”.¹⁸¹

Si se nos permite la metáfora, podríamos afirmar que el suelo más profundo corresponde a los *valores esenciales*, las raíces de un árbol a los *finés* que se persiguen para hacer efectivos esos valores, el suelo en que se yergue ese árbol a *los principios* y el tronco y sus ramas a *las normas positivas*.

¹⁷⁹ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), *Explicaciones de Derecho Civil. Parte general y acto jurídico*, Tomo I, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile, p. 8.

¹⁸⁰ Lasarte, Carlos (2003), *Principios de Derecho civil. Tomo I. Parte General y Derecho de la persona*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 9ª edición, p. 52.

¹⁸¹ Figueroa Yáñez, Gonzalo (2015), ob. cit., p. 17.

Otro sería el caso, por cierto, si definiésemos *Derecho* en general o más específicamente *Derecho civil*. En una y otra definición, sí corresponde aludir a los principios. Pero ambas definiciones son más amplias que la de ordenamiento jurídico.

3.3. Características del ordenamiento jurídico.

Podríamos destacar las siguientes características del ordenamiento jurídico:

a) Es un sistema u orden racional.

Como expresa Gonzalo Ruz, "Que el ordenamiento jurídico sea un *sistema* significa que es un conjunto ordenado e integrado de normas jurídicas o entidades jurídicas, relacionadas de manera lógica con una estructura específica".¹⁸²

En efecto, el conjunto de normas que conforman al ordenamiento jurídico está "técnicamente ordenado". No se trata de una acumulación caótica de normas que podrían divergir entre sí, sino que de una ordenación lógica y armónica entre sus diversas partes. Un sistema, como expresa el Diccionario de la Lengua, es un conjunto de reglas sobre una materia, racionalmente enlazadas entre sí. Las normas deben ser –al menos idealmente hablando– fruto de la razón, expresadas en forma lógica, de lo más general a lo más específico, y coherentes entre sí.

b) Es un sistema jerárquico.

Según se estudiará, las diversas partes del ordenamiento jurídico se ordenan jerárquicamente, de manera que las normas más generales (contenidas en el ordenamiento constitucional) han de prevalecer sobre las más específicas (contenidas en el ordenamiento legal y reglamentario). Unas normas se subordinan a otras en un entramado lógico.

Como expresa Gonzalo Ruz, "*La jerarquía* del ordenamiento jurídico significa que este conjunto de normas se encuentra ordenado en una relación de mayor a menor, en donde la norma mayor tiene poder normativo sobre la inferior, la cual debe ajustarse a la primera, bajo sanción de violación de la jerarquía normativa o de alteración del ordenamiento jurídico".¹⁸³

Jaime Williams sostiene por su parte que "un orden jurídico no es un conjunto de normas yuxtapuestas o descoordinadas, sino que forma un sistema estructurado jerárquicamente, es decir, sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos".¹⁸⁴

c) Es un sistema temporal, pero que responde a principios fundamentales inmutables.

Todo ordenamiento jurídico es concebible en un determinado momento histórico. Si bien la premisa general será que el ordenamiento jurídico estará integrado por las normas que se encuentren vigentes en un tiempo determinado, no debe olvidarse que algunas normas, aunque derogadas, pueden continuar rigiendo algunas relaciones jurídicas de carácter contractual-patrimonial, conforme a la denominada ultraactividad de la ley.

Sin embargo, las mutaciones que experimenta el ordenamiento jurídico no deben generar el error de creer que el Derecho que nos rija en un determinado momento histórico, se escribe a partir de una *tabula rasa*, sin conexión con el acervo histórico que lo antecede. Dicho acervo esencial, es el que ya se visibilizó por los juristas romanos y que tiene su causa en la propia naturaleza humana. Quizá podría sintetizarse en las tres nociones o valores fundamentales a los que se ha aludido: *dignidad* de la persona, *libertad* de la persona e *igualdad* entre aquellas personas comprendidas en una misma situación, lo que implica *justicia* entre las personas. Estas tres nociones esenciales, se proyectan en varios de los principios fundamentales del Derecho civil, según

¹⁸² Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 5.

¹⁸³ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 6.

¹⁸⁴ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 129.

examinaremos. En su concreción positiva, están protegidas en el inc. 2º del art. 5 de la Constitución Política, que reza: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Esta tensión entre el carácter mutable del ordenamiento jurídico y el acervo valórico inmutable que por ende no puede resultar afectado al operar la referida mudanza normativa corresponde a la vieja disputa entre el planteamiento historicista y el planteamiento racionalista o apriorístico. Como expresa Carlos Lasarte, "Los defensores del primero de ellos (a quienes, como valor entendido, podemos calificar de *historicistas*), con la natural diferencia de matices, mantienen el apego a la inherencia del Derecho civil a la evolución histórica, con lo que, consiguientemente, acentúan su característica de mutabilidad, de cambio o de cambio evolutivo. Al contrario, los seguidores del planteamiento apriorístico o racionalista puro (los *aprioristas*, que son, por cierto, claramente minoritarios) hacen especial hincapié en la nota de permanencia del Derecho civil desde una perspectiva meta histórica, aunque desde luego no lleguen hasta el extremo de negar la contingencia histórica de la mayor parte de las instituciones civiles".¹⁸⁵

Pero en realidad, en nuestros días ninguno de estos dos planteamientos puede ser formulado en términos categóricos y absolutos. Como agrega Lasarte, "Antes bien, abundan las posturas intermedias o sumamente matizadas y, por consiguiente, conviene precisar que la radical incompatibilidad que pudiera deducirse de los párrafos anteriores requiere ser (...) relativizada. Lo que normalmente pretenden subrayar los *aprioristas* no es la existencia permanente (siempre con las mismas características) de un conjunto normativo llamado 'Derecho civil', sino la conexión de las históricas formas del mismo con principios que, propiamente hablando, trascienden un ordenamiento jurídico determinado. O dicho con mayor precisión, los principios que normalmente se reconocen como tributarios del Derecho natural: verbigracia, el principio de la libertad de la persona con el principio de la autonomía de la voluntad; los deberes éticos con las normas del Derecho positivo sobre la buena fe, etc. A su vez, los *historicistas* subrayan el aspecto más inmediato de la mutabilidad y evolución de las instituciones jurídicas, sin que ello implique el desconocimiento o negación de las relaciones de las mismas con los presupuestos o principios del denominado Derecho natural".¹⁸⁶

En buenas cuentas: si bien los fundamentos del Derecho son inmutables porque inmutable es la naturaleza humana, los principios que dimanen de estos valores fundantes y las normas en que se concretan dichos principios y valores, obviamente van experimentando cambios a lo largo del tiempo, que en un grupo humano determinado se consideran necesarios. Estos cambios se explican por dos razones fundamentales: o bien se considera que los valores fundamentales no están adecuadamente reflejados o consagrados en el ordenamiento y por ende se requiere modificarlo, o bien se estima que ello ocurre con algunos valores de rango secundario o accidental (en el sentido que tienen una inferior jerarquía si los comparamos con los tres valores esenciales a los que hemos aludido), de manera que también se considera necesario reformar el ordenamiento. Estas mutaciones se producen, en definitiva, porque en todo grupo humano, a partir de sus valores esenciales y accidentales, se pretende la consecución de ciertos fines, y para ello los principios y las normas experimentarán ineludibles transformaciones. Todo esto explica asimismo el carácter dinámico del ordenamiento jurídico, al que aludiremos más adelante.

d) Es un sistema territorial.

¹⁸⁵ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 4.

¹⁸⁶ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 4.

El carácter territorial del ordenamiento jurídico se desenvuelve en tres aspectos:

- i.- El ordenamiento jurídico rige en el territorio de un determinado Estado, conforme al principio de la territorialidad, excluyendo, por regla general, la aplicación de normas jurídicas extranjeras. Podría ocurrir que parte de ese ordenamiento jurídico esté integrado por normas contenidas en convenciones internacionales. Pero éstas formarán parte del ordenamiento jurídico nacional, sólo en la medida que el Estado de Chile las haya suscrito y ratificado. Si así fuere, pasarán a ser Derecho vigente en la República.
- ii.- Rige, además, con algunas excepciones, a todos quienes se encuentren en dicho territorio, sean o no nacionales del respectivo Estado.
- iii.- Por otra parte, este carácter territorial implica que nuestro ordenamiento jurídico no se aplicará, por regla general, a los chilenos que se encuentren en el extranjero. En tal caso, los connacionales se regirán por el ordenamiento jurídico del país en el que se encuentren.

Sin embargo, ninguno de estos aspectos es *absoluto*, todos tienen excepciones. En efecto, en algunos casos, se admite que en Chile se aplique la ley extranjera (por ejemplo, art. 955 del Código Civil). Por otra parte, ciertas personas que se encuentren en el territorio nacional gozarán de inmunidad, en el sentido de que no se les puede aplicar la ley nacional (por ejemplo, funcionarios diplomáticos extranjeros debidamente acreditados). En tercer lugar, y de manera también excepcional, según se estudiará, algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico seguirán a los chilenos, no obstante encontrarse en el extranjero (casos de extraterritorialidad de la ley chilena).

e) Es un sistema dinámico.

El ordenamiento jurídico debe propender a contener normas estables en el tiempo, pues de esa manera se consigue la necesaria "seguridad jurídica", es decir, la posibilidad de que los ciudadanos tengan un suficiente conocimiento de ellas y en consecuencia gocen de la necesaria certidumbre acerca de qué pueden o no pueden hacer, de qué conductas son lícitas y cuáles no lo son. Pero ello no significa que tales normas no admitan reformas o cuando fuere el caso no puedan ser derogadas. Por el contrario, habrá que hacer las reformas y habrá que derogarlas, cuando ello se estime imprescindible. Se explica esto porque precisamente los valores esenciales de la sociedad (sin dejar de existir), o los valores secundarios o accidentales (que sí podrían ser sustituidos por otros), van experimentando adecuaciones (los primeros) o transformaciones más profundas (los segundos), que configuran nuevos principios y éstos a su vez deben manifestarse en nuevas normas. En todo caso, el legislador debe ser cauteloso en estas mudanzas normativas o cuando resuelve la derogación de una norma, precisamente porque en uno u otro caso puede afectar la aludida seguridad jurídica.

Las modificaciones al ordenamiento jurídico pueden deberse a razones objetivas o subjetivas. En el primer caso, factores materiales, objetivamente cuantificables, condicionan la reforma. En el segundo caso, la reforma es fruto de un nuevo consenso en la sociedad, no porque factores objetivos la hagan necesaria, sino porque se produce una mutación en las consideraciones valóricas mayoritariamente compartidas. Cambia, por así decirlo, la "sensibilidad" acerca de una materia. Ilustremos este distingo con un ejemplo: en las últimas décadas, se observa un progresivo envejecimiento de la población, debido tanto al aumento de la esperanza de vida por los progresos de la medicina y una mejor cultura de la población acerca de la salud, cuanto a una disminución de las tasas de natalidad. Esto trae consigo que las normas jurídicas destinadas a la protección de los adultos mayores deben perfeccionarse, realizando para ello las necesarias reformas. Es una razón objetiva y cuantificable la que torna imprescindible este cambio normativo. Se habla, así, de un "Derecho del adulto mayor" (cuestión impensable cuando entró en vigor nuestro Código Civil en 1857, época en la que la esperanza de vida en Chile no superaba los 40 años). En el mismo sentido, algunos países han aprobado leyes que incentivan la natalidad, bonificando a las madres o

confiriendo a las familias otros beneficios sociales. Por otra parte, los ordenamientos jurídicos están experimentando reformas en lo que dice relación al trato que debe darse a los animales. Se ha llegado a un cierto consenso en orden a que no se trata de simples “cosas”, o al menos de que se trata de cosas que merecen una protección jurídica especial, dada su calidad de seres “sintientes”. En este caso, no hay una razón objetiva que haya hecho imprescindible esta reforma, sino que ella obedece, más bien, a una modificación valórica operada en el cuerpo social. Su causa es por lo tanto subjetiva.

f) Es un sistema unitario.

Lo unitario es aquello que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere. Se trata de un conjunto cuyas diversas partes responden a una idea o a ciertas ideas comunes. Aplicadas estas nociones al ordenamiento jurídico, se quiere decir que sus diversas partes, tienen un mismo fundamento. Cada una de sus normas, son consecuencias o efectos de una causa común que las ha generado.

Se afirma que “la unidad del ordenamiento jurídico está determinada porque cada una de las normas pertenecientes a él tiene como fundamento último una misma norma, regla o principio. Por ejemplo: si tomamos una norma jurídica A y nos remontamos a su fundamento último, que es X, y tomamos otra norma jurídica B, cuyo fundamento último también es X, entonces ambas normas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico”.¹⁸⁷

A nuestro juicio, aquello que le da unidad al sistema llamado ordenamiento jurídico, son los *principios fundamentales* del mismo. Éstos, amalgaman las diversas partes, es decir las normas, que conforman el ordenamiento jurídico. Ello, conforme al *rol testimonial* que desempeñan los principios fundamentales del Derecho, en cuanto ponen de manifiesto cuáles son los valores más esenciales de la sociedad y conforme a ellos evidencian qué fines se quieren alcanzar a través del Derecho que la rige. Así, por ejemplo, uno de estos principios, según estudiaremos, es el de *la propiedad privada y la libre circulación de los bienes*. Siendo así, el art. 582 que define el dominio, deja en claro que el dueño puede disponer de lo suyo “arbitrariamente”, es decir, a su voluntad. Por su parte, los arts. 1126, 1964, 2031 y 2415, reafirman que el legatario, el arrendador, el dueño de la finca gravada con un censo o con una hipoteca, pueden disponer de sus bienes, sin que, por regla general, se les pueda prohibir hacerlo. Todas estas normas responden a un mismo fundamento, que en este caso es el citado principio. Dicho principio es el que les da unidad a estas normas.

Una consecuencia de este carácter unitario, encontramos en el llamado *elemento sistemático de interpretación de la ley*, al que más adelante aludiremos.

g) Es un sistema pleno.

El ordenamiento jurídico debe permitir al Juez la solución de todos los conflictos de que debe conocer. Esto no significa que no existan vacíos en la ley. Pero ante dicha contingencia, el propio ordenamiento jurídico debe señalarle al Juez la manera de llenar tales “lagunas legales” y fallar el asunto del que está conociendo. Veremos que los arts. 24 del Código Civil y 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil devienen como las normas fundamentales para tal cometido. De esta manera, la plenitud del ordenamiento jurídico “no significa que todas las materias se encuentren, efectivamente, reguladas por normas positivas, por leyes, sino que el ordenamiento jurídico frente a una situación no regulada tiene las herramientas para llenar ese vacío”.¹⁸⁸ Así las cosas, si bien la ley puede contener vacíos, el Derecho no. Podrían existir lagunas legales, pero no lagunas de Derecho. Veremos que para suplir o llenar las primeras, el Juez, por mandato de la propia ley, deberá recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Borda, refiriéndose a la existencia de lagunas en la ley, consigna que “Esto no significa, sin embargo, que no sea lícito y verdadero hablar de la *plenitud hermética del*

¹⁸⁷ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p.130.

¹⁸⁸ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 8.

orden jurídico, pero a condición de incluir al juez dentro de él. Si el orden jurídico es perfecto y hermético, si no puede darse un caso sin solución legal, ello se debe a que el propio juez lo integra y debe pronunciar su fallo en todos los casos, sin poder negarse bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (...). Pero para el juez, que está dentro y no fuera del derecho, la ley presenta lagunas que él llena con su actividad creadora”.¹⁸⁹

h) Es un sistema coherente.

Como sistema técnicamente estructurado, según se ha dicho, el ordenamiento jurídico no debiera presentar contradicciones o incoherencias. Pero la realidad indica otra cosa, considerando que se trata de una obra humana y por ende falible y perfectible. A partir de esta constatación, el propio ordenamiento jurídico debe contemplar los medios para resolver el defecto apuntado.

Como expresa Gonzalo Ruz, la coherencia del ordenamiento jurídico significa “que éste no puede presentar contradicciones entre las normas que lo integran. Si existen contradicciones entre una norma de rango inferior y una de rango superior, el principio de la jerarquía normativa las resuelve disponiendo, entonces, la no aplicabilidad de la norma inferior por infracción normativa de su superior jerárquica”.¹⁹⁰

Jaime Williams, afirma por su parte que “el ordenamiento jurídico es un todo armónico, de manera que si al interior de él existen contradicciones entre sus normas, dicho ordenamiento debe establecer el método o procedimiento para superar las contradicciones. Esas contradicciones se denominan ‘antinomias’”.¹⁹¹

Por cierto, las contradicciones llamadas a resolver no sólo pueden existir entre normas de diversa jerarquía, sino que también entre normas de la misma jerarquía. En ocasiones, la contradicción podría resolverse determinando que la norma más nueva ha *derogado tácitamente* a la más antigua. Pero el problema persistirá si ambas normas se dictaron en una misma oportunidad. En otras ocasiones, la contradicción podría resolverse en virtud del *principio de la especialidad*: la norma especial prevalece por sobre la norma general. Pero la dificultad subsiste cuando ambas son generales o especiales. Como última *ratio*, el Juez deberá recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural (arts. 24 del Código Civil y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil).

3.4. Fuentes del ordenamiento jurídico.

La expresión “fuente”, debemos entenderla aquí en dos sentidos: primero, como “el origen de algo”; segundo, como el efecto generado por tal origen. Fuente, entonces, alude tanto a la *causa* cuanto al *efecto* de tal causa. El estudio de las fuentes del ordenamiento jurídico se refiere por tanto a la determinación del origen de las normas jurídicas que lo integran, a los hechos y los actos en virtud de los cuales éstas se generan, y a las normas jurídicas mismas que se originan a consecuencia de dichos hechos y de tales actos.

La frase misma “fuente del Derecho”, se le atribuye a von Savigny, quien la habría empleado para referirse a que la fuente de la que emana el Derecho es “el espíritu del pueblo”. El jurista suizo Claude Du Pasquier (1885-1956), comentando esta metáfora, destacó su exactitud, en cuanto la fuente del Derecho se asemeja “al lugar en donde las aguas brotan de la tierra saliendo de las profundidades de la vida social”. Pero, siguiendo con la metáfora, conforme a lo que se ha expuesto, también la noción de fuente del Derecho se refiere al manantial mismo por donde escurren las aguas.

¹⁸⁹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 66, p. 84.

¹⁹⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 9.

¹⁹¹ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p.131.

Lo cierto es que con la expresión “fuentes del Derecho” o en su concreción histórica “fuentes del ordenamiento jurídico”, se ha querido aludir a diversas acepciones, aunque se podría entender que todas ellas remiten al mismo fenómeno percibido desde distintos puntos de vista. Legaz Lacambra, señala las siguientes acepciones: i) Fuente de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); ii) Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, sociedades, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); iii) Autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo); iv) Acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.); v) Fundamento de la validez de una norma concreta de Derecho; vi) Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre); vii) Fundamento de la validez de un derecho subjetivo.¹⁹²

Se distingue entre dos clases de fuentes del ordenamiento jurídico: fuentes *materiales* y fuentes *formales*. Ambas, operan en forma sucesiva. Primero, la fuente material. Después, la fuente formal.

Las fuentes materiales (llamadas también reales) corresponden a hechos de la naturaleza o actos humanos, que sirven de causa a la posterior generación de las normas. Son hechos de la naturaleza, por ejemplo, los terremotos, los maremotos, las epidemias, las enfermedades, los cambios climatológicos, etc., que mueven al legislador a crear normas jurídicas. Por su parte, son actos humanos los acontecimientos políticos, históricos, religiosos, económicos, culturales, científicos, técnicos, etc., que propician también la generación de normas jurídicas. Se trata, como señala Williams, de “los factores que mediata o inmediatamente influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas. Estos factores pueden ser de orden social, económico, cultural, religioso, etc. Afectan a la materia o contenido de las normas jurídicas (...). Las fuentes materiales se clasifican en mediatas e inmediatas, según su incidencia mayor o menor en los contenidos de las normas”.¹⁹³

Para Squella, “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”.¹⁹⁴

Así, por ejemplo, en Chile, los terremotos que por desgracia nos afectan con cierta regularidad, han propiciado normas jurídicas relativas a la calidad de la edificación y a la responsabilidad de los arquitectos, ingenieros y constructores. Por su parte, por proporcionar otros ejemplos, a inicios del siglo XX, con el invento de los vehículos motorizados, fue necesario generar una legislación que regulara el tránsito; y a fines del mismo siglo, ciertos eventos de violencia en los estadios de fútbol y otros recintos deportivos, han gatillado la necesidad de contar con una legislación que prevenga y sancione tales hechos (con escaso éxito, a decir verdad). De la misma manera, el avance en la ciencia médica de las técnicas de reproducción humana asistida ha originado la necesidad de aprobar normas legales que resuelvan las implicancias jurídicas que de ellas se derivan (por ejemplo, en España, Ley Nº 14/2006, de 26 de mayo de 2006).

¹⁹² Legaz Lacambra, Luis (1975), *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, pp. 525 y 526.

¹⁹³ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p.134.

¹⁹⁴ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 208.

Las fuentes materiales se conciben entonces como fuentes indirectas o mediatas, es decir remotas, del Derecho que más tarde se manifiesta en las fuentes formales. En otras palabras, las fuentes materiales "son aquellos datos o hechos de la vida social que concomitan a determinar el contenido de las normas jurídicas". Las fuentes formales, por su parte, son a su vez las fuentes directas o inmediatas del Derecho.¹⁹⁵

Las fuentes formales, corresponden a "los modos a través de los cuales el derecho llega a constituir una norma positiva, vinculante y sancionada dentro de la sociedad".¹⁹⁶

Para Squella, "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 normativos 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".¹⁹⁷

Tres ideas se incluyen por Squella en su concepto: procedimientos, modos y continentes. Afirma al efecto: "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)".¹⁹⁸

Como destaca Ducci, históricamente la primera fuente formal fue la sentencia judicial. Pero paulatinamente, la ley fue desplazando al precedente judicial como la más importante fuente formal: "La ley no es la fuente originaria del derecho. Este nace a través de la solución de conflictos que efectúa el soberano investido del poder total; o bien, como en Roma, del fallo de casos contenciosos de la vida práctica que efectúan funcionarios o jurisconsultos. Por lo tanto, el verdadero origen del derecho no es la ley sino la sentencia. La ley aparece más tarde como un proceso de racionalización. Es un fenómeno mucho más moderno, porque presupone la existencia del Estado y un esfuerzo de abstracción y generalidad que sólo se alcanza en un período de desarrollo avanzado de la mentalidad jurídica".¹⁹⁹

Con todo, según revisaremos, el fenómeno de la ley y en particular de la codificación, aunque fuere en su forma primitiva de recopilación de normas vigentes, es de antigua data en la historia de la humanidad. En Roma, el hito fundamental que marca el inicio del desplazamiento de la costumbre y de la preeminencia de la ley, lo encontramos en el 449-450 a.C., con la "Ley de las XII Tablas".

También es fuente formal del Derecho y por ende igualmente del ordenamiento jurídico la costumbre, pero, como se ha dicho, relegada en nuestros días a un lugar secundario.

La jurisprudencia es concebida también como fuente formal, entendida como sentencia que "crea", a partir de las normas positivas o de la costumbre cuando ésta tenga lugar, la solución para el caso concreto.

El contrato es también una fuente formal, pues en la medida en que esté válidamente celebrado, constituye una "ley" para las partes contratantes.

¹⁹⁵ Barillas, José (1967), "Las fuentes formales del ordenamiento jurídico", tesis doctoral, Universidad de El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial "Dr. Ricardo Gallardo", disponible en www.csj.gob.sv, consultada el 15 de abril de 2021.

¹⁹⁶ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 33, p. 37.

¹⁹⁷ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 215 y 216.

¹⁹⁸ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 216.

¹⁹⁹ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 33, p. 37.

Pero la jurisprudencia y el contrato se diferencian de las restantes fuentes formales, en cuanto sólo generan una norma particular, vinculante para los intervinientes en el proceso judicial o para los que concurren a celebrar el contrato.

Se agregan también como fuentes formales los principios generales del Derecho y la equidad natural, a los que puede recurrirse como factores decisivos para resolver una contienda, según veremos, cuando la ley presente puntos oscuros o contradictorios o a falta de ley.

Hernán Corral distingue, en las fuentes formales, las *legisladas* y las *no legisladas*. En tal sentido, son fuentes formales legisladas la Constitución, la ley (y demás normas de rango legal como los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley), los tratados internacionales aprobados y ratificados, los decretos supremos y las demás normas de rango reglamentario o infralegales. Por su parte, son fuentes formales no legisladas la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, la equidad y los principios generales del Derecho o principios jurídicos.²⁰⁰

En cuanto a la doctrina, se discute si en realidad es una fuente formal o más bien una fuente material. Squella afirma que no es una fuente formal, “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”. Ahora bien, dado que los jueces fundan muchas veces sus sentencias en la doctrina y los mismos legisladores atienden a la doctrina, aunque unos y otros no estén obligados a hacerlo, significa que la doctrina “constituye una importante fuente *material* del derecho, más no una de carácter *formal*”.²⁰¹

Cinco clasificaciones de fuentes formales formula Squella:

- i.- 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 en 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”.
- ii.- Atendiendo 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”.
- iii.- 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 en 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”.
- iv.- 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”.

²⁰⁰ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., pp. 45-48.

²⁰¹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 218.

v.- 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 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'".²⁰²

Jaime Williams se refiere a las diversas *potestades normativas* que tienen la virtud de generar distintas fuentes formales. Expresa que "Cada ordenamiento jurídico establece su propio sistema de fuentes formales, las cuales se encuentran ordenadas jerárquicamente. En nuestro derecho y en todos los restantes ordenamientos jurídicos pertenecientes al *sistema romano-continental*, la fuente que tiene predominancia es la ley. Son sistemas legalistas. Las fuentes formales pueden ser analizadas: a) desde el punto de vista del órgano facultado por el ordenamiento jurídico para crear normas jurídicas, y b) desde el punto de vista de la forma de expresión de las normas jurídicas que resultan del ejercicio de las facultades aludidas en el punto anterior. Desde el punto de vista del órgano al cual el ordenamiento jurídico le reconoce facultad o poder para crear normas jurídicas, podemos distinguir en Chile siete potestades normativas, que son las siguientes: 1) *Potestad constituyente*: Es aquella potestad que el ordenamiento jurídico reconoce para crear, modificar e interpretar auténticamente la Constitución Política del Estado. El órgano en que radica la potestad constituyente es el pueblo o nación (*potestad originaria*) y además aquellos órganos que la propia Constitución establece (*potestad derivada*). Aquella se expresa a través de plebiscitos, elecciones y otros mecanismos. La otra, en cambio, a través de los órganos y procedimientos que la propia Constitución establece, para reformar o modificar la Constitución. (...) Fuentes formales a que da origen la potestad constituyente: Constitución Política y leyes de rango constitucional. A nuestro juicio tienen este rango tanto la ley modificatoria de la Constitución como la ley interpretativa de la Constitución.

2) *Potestad legislativa*: Consiste en la potestad que el ordenamiento jurídico les otorga a ciertos órganos para crear, modificar, derogar e interpretar auténticamente las leyes. La potestad legislativa radica en dos órganos: el Presidente de la República y el Congreso Nacional. (...) Fuentes formales que emanan de esta potestad: ley propiamente tal (ley orgánica constitucional, ley de quórum calificado y ley ordinaria); decretos con jerarquía de ley (DFL y D.L.), y tratados internacionales.

3) *Potestad reglamentaria*: Es aquella que el ordenamiento jurídico reconoce al Presidente de la República y a otras autoridades para crear normas jurídicas (particulares o generales) en cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes les otorgan. La potestad reglamentaria puede ser *autónoma* o de *ejecución*. Por la primera se entiende aquella que se ejerce sobre materias que no sean propias del dominio legal (art. 60 [hoy 63] de la propia Constitución) y por la segunda, se denomina aquella que ejerce el Presidente de la República para poner en ejecución las leyes y para lograr su mejor cumplimiento (...). Fuentes formales que emanan de esta potestad: decretos, reglamentos, resoluciones, instrucciones y ordenanzas.

4) *Potestad jurisdiccional*: Es la potestad pública que el ordenamiento jurídico otorga a los tribunales de justicia para resolver los conflictos de relevancia jurídica a través de un proceso. (...) Fuentes formales que emanan de esta potestad: resoluciones judiciales.

Las cuatro potestades recién vistas forman en su conjunto lo que se denomina la '*potestad normativa del Estado*', es decir, aquellas potestades que se radican en autoridades públicas. Las fuentes formales que tienen su origen en estas potestades, excluyendo sólo la jurisdiccional, reciben el nombre genérico de *legislación*, ley en sentido amplio, o fuentes legisladas.

²⁰² Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 219 y 220.

5) *Potestad social*: Es la potestad creadora de normas jurídicas que se radica indistintamente en todo el grupo social o en parte de él. La fuente formal a la cual da origen se llama '*costumbre jurídica*', que en nuestro ordenamiento está subordinada a las fuentes legisladas.

6) *Potestad normativa de los particulares*: Es la potestad que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para crear libremente normas jurídicas dentro de los límites que él mismo establece. Las fuentes formales a que da origen son dos: los *actos jurídicos* y los *actos corporativos*. A nuestro juicio esta potestad normativa no es otra cosa que el '*principio de autonomía de la voluntad*' considerado desde el punto de vista dinámico.

7) *Potestad implícita del ordenamiento jurídico*: A juicio nuestro, cabe denominar así la potestad creadora de normas que no radica explícitamente en órganos específicos del ordenamiento jurídico. Este, por el solo hecho de existir, posee principios y criterios normativos que forman parte de él aunque no estén explícitamente formulados, sino de manera tácita o implícita. Las fuentes formales a que da origen esta potestad son dos: los *principios generales del derecho* y la *equidad natural*".²⁰³

Eduardo García Máynez, por su parte, refiere que "En la terminología jurídica tiene la palabra *fuentes* tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de *fuentes formales, reales e históricas*. Por *fuentes formales* entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas. Llamamos *fuentes reales* a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. El término *fuentes históricas*, por último, aplicase a los documentos (*inscripciones, papiros, libros, etc.*), que encierran el texto de una ley o el conjunto de leyes. En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las *Instituciones*, el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*, son fuentes de derecho romano. Hemos dicho que las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos. De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho, son la *legislación*, la *costumbre* y la *jurisprudencia*. La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran. De aquí que el examen de las fuentes formales implique el estudio de los susodichos elementos. La concurrencia de éstos es indispensable para la formación de los preceptos de derecho. Se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que éstas, en cada caso, permiten o prescriben. Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores, y muchos otros del mismo jaez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de *fuentes reales*. La relación entre éstas y las formales podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras. 'El término *fuentes* –escribe Claude Du Pasquier– crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho' (*Introducción a la théorie générale et a la philosophie du droit*, Neuchatel, 1937, página 34)".²⁰⁴

4.- Definición y fines de la norma jurídica.

²⁰³ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., pp. 134-136.

²⁰⁴ García Máynez, Eduardo (2002), ob. cit., pp. 51 y 52.

4.1. Definición de norma jurídica.

La noción de "norma jurídica", como bien señala Máximo Pacheco, "como concepto, es una creación reciente. Los filósofos de la antigüedad, como Sócrates, Platón o Aristóteles, sólo se refieren a la ley. Este concepto se conservó en la patrística y en la escolástica, y pasó posteriormente al positivismo (...). La teoría de la norma jurídica es un aporte del pensamiento contemporáneo y, en especial, de los juristas K. Binding, Augusto Thon, Ernesto Zitelmann, Jorge Rouguin, León Duguit, Giorgio del Vecchio, Hans Kelsen, Carlos Cossio y otros".²⁰⁵

Ley y norma jurídica, no deben confundirse. En efecto, "Los conceptos norma y ley no son sinónimos; existen entre ellos claras diferencias: a) El concepto de norma tiene una mayor extensión y amplitud que el de ley, ya que ésta es sólo una de muchas formas en que puede manifestarse aquélla. Son también formas de expresión de la norma jurídica: la costumbre, la sentencia de los tribunales, etc.; b) En la norma predomina el elemento formal, en cambio, en la ley, el material; c) La norma, como concepto que es, puede existir por sí sola; la ley, en tanto, necesita de legislador, promulgación y vigencia".²⁰⁶

En la doctrina, se puede observar que existen, básicamente, dos tipos de definiciones de "norma jurídica", según contengan o no un criterio sustantivo de "justicia" o "razonabilidad" de la norma, o se limiten a describir en términos más bien formales en qué consiste la norma, poniendo énfasis en el mandato que en ella se contiene.

Así, Jaime Williams refiere que tomando pie en la historia etimológica del término *derecho* (Derecho como expresión de "lo justo"), "se advierte su vinculación con lo justo y con la conducta social o alteridad. En una primera aproximación podría definirse entonces la norma jurídica como 'la ordenación justa de la conducta social'. Es, pues, una prescripción de la conducta humana, determinada por una cierta norma, regla o medida. Y no de cualquier conducta, sino de la conducta de *alteridad*, esto es, referida a otro (social). El carácter de *justa* de tal ordenación significa que ella tiene por objeto establecer 'lo suyo de cada cual', lo que le es debido (y si le es debido es obligatorio dárselo, pagárselo, entregárselo)".²⁰⁷

El mismo autor proporciona otras dos definiciones, una sustantiva y otra formal: "desde una perspectiva *sustancial* (esencial) la norma jurídica puede ser concebida como 'una ordenación racional y coercible del comportamiento social valorado según un criterio de justicia'. Desde una perspectiva *formal* (descriptiva) la norma jurídica ha sido definida como *regulación del comportamiento humano de carácter imperativo, externo, bilateral, heterónomo y coercible*".²⁰⁸

Máximo Pacheco entiende por norma jurídica la "norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana".²⁰⁹

Carlos Lasarte, por su parte, cita dos definiciones formuladas por dos juristas españoles, la primera *formal* y la segunda *sustantiva*: "mandato jurídico con eficacia social obligatoria" (Federico de Castro y Bravo); "precepto regulador de la conducta de los ciudadanos, de carácter obligatorio y coercible, inspirado en un criterio de justicia" (Manuel García Amigo).²¹⁰

Squella, al aludir al concepto de norma jurídica, consigna cuatro ideas:

²⁰⁵ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 49.

²⁰⁶ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 49.

²⁰⁷ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., pp. 53 y 54.

²⁰⁸ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 54.

²⁰⁹ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 50.

²¹⁰ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 39.

i.- “Las normas jurídicas regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad”.

Tal es entonces su finalidad *inmediata*.

ii.- “proviene 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”.

Tal es entonces el origen de las normas (salvo en cuanto a las normas que corresponden a la costumbre jurídica y a las normas que emanan de los contratos).

iii.- “cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada”.

En efecto, las normas jurídicas son coactivas y coercibles.

iv.- “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”.²¹¹

Este es el fin último o *mediato* de las normas jurídicas.

El Diccionario panhispánico del español jurídico entiende por norma la “regla de conducta justa, que impele a hacer o a omitir para observar la justicia”.

Considerando lo expuesto, nos parece adecuado integrar en una definición de norma jurídica tanto sus aspectos sustantivos, cuanto aquellos de carácter formal. Así las cosas, podríamos definir la norma jurídica como el mandato racional, dirigido a todas las personas que viven en sociedad, inspirado en la justicia, y mediante el cual, bajo amenaza de sanción, se les conmina a observar una determinada conducta positiva o negativa.

4.2. Fines de la norma jurídica.

La norma jurídica tiene dos fines fundamentales: asegurar la convivencia pacífica de las personas, y proteger sus intereses materiales y espirituales. Los revisaremos en el mismo orden, destacando al efecto algunas lúcidas ideas de Robert Ardrey.

a) Asegurar la convivencia pacífica de las personas.

Como hemos expresado, la norma jurídica regula la conducta de las personas, desde el momento que éstas, en condiciones normales, viven en sociedad. La misantropía, es decir la aversión al trato con otras personas, es una anomalía, que puede ser adoptada por un individuo, pero sólo cuando esté en condiciones de subsistir por sí mismo, lo que supone que, durante su infancia y parte de su vida adulta, recibió los beneficios de la vida en sociedad. Pero aún un misántropo requiere del auxilio del Derecho, en cuanto éste impone al resto de la sociedad el deber jurídico de abstenerse de realizar conductas que perturben a quien, voluntariamente, ha resuelto apartarse de ella. La sociabilidad es inherente a la vida de los seres humanos. Nacemos en una familia, núcleo fundamental de la sociedad, nos educamos en instituciones en las que converge el esfuerzo mancomunado de múltiples personas y más tarde laboramos en organizaciones que, el menos en teoría, propenden al bienestar personal y colectivo de cada uno de los individuos que las integran. La sociabilidad de los seres humanos no es en realidad una elección que éstos puedan hacer o no, sino que dimana como un imperativo de la naturaleza. La sociedad es connatural a todas las especies animales que habitan el planeta, incluyendo a la especie humana, aunque nos distingamos de las otras especies por nuestra condición de criaturas racionales.

Como expresa Robert Ardrey, “Una sociedad es un grupo de seres dispares organizados para hacer frente a las necesidades comunes”.²¹²

²¹¹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 71.

²¹² Ardrey, Robert (1979), *El Contrato Social*, Barcelona, Plaza & Janés, S.A., Editores, p. 9.

Ahora bien, en el siglo XVIII, se construyó por algunos pensadores un discurso que pretendía explicar el origen de la vida en sociedad, sobre la base de una premisa históricamente falsa: antes de vivir en sociedad, el hombre, supuestamente, habría sido una criatura que vivía en libertad y sin encontrarse sometida a normas que lo limitaran u obligaran. El "buen salvaje" habría precedido entonces al Derecho. Desde el momento en que éste aparece, comienza el individuo a perder parte de su libertad. Era una imagen literaria atractiva, pero por supuesto absolutamente ficticia.

La existencia de un hombre que vivía solo y en libertad en medio de una naturaleza amable, es en verdad una completa falacia ideada por Juan Jacobo Rousseau. Este individuo prehistórico, que, supuestamente, vivía feliz, solitario, bueno, inocente y en perfecta igualdad con sus semejantes, y que se habría corrompido al aparecer la propiedad privada y la sociedad, jamás existió sobre la faz de la tierra. En su "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", publicado en 1755, Rousseau "analizaba al hombre primitivo, como ser igualitario y bueno; a la llegada del derecho de propiedad, como fuente de desigualdades; y a la sociedad, como instrumento definitivo de ruina, creada para perpetuar la desigualdad. En 1762 presentó *El contrato social* como una sociedad nueva en la que, abolida la propiedad, los individuos renunciaban a toda soberanía en beneficio de la 'voluntad general', recobrando así, con toda la plenitud posible, la benevolencia e igualdad de sus orígenes. Este principio iba a reaparecer como la *mística*, si no como la realidad, del Estado totalitario".²¹³ De esta manera, "La visión que tenía Rousseau acerca del hombre primitivo social se convirtió en su falacia fundamental. No podía saber que ninguna especie en nuestra familia de primates, desde los primitivos prosimios y retraídos lemúridos, había llevado una vida solitaria (...). No podía saber que la xenofobia en un estado natural es tan común como los agrupamientos de familias. 'El hombre ha nacido libre y sin embargo, le vemos por doquier con cadenas', dice la famosa línea inicial de *El Contrato social*. Pero el pensamiento más definitivo de Rousseau se halla en la primera línea de *Emilio*, publicado el mismo año, cuya obra fue considerada por él como más importante. Como los críticos son frecuentemente acusados de tergiversar su significado en la traducción, la cito en francés: *Que la nature a fait l'homme heureux et bon, mais que la société le déprave et le rend miserable*".²¹⁴ Con la frase inicial de *Emilio* se establecía la Era de la Excusa; la Naturaleza me ha hecho feliz y bueno, y si soy de otra manera, es culpa de la sociedad. La falacia fundamental de Rousseau, de que el hombre primitivo no conoció la sociedad, se combina con el segundo supuesto de que el hombre, en estado natural, era bueno y feliz. El que Rousseau no supiera nada acerca del imperativo territorial en la vida animal y considerase la invención de la propiedad privada como una calamidad que el hombre había echado sobre sí mismo, constituye un desconocimiento secundario. En lo que creo debe hacerse hincapié es en que Juan Jacobo Rousseau, en sus tiempos, tenía derecho a equivocarse. ¿Cómo iba a saber que el hombre natural fue creado desigual, o que la bondad original resulta tan improbable como la igualdad original? ¿Cómo iba a saber que la institución de la propiedad, defendida privadamente, igual que la institución de la sociedad, era una invención evolutiva muy anterior al hombre y a toda la familia de los primates?".²¹⁵

La vida en sociedad, entonces, es inescindible a la condición humana (y en realidad a la de cualquiera otra especie animal). Desde el principio de los tiempos, desde antes incluso que los hombres se distinguieran de las demás especies, la vida sólo podía ser tal en cuanto fuere en comunidad. La vida en unión de los demás, no fue entonces una elección en la escala evolutiva, sino que un imperativo del que dependía la propia subsistencia de nuestros ancestros.

²¹³ Ardrey, Robert (1979), ob. cit., pp. 120 y 121.

²¹⁴ "La naturaleza hizo al hombre feliz y bueno, pero la sociedad lo deprava y le hace miserable".

²¹⁵ Ardrey, Robert (1979), ob. cit., pp. 122 y 123.

En esta convivencia, es imprescindible que los seres humanos nos subordinemos a un patrón normativo, que se nos impone, y que tiene como propósito arbitrar los medios para que los posibles conflictos que puedan suscitarse se resuelvan de manera pacífica, descartando el uso de la violencia.

La existencia del Derecho y de las normas jurídicas, se justifica, entonces, porque sirven para asegurar que la connatural convivencia de los seres humanos discurra por carriles pacíficos. Dado que los seres humanos poseen diversas capacidades naturales, pero aspiran a la satisfacción de necesidades que son comunes, las normas jurídicas tienen como uno de sus objetivos esenciales permitir que todos puedan desplegar sus aptitudes y todos también logren la satisfacción de sus necesidades más fundamentales. De no existir las normas jurídicas, los más aptos satisfacerían sus necesidades y de paso aniquilarían o subyugarían a los menos aptos. La existencia de las normas jurídicas constituye, al mismo tiempo, un freno a la capacidad de los más aptos y un ámbito de protección para los menos aptos.

b) Proteger los intereses materiales y espirituales de las personas.

Sentada la premisa de que las criaturas humanas vivimos en sociedad y que ello responde a un imperativo signado por una evolución de varios millones de años, cabe preguntarse ahora acerca del rol de las normas jurídicas en la satisfacción de los objetivos y en la protección de los intereses que devienen de los primeros, que nos mueven en el decurso de nuestra vida. En efecto, más allá del rol básico que desempeñan las normas jurídicas, en cuanto mediar para neutralizar la pulsión innata de la agresión, como respuesta atávica vinculada con el instinto de sobrevivencia, y posibilitar que los conflictos se resuelvan a través de mecanismos pacíficos, debemos resaltar un segundo rol, que puede cumplirse una vez asegurado el rol anterior: las normas jurídicas construyen además un marco en el cual los seres humanos podemos a lo largo de nuestra vida alcanzar o al menos intentar alcanzar ciertos objetivos materiales y espirituales, y, de conseguirlo, que los intereses de los que nos poseionamos una vez alcanzados dichos objetivos, reciban también la adecuada protección normativa.

En este sentido, no puede olvidarse, en palabras de Ardrey, que “En cualquier especie, sexualmente reproducida, la igualdad de los individuos constituye una imposibilidad natural. Por tanto, la desigualdad debe ser considerada como la primera ley de los componentes sociales, tanto en la sociedad humana como en cualquier otra. La igualdad de oportunidades debe ser considerada entre las especies vertebradas como la segunda ley (...). Cada ser vertebrado, exceptuando sólo algunas especies raras, goza de igualdad de oportunidades para desplegar su genio o para ponerse en ridículo. Mientras que una sociedad formada por seres iguales (...) representa una imposibilidad natural, la sociedad justa constituye una meta realizable (...). La sociedad justa, según lo veo, es aquella en la que el orden suficiente protege a los miembros, por diversas que sean sus dotes, y el desorden suficiente concede a cada individuo la plena oportunidad de desarrollar sus dotes genéticas, cualesquiera sean éstas”.²¹⁶ Así las cosas, “El orden y el desorden van íntimamente entrelazados. Sin el grado de orden que sólo la sociedad puede aportar, peligra el individuo vulnerable. Pero sin ese grado de desorden, tolerando y promoviendo al máximo desarrollo la diversidad de sus miembros, la sociedad tiene que marchitarse y desaparecer en la competición de la selección de sus grupos”.²¹⁷

De esta manera, las normas jurídicas tienen que posibilitar que este equilibrio entre “orden y desorden suficiente”, permita que cada una de las personas tenga oportunidad para alcanzar los objetivos que se fije y una vez conseguidos, que se le

²¹⁶ Ardrey, Robert (1979), ob. cit., pp. 9 y 10.

²¹⁷ Ardrey, Robert (1979), ob. cit., p. 126.

proteja en el legítimo disfrute de sus intereses. Para ello, debemos asumir que los seres humanos no son iguales en razón de sus capacidades y aptitudes, sino que en dignidad y derechos. Todos los seres humanos, cualesquiera sean sus capacidades y aptitudes (necesariamente diversos), deben recibir un tratamiento jurídico que proteja su dignidad, y recibir unos mismos derechos, que les permitan a lo largo de su vida recorrer un camino en pos de alcanzar diversos intereses espirituales y materiales. Pero ello debe ocurrir entendiendo que la desigualdad es el necesario presupuesto de la justicia: "De no existir la desigualdad, la justicia no tendría función. Tal vez sea ésta la razón de que el ideal igualitario en la vida humana, negando la naturaleza del hombre, penetre tan fácilmente en la tiranía del pensamiento y del poder".²¹⁸

Todo lo expuesto en este acápite, debe entenderse en cuanto nos referimos a los dos fines fundamentales o generales de las normas jurídicas. Más adelante, aludiremos a los fines específicos que tiene toda norma jurídica.

5.- Naturaleza y estructura de la norma jurídica.

5.1. Naturaleza de la norma jurídica.

Por "naturaleza" de un ser o una cosa, debemos entender la esencia de la misma, la calidad que ésta tiene, es decir, las propiedades que le son inherentes, que nos permiten mediante una abstracción, comprenderla y diferenciarla de las demás cosas. Así, la naturaleza de los seres humanos es la ser criaturas racionales. La naturaleza de una norma jurídica se refiere entonces a discernir "qué es una norma jurídica".

La norma jurídica tiene una doble naturaleza. En primer lugar, es un *mandato* del Estado o más específicamente del Legislador, directo o indirecto, de hacer o de no hacer algo. En segundo lugar, es, además, un *juicio de conducta*, una relación determinada entre dos o más ideas. Tal juicio es condicional o hipotético, porque la afirmación o negación que implica está subordinada a una condición o hipótesis, que, de cumplirse, produce una cierta consecuencia. Revisemos algunos ejemplos en el Código Civil:

i.- Art. 989, inc. 1º: "Si el difunto no ha dejado posteridad [hipótesis], le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo [conclusión]";

ii.- Art. 1489: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado [hipótesis]. / Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios [conclusión]".

iii.- Art. 79: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiese saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos [hipótesis], se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras [conclusión]".

En ocasiones, por un giro en el uso del idioma, la conclusión se enuncia primero y la hipótesis después. Veamos un par de ejemplos:

i.- Art. 885: "Las servidumbres se extinguen [conclusión]: (...) 5º. Por haberse dejado de gozar durante tres años [hipótesis]".

ii.- Art. 1468: "No podrá repetirse [conclusión] lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas [hipótesis]".

Algunos autores plantean que la norma jurídica sólo se explica, ora por el mandato que contiene, ora por el juicio hipotético que está inserto en ella. No vemos ningún obstáculo para entender que ambos aspectos están comprendidos en la naturaleza de la norma jurídica. Por ello hemos aludido a la doble naturaleza de la norma jurídica. Por lo demás, esta conclusión se ha planteado implícitamente en nuestra

²¹⁸ Ardrey, Robert (1979), ob. cit., p. 60.

doctrina. Expresa al efecto Vodanovic: "Aun dando por sentado que la norma explícita o implícitamente contiene un juicio o una proposición lógica, el contenido de la norma siempre es un acto de voluntad que motiva a los sujetos a comportarse de una manera determinada. Nadie puede dudar que la declaración de voluntad que hace el legislador en el artículo de una ley, aunque aparezca como un mero juicio lógico o a él pueda reducirse, siempre constituye una orden, porque verificada la hipótesis se manda que la consecuencia debe llevarse a cabo (...). En resumen, la norma es un imperativo, una orden, un mandato, sin perjuicio de que se formule en un juicio lógico".²¹⁹

5.2. Estructura de la norma jurídica.

Por "estructura" de un ser o de una cosa, debemos entender la disposición o modo en que las distintas partes de un conjunto (el cuerpo humano formado por esqueleto, órganos, músculos, vísceras, etc., por ejemplo) están relacionadas. La estructura de una norma jurídica, entonces, se refiere a la manera como se ordenan las diversas partes de la misma. La naturaleza responde a la idea de "qué es" algo, como un ser humano o una norma jurídica. La estructura responde a la noción de "cómo es algo", de qué partes están formadas las criaturas racionales denominadas humanos, o de qué partes están formadas las abstracciones llamadas normas jurídicas.

En la estructura de la norma jurídica, es posible visualizar dos partes: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que deriva del primero. Como señala Carlos Lasarte, "la norma jurídica precisa, al menos, dos elementos fundamentales: una realidad social a regular y un mandato o precepto (prohibitivo o permisivo) referido a dicha realidad. Ambos elementos, naturalmente, son formulados en la norma con carácter general y abstracto y suelen ser identificados por la doctrina jurídica con los nombres de supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Denominase *supuesto de hecho* (o supuesto normativo) a las diversas situaciones fácticas a que están dirigidas las normas. Lo mismo puede tratarse de un *acto humano* (robo, matrimonio), que de *hechos naturales* (hundimiento de una casa, que daña a los transeúntes; mutación del cauce de un río), así como cualesquiera otras situaciones o circunstancias sociales que, por su generalizada existencia, aconsejen ser reguladas (la insolvencia de cualquier persona, la locura, el pago de impuestos, etc.). Si el supuesto de hecho ha de identificarse con una determinada parcela de la realidad social contemplada por la norma, la *consecuencia jurídica* ha de referirse, en cambio, al campo del *deber ser*. Las reglas jurídicas no son meramente reglas lógicas, ni descriptivas, sino fundamentalmente reglas de *carácter preceptivo* que contienen siempre una valoración del conflicto de intereses que tienden a resolver, así como de la atribución de derechos o imposición de obligaciones que comportan. Por tanto, la norma jurídica no puede entenderse nunca en clave descriptiva (como ocurre, por ejemplo, con las *leyes físicas*), aunque por supuesto quepa analizarla críticamente desde otras perspectivas: ética, política, técnica, etc.". ²²⁰

De esta manera, en toda norma jurídica existirá primero un supuesto de hecho, una premisa fáctica. Podrá ser de variada índole, como por ejemplo "dar muerte a otro", o "celebrar tal contrato" o "incumplir tal contrato" o "no pagar un impuesto", etc. Estos presupuestos de hecho, por cierto, son infinitos. Este primer elemento, constituye entonces el sustrato material de una norma jurídica.

El segundo elemento o parte de una norma jurídica, corresponde a las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico le atribuye al primer elemento. Dichas consecuencias no son siempre unívocas, pues en la norma pueden contemplarse diversas "salidas". De esta manera, por ejemplo, quien de muerte a otro, podrá ser

²¹⁹ Respecto a la teoría imperativista y a la teoría del juicio hipotético, como formulaciones antagónicas, cfr. Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N°s. 18-23, pp. 11-13.

²²⁰ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., pp. 40 y 41.

condenado como homicida o podrá ser absuelto de acreditarse la eximente de la legítima defensa; quien celebra un determinado contrato, será a partir de ese momento titular de ciertos derechos y en ocasiones (si el contrato fuere bilateral) asumirá ciertas obligaciones; quien deje de cumplir con un contrato, podrá ser condenado a cumplirlo de manera forzada o a pagar una indemnización o podrá quedar liberado de sus obligaciones si prueba que el incumplimiento se debió a un caso fortuito; quien no pague sus impuestos en el plazo previsto en la ley, podrá ser condenado al pago de los mismos, así como también al pago de intereses y multas e incluso a la privación de la libertad.

Como revisaremos, al supuesto de hecho también se le ha denominado “mandato de conducta” (activa o pasiva) y a las consecuencias jurídicas como “sanción”, prevista precisamente para el caso de que no cumpla con la conducta requerida.

6.- Características de la norma jurídica.

Nueve características esenciales, presenta la norma jurídica:

- 6.1. Es racional y justa.
- 6.2. Es heterónoma.
- 6.3. Es imperativa.
- 6.4. Es bilateral.
- 6.5. Es general.
- 6.6. Es abstracta e hipotética.
- 6.7. Es coactiva y coercible.
- 6.8. Está sujeto a sanción su incumplimiento.
- 6.9. Carácter “estadual” o “estatalidad” de las normas jurídicas positivas.

Las revisaremos seguidamente en el mismo orden.

6.1. Es racional y justa.

La norma jurídica, para ser considerada como tal, debe inspirarse en la razón y en la justicia. La norma debe responder a un razonamiento lógico, es decir, debe estar fundada en antecedentes que la justifiquen o expliquen. Además, debe fundarse en la justicia, es decir, debe responder a la necesidad de dar a cada uno lo que le corresponde o le pertenece. La racionalidad y la justicia inmanentes a una verdadera norma jurídica derivan de los derechos inherentes a la naturaleza humana.

Una norma que no responda a estas exigencias sustantivas, es decir una norma irracional e inicua, sería una norma aparente, pero no una verdadera norma jurídica. Por lo tanto, no correspondería acatarla. Frente a una norma de esta índole, considerando que formalmente integraría el ordenamiento jurídico, éste debe reaccionar, para expulsarla. En el Derecho chileno, este rol le corresponde al Tribunal Constitucional, según estudiaremos.

6.2. Es heterónoma.

Lo “heterónomo” es aquello que está sometido a un poder externo. En tal sentido, la relación entre los individuos y las normas jurídicas es heterónoma, en cuanto las segundas se imponen a los primeros. La norma jurídica es impuesta a la persona por un poder ajeno, que prescinde de la voluntad de ésta, al menos en lo que atañe a la formulación directa de la norma por el poder legislativo. Indirectamente, se podría sostener que todos los ciudadanos participan en la creación de la norma jurídica, desde el momento que han delegado en sus representantes (diputados y senadores) la potestad para discutir y aprobar los preceptos legales. En cuanto a la costumbre como norma jurídica, el vínculo entre el pueblo y la norma es más directo, porque se trata de

una conducta generalmente aceptada y aplicada. La heteronomía de la norma se opone a la autonomía, que permite a la persona autoimponerse o no cierta norma o conducta.

En esta característica, se aprecia una diferencia fundamental entre las normas jurídicas y las normas morales. Las primeras son heterónomas, mientras que las segundas son autónomas, pues requieren de la voluntad del individuo para asumirlas y cumplirlas. Nos remitimos a lo expuesto al tratar del Derecho y la moral.

6.3. Es imperativa.

La proposición en que se formula toda norma jurídica lleva envuelta una orden, un mandato, sea éste el de un comportamiento positivo o negativo. La norma jurídica no ruega, aconseja o sugiere, sino que manda que se haga o no una cosa en forma perentoria. Y no puede ser de otra manera, si tenemos en cuenta los fines que persigue la norma: regular la convivencia humana y realizar determinados valores, particularmente el de la justicia.²²¹

Con todo, debemos hacer una salvedad: tratándose de normas de “orden privado”, los particulares están facultados para excluirlas de su relación jurídica o aplicarlas, pero con modificaciones. Sin embargo, si nada de lo anterior se acuerda, por ejemplo, por quienes celebran un determinado contrato, se aplicarán a dicha relación jurídica con un carácter imperativo. En consecuencia, las normas de orden privado son también imperativas *por defecto*.

En este orden de ideas, cabe subrayar que la imperatividad de las normas opera cualquiera sea la clase de éstas. Si bien el carácter imperativo es más ostensible en las normas *prohibitivas* (que ordenan no hacer algo) o *propiamente imperativas* (que ordenan hacer algo), podría considerarse, equivocadamente, que en las normas *permisivas* no existe mandato alguno. No es así, sin embargo. Como expresa Vodanovic, “La norma permisiva, como su nombre lo indica, es la que permite, concede o autoriza hacer o no hacer algo, realizar una acción o una abstención, debiendo el otro sujeto o los otros sujetos tolerar que la persona beneficiada con el permiso haga o no haga lo que expresamente se le ha permitido. La imperatividad de la norma permisiva estaría, pues, en la imposición a los sujetos pasivos de tolerar una acción u omisión de otra persona”.²²²

El mandato contenido en una norma supone imponer a los individuos un *deber jurídico*. Este deber jurídico, como señala René Abeliuk, puede descomponerse en tres categorías: *deberes jurídicos genéricos*, *deberes jurídicos específicos* y *obligaciones*.²²³ En el estudio de la relación jurídica, el deber jurídico y los derechos subjetivos, profundizaremos sobre este punto.

6.4. Es bilateral.

La norma jurídica no es una regla de conducta para el individuo aisladamente considerado, no rige el comportamiento de la persona en sí misma (como ocurre con las normas morales), sino en su relación con otros individuos.

También se alude a esta característica como “alteridad de la norma jurídica”, de “alter”, que alude “al otro”.

Es “una regla de convivencia o coexistencia que regula la conducta de los individuos entre sí en su vida de relación. Ella señala el contenido posible de la conducta de un sujeto, considerada siempre en relación con la de otro u otros sujetos. De un lado impone a una parte una obligación (sujeto pasivo), y, del otro, atribuye a la contraparte

²²¹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 29.a), p. 18.

²²² Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 26.c), p. 14.

²²³ Abeliuk Manasevich, René (2010), *Las Obligaciones*, Tomo I, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 37.

una facultad o pretensión (sujeto activo). Las normas jurídicas imponen deberes y correlativamente conceden facultades. El sujeto pasivo tiene el deber de cumplir lo prescrito en la norma, y el sujeto activo puede, a su vez, exigir a aquél la observancia de ésta. Este proceso puede apreciarse claramente en la compraventa. En el contrato citado, el vendedor tiene el derecho de exigir el precio y la obligación de entregar la cosa; el comprador, por su parte, tiene el derecho de reclamar la entrega de la cosa y el deber de pagar el precio".²²⁴

Refiriéndose García Máynez a la diferencia esencial entre las normas morales y los preceptos jurídicos, señala que ella "estriba en que las primeras son unilaterales y los segundos bilaterales. *La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones.* Frente al jurídicamente obligado encontramos siempre a otra persona, facultada para reclamarle la observancia de lo prescrito. De hecho es posible conseguir, en contra de la voluntad de un individuo, la ejecución de un acto conforme o contrario a una norma ética. Pero nunca existe el *derecho* de reclamar el cumplimiento de una obligación moral. El pordiosero puede pedirnos una limosna, implorarla 'por el amor de Dios', mas no exigirnosla. La máxima que ordena socorrer al menesteroso no da a éste derechos contra nadie. A diferencia de las obligaciones éticas, las de índole jurídica no son únicamente, como dice Radbruch, deberes, sino *deudas*. Y tienen tal carácter porque su observancia puede ser exigida, *en ejercicio de un derecho*, por un sujeto distinto del obligado. Por su carácter bilateral, la regulación jurídica establece en todo caso relaciones entre diversas personas. Al obligado suele llamársele *sujeto pasivo de la relación*; a la persona autorizada para exigir de aquél la observancia de la norma denomínasele *sujeto activo, facultado, derecho-habiente o pretensor*. La obligación del sujeto pasivo es una deuda, en cuanto el pretensor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma. León Petrasizky ha acuñado una fórmula que resume admirablemente la distinción que acabamos de esbozar. Los preceptos del derecho -escribe- son normas *imperativo-atributivas*; las de la moral son puramente *imperativas*. Las primeras imponen deberes, mas no conceden derechos".²²⁵

La bilateralidad o alteridad de la norma jurídica tiene, entonces, dos significados esenciales:

- i.- En primer lugar, expresa que la norma jurídica, producto del orden social, rige actos humanos sociales, actos que ponen en contacto a unas personas con otras.
- ii.- En segundo lugar, manifiesta que establece derechos y deberes correlativos. No puede pensarse en un término sin el otro. Toda regla jurídica implica necesariamente la relación entre dos sujetos: un sujeto activo o pretensor y un sujeto pasivo o pretendido. Donde se reconoce un derecho para uno, se impone un deber jurídico para otro.²²⁶ En este sentido, "el derecho tiene una estructura dual, relaciona directamente a un sujeto con otro sujeto. Este rasgo puede ser derivado directamente del hecho de que la norma jurídica prescriba 'lo debido a otro', puesto que es por ello que ese 'otro' tiene la facultad de exigir lo debido".²²⁷

6.5. Es general.

²²⁴ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 50.

²²⁵ García Máynez, Eduardo (2002), ob. cit., pp. 15 y 16.

²²⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 30.b), p. 19.

²²⁷ Williams Benavente, Jaime (1999), ob. cit., p. 57.

La norma jurídica es general, en el sentido que regula todos los casos que puedan presentarse en la hipótesis que ella considera. Ella no se dirige a casos determinados sino para todos los que ocurren durante su vigencia.²²⁸

La generalidad significa, en efecto, que la norma no está dirigida a una persona concreta y determinada, sino a una serie de personas, que se encuentran actualmente o pueden encontrarse en el futuro relacionadas con la materia regulada por la norma.²²⁹

Esta generalidad responde al principio de igualdad e imparcialidad, pues la regla es la misma para todos.²³⁰

Excepcionalmente, encontramos leyes particulares, tales como las que conceden pensiones de gracia o la nacionalidad por gracia a individuos determinados. Estas últimas han sido calificadas como “leyes formales”, con lo que quiere significarse que no serían verdaderas leyes, para contraponerlas a las verdaderas leyes, que, por ser generales, abstractas e hipotéticas, se denominan “leyes materiales”. Más adelante volveremos sobre este distingo.

También debemos tener presente que existen normas jurídicas *particulares*, como ocurre con aquellas que emanan de una sentencia o de una convención.

6.6. Es abstracta e hipotética.

Por ser generales, las normas jurídicas son abstractas, es decir, no prevén casos concretos, sino que describen situaciones-tipo. En ellas, como se refirió, se establece una hipótesis y la pertinente conclusión. Las normas no dicen que, si tal persona no paga su deuda a tal otra, deberá indemnizarle los perjuicios, sino que alude a categorías abstractas: si el *deudor* no cumple exactamente su obligación, deberá indemnizar el daño que de ello se siga al *acreedor* (arts. 1489, 1551 y 1557 del Código Civil).²³¹

Como señala Carlos Lasarte, “La *abstracción* viene requerida precisamente por la multiplicidad de los supuestos de hecho: la norma jurídica no puede contemplar el supuesto de hecho concreto (o los múltiples supuestos de hecho), sino que debe quedar circunscrita a un *supuesto tipo* que permita su adecuación a una serie hipotética y pormenorizada de supuestos de hecho. Pretender lo contrario sería absolutamente ilusorio e infantil; no puede, ni debe, haber tantas normas jurídicas como problemas hay en la vida. La norma, pues, es un precepto que contempla un supuesto de hecho genérico o abstracto y la adecuación de éste a un litigio o controversia concretos ha de llevarse a cabo mediante matizaciones (normalmente complicadas) reservadas a los técnicos en Derecho y, señaladamente, a los jueces a través de sus sentencias”.²³²

Con todo, y al igual que lo señalamos respecto de la característica precedente de la generalidad, esta no es tampoco una característica absoluta, pues existen normas jurídicas que son *concretas*, pues ellas aluden a determinadas personas en ciertos contextos: así ocurre con las que emanan de una sentencia y de una convención.

6.7. Es coactiva y coercible.

Lo “coactivo” es aquello que tiene fuerza para apremiar u obligar. En tal sentido, “la norma jurídica es esencialmente coactiva; ella constituye un imperativo susceptible de imponerse coactivamente”.²³³

Lo “coercitivo”, en cambio, es aquello “que ejerce fuerza sobre la voluntad de alguien”.

²²⁸ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 31.c), p. 19.

²²⁹ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 41.

²³⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 31.c), p. 19.

²³¹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 32, p. 20.

²³² Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 41.

²³³ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 53.

Ambas ideas integran el concepto de norma jurídica. Una, en potencia (lo coactivo). La otra, en acto (lo coercitivo).

Lo coactivo alude a una cualidad, pero considerada en potencia. Lo coercitivo se refiere al empleo de la fuerza. La coactividad denota la posibilidad de recurrir a la fuerza. Lo coercitivo, en cambio, considera a la fuerza en acción. Precisamente, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, "coerción" significa "Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta". La coactividad de la norma jurídica, entonces, es la posibilidad de que lo ordenado por ella o la sanción debida en su defecto se impongan por la fuerza. La coercibilidad dice relación a su vez al ejercicio de dicha fuerza.

Máximo Pacheco considera que la característica de la norma jurídica es sólo la "coactividad": "Para comprender bien este carácter de la norma jurídica, es fundamental formular la distinción entre la 'coactividad' y la 'coacción'. La primera es la coacción virtual, potencial, y como tal, es un elemento constitutivo de la norma jurídica. En cambio la coacción, es decir la fuerza actualizada, no lo es. Luego, cuando hablamos de coactividad, nos estamos refiriendo a la posibilidad de que una coacción, ejercitada desde fuera, pueda imponer la manifestación de la conducta debida. De consiguiente, lo que es esencial a la norma jurídica no es la coacción en acto, sino tan sólo en potencia; no es el constreñir, sino el poder constreñir".²³⁴

Por nuestra parte, creemos que ambas nociones integran la norma jurídica. A fin de cuentas, se trata de una misma idea visualizada en dos momentos: primero, en potencia; después, en acto.

Como expresa Gonzalo Figueroa Yáñez, "La coacción está vinculada con la norma misma y es su elemento característico, porque su sola infracción pone en marcha el aparato coactivo del Estado con el objetivo de sancionar, a través del uso de la fuerza, tales conductas infractoras".²³⁵

La coercibilidad, es una característica de las normas jurídicas "que se encuentra ausente en cualquier otro tipo de normas. Al afirmar que las normas jurídicas son *coercitivas* se pretende resaltar que la falta de observancia o respeto a las mismas puede originar su imposición por la fuerza, conforme a los instrumentos previstos por el Ordenamiento Jurídico –metiendo en la cárcel al que ha cometido un delito, embargándole bienes a quien no paga sus deudas o incumple sus obligaciones fiscales, etc.". ²³⁶

La coercibilidad es en realidad una lógica consecuencia del carácter imperativo de las normas. Puesto que la norma contiene un mandato, el incumplimiento del mismo debe traer aparejada una consecuencia para el infractor: "la norma jurídica es obligatoria; los individuos no pueden negarse a cumplirla, pues, si lo hicieran, el Estado los obligaría a cumplirla coactivamente; y si el cumplimiento fuera ya imposible, aplicará, también coactivamente, una sanción. Se ha sostenido, sin embargo, que la coactividad no es una nota esencial de lo jurídico, como lo prueba la circunstancia de que el Derecho se respeta, en la mayoría de los casos, sin necesidad de ninguna intervención del Estado. En efecto, en la vida jurídica, la ley se respeta, los contratos se cumplen, sin que, por lo general, sea necesaria ninguna coacción. Pero lo importante es que la fuerza del Estado está siempre respaldando los preceptos jurídicos y que, si se los viola, se hace presente para restablecer el orden jurídico alterado. A nuestro entender, es indiscutible que la coacción es de la esencia de lo jurídico, a tal punto que no puede concebirse la existencia de un determinado derecho positivo, sin la fuerza estatal que lo apoye".²³⁷

La coercibilidad, de esta manera, se puede desplegar en dos sentidos:

i.- Forzar el cumplimiento de la norma, compeler a un sujeto a ejecutar la conducta descrita en la norma jurídica.

²³⁴ Pacheco Gómez, Máximo (1990), ob. cit., p. 53.

²³⁵ Figueroa Yáñez, Gonzalo (2015), ob. cit., p. 17.

²³⁶ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 39.

²³⁷ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, p. 13.

- ii.- Imponer por la fuerza la sanción, para el caso de que se infrinja la norma jurídica.
La fuerza debe ser ejercida por el poder público. Se trata por ende de una fuerza legítima y cuyo monopolio ostenta el Estado.

6.8. Está sujeto a sanción su incumplimiento.

Representa la sanción la consecuencia jurídica que para el infractor de la norma trae el hecho de haberla desconocido o infringido.

Vodanovic expresa que la sanción aparece como un elemento estructural de la norma: "La estructura de la norma jurídica se compone de dos partes: el *mandato de conducta*, que señala el hacer o no hacer a que está obligado el destinatario de la norma y la sanción. En buenas cuentas, hay dos normas: una que establece la conducta y otra, la sanción; esta última tiene por presupuesto la trasgresión de aquélla. El mandato de conducta es la norma *primaria* y la sanción la norma *secundaria*. A veces, en la última está implícita la primera, como sucede en las normas penales que se limitan a prescribir la sanción. Si, por ejemplo, un artículo del Código Penal dice que el homicidio será castigado con tales penas, es porque tácitamente lo está prohibiendo".²³⁸

En todo caso, no todas las normas contienen de manera expresa la sanción que cabe aplicar para el evento de su infracción. Muchas veces, la norma nada expresa al respecto. En tal caso, será el intérprete quien deberá encontrar la pertinente sanción.

La sanción, sin embargo, no es, ciertamente, una consecuencia *automática* o que indefectiblemente opere. Por el contrario, usualmente requerirá de un acto del afectado con la infracción de la norma. Dicho afectado podrá ser la sociedad toda, representada por el Estado y éste por el Ministerio Público, si se trata de la infracción a una norma penal, o una persona determinada, si se trata de la infracción a una norma de otra índole. Sólo excepcionalmente el Juez podrá imponer la sanción de oficio y no a pedimento de parte interesada (por ejemplo, cuando la nulidad absoluta aparece de manifiesto en un acto o contrato, art. 1683 del Código Civil).

En el campo civil, para determinar la sanción aplicable, habría que formular un primer distingo, según se trate del Derecho civil patrimonial o extrapatrimonial. El primero, corresponde, en términos generales, al Derecho de los Bienes, de los Contratos y de las Obligaciones. El segundo, al Derecho de Familia. Cada uno de estos dos ámbitos, tiene un sistema de sanciones diverso.

En el ámbito del Derecho civil patrimonial, las sanciones más importantes, son las siguientes:

- i.- La ejecución forzada (cumplimiento *por naturaleza*).
- ii.- La indemnización de daños y perjuicios (cumplimiento *por equivalencia*, tratándose de la responsabilidad contractual, o resarcimiento del daño, tratándose de la responsabilidad extracontractual).
- iii.- La nulidad.
- iv.- La resolución.
- v.- La caducidad.
- vi.- La inoponibilidad; y
- vii.- La rescisión.

En el ámbito del Derecho civil extrapatrimonial, las sanciones más importantes, son las siguientes:

- i.- La pérdida de derechos (por ejemplo, del cuidado personal del hijo no emancipado que puede afectar en ciertos casos al padre o madre).
- ii.- La caducidad (del derecho para impugnar la paternidad por parte del marido, por ejemplo).

²³⁸ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 35, p. 21.

- iii.- La nulidad (del acto por el cual se reconoce un hijo o del contrato de matrimonio, por ejemplo); y
- vi.- El divorcio (en el caso del contrato de matrimonio).

En el Derecho de Familia, no opera por regla general la sanción de la ejecución forzada (con la excepción en materia de la obligación de alimentos) ni la indemnización de perjuicios (tema hoy en día controversial). Esto se explica, porque en el Derecho de Familia, usualmente lo que se impone son *deberes jurídicos* y excepcionalmente *obligaciones*. Sólo con la infracción de las obligaciones, es factible que el acreedor recurra al procedimiento de ejecución forzada. Así acontece con el derecho de alimentos y con la compensación económica (que admiten apremios y también el embargo de los bienes del deudor).

El Derecho Sucesorio tiene por su parte un sistema propio de sanciones, habida cuenta que en él se mezclan elementos del Derecho civil patrimonial con los del Derecho de Familia. Las sanciones más importantes son el desheredamiento y las indignidades.

En el campo penal, la sanción consiste en la pena, que se impone para restablecer la autoridad de la ley, el orden social quebrantado. Adicionalmente, también aquí puede operar una sanción de naturaleza civil: la indemnización de daños y perjuicios.

Excepcionalmente, el ordenamiento jurídico puede contener normas cuyo incumplimiento no traiga aparejado ninguna sanción. Por cierto, son casos muy raros. Algunos autores consideran que, en estos casos, no estamos propiamente ante una norma jurídica. En tal sentido, se pronuncia Guillermo A. Borda: "Debe recordarse, sin embargo, el hecho anómalo de ciertas leyes, llamadas imperfectas, que carecen de sanción en caso de incumplimiento. Es verdad que son excepcionales, pero existen. A nuestro entender, esas leyes no merecen el nombre de tales, y si se las ha llamado así, es porque han sido enunciadas por el legislador, generalmente mezcladas en un cuerpo de leyes propiamente dichas. Se trata más bien de consejos, de reglas de conducta que pueden o no respetarse y que, precisamente, por ello no son leyes".²³⁹ Otros autores, "dicen que las normas sin sanción que forman parte de un ordenamiento jurídico tienen este carácter aunque de un modo imperfecto. Arguyen que para la juridicidad de la norma basta que ésta contenga un mandato, un imperativo de conducta externa y ella sea parte integrante de un ordenamiento jurídico, el cual, por lo demás, al cubrirla con su manto, la reviste de la mentada juridicidad".²⁴⁰

En verdad, como decíamos, es muy infrecuente el caso de una norma desprovista de una sanción en caso de infringirse. Vodanovic proporciona como ejemplo el art. 222 del Código Civil (antiguo art. 219), que dispone en su inc. 2º que "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres". Sin embargo, consideramos equivocado dicho ejemplo, pues la infracción al "deber filial" que se consagra en este precepto sí puede ocasionar una sanción: el desheredamiento del hijo (art. 1208 del Código Civil, causales 1ª y 4ª). Un caso en el que efectivamente no hay sanción, encontramos en el art. 1026, en relación con los artículos 1016, 1023 inc. 5º y 1024 inc. 2º, todos concernientes al otorgamiento del testamento: aunque se omitan en el testamento algunas de las menciones que exige la ley –ciudad de nacimiento del testador, por ejemplo–, ello no traerá consigo la nulidad de aquél, "siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo". Otro caso, es el del art. 18, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil, que ordena al Oficial del Registro Civil ante el cual los novios contraen matrimonio, dar lectura a los arts. 131, 133 y 134 del Código Civil (que señalan los deberes y obligaciones conyugales). La omisión de esta solemnidad, sin embargo, no anulará el matrimonio, sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa del Oficial (desde este punto de vista, la norma tiene por ende sanción, aunque no afecte el acto jurídico con ocasión del cual se produjo la infracción).

²³⁹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 2, p. 13.

²⁴⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 55, p. 31.

6.9. Carácter “estadual” o “estatalidad” de las normas jurídicas positivas.

La doctrina también habla del carácter “estadual” o “estatal” de las normas jurídicas, y con ello denota dos cosas:

- i.- Que el Estado crea o reconoce las normas jurídicas.
- ii.- Que el Estado garantiza el respeto a la observancia del ordenamiento jurídico.²⁴¹

Hay normas que surgen de otras fuentes, como la costumbre o las convenciones de Derecho internacional, pero su eficacia dentro del ordenamiento jurídico de un Estado sólo surge cuando éste les presta su conformidad o aprobación.

7.- Elementos de la norma jurídica.

Se suelen distinguir los siguientes elementos en toda norma jurídica: un elemento subjetivo, un elemento objetivo, una relación jurídica, una consecuencia jurídica y una finalidad. Los revisaremos en el mismo orden.

7.1. Elemento subjetivo.

La norma se aplica a personas, sean ellas naturales o jurídicas. Los destinatarios de toda norma jurídica son los sujetos de derecho.

De no existir ninguna persona a quien concierna una situación, no puede haber una norma jurídica. El supuesto de hecho descrito en una norma jurídica siempre debe considerar a una persona.

La importancia de este elemento subjetivo se puede apreciar, al considerar que el intérprete de la norma debe establecer, con precisión, cuáles son los sujetos a quienes corresponde aplicarla.

Así, por ejemplo, el art. 321 del Código Civil, en materia de alimentos, dispone: “Se deben alimentos:

- 1º. Al cónyuge;
 - 2º. A los descendientes;
 - 3º. A los ascendientes;
 - 4º. A los hermanos, y
 - 5º. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.
- La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue”.

El precepto determina de esta manera cuáles son los sujetos a quienes concierne el derecho y la obligación correlativa de alimentos.

Otro ejemplo es el del art. 1793 del Código Civil, que dispone: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio”.

La norma establece entonces que cada uno de los sujetos se obliga: uno, el vendedor, a dar una cosa, y el otro, el comprador, a pagar por ella una suma de dinero.

7.2. Elemento objetivo.

La norma jurídica describe una *conducta*, que se prohíbe, se ordena o se permite. Conforme a ello, las personas deben abstenerse de ciertas conductas, o deben ejecutar ciertas conductas o están facultadas para realizar o no ciertas conductas. La conducta

²⁴¹ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 34, p. 38.

negativa impone un deber jurídico de no hacer. La conducta positiva, impone en ciertos casos o permite en otros casos un acto determinado, que podrá consistir en un dar o en un hacer.

Siguiendo con el primer ejemplo, el art. 321 dispone que “se debe alimentos”. Tal es la conducta impuesta por la norma. Se trata en este caso de una orden, de un mandato que dispone el cumplimiento de la aludida conducta que se concreta en una prestación.

En el segundo ejemplo, el vendedor debe “dar una cosa” (o más bien “entregar una cosa”, según se estudiará en la compraventa), mientras que el comprador debe pagar por ella un precio.

En el primer ejemplo, la norma impone una conducta unilateral, a uno sólo de los sujetos concernidos en la relación jurídica, llamado alimentante. En el segundo ejemplo, la norma impone conductas recíprocas, bilaterales, tanto al vendedor como al comprador.

7.3. Relación jurídica.

La norma jurídica origina una relación jurídica, que concierne a dos o más personas, en la que una de ellas es el sujeto activo y la otra el sujeto pasivo. El sujeto activo es aquél que tiene derecho a exigir cierta conducta (positiva o negativa) o una determinada prestación. El sujeto pasivo es aquél que debe cumplir con dicha conducta o prestación. El sujeto activo puede corresponder a la sociedad toda, como suele acaecer con las normas del Derecho penal. El sujeto pasivo también puede estar integrado por toda la sociedad, como ocurre con el respeto o deber de abstención que se nos impone respecto del titular del derecho de propiedad, en cuanto permitirle ejercer las facultades que le confiere tal derecho.

Profundizaremos acerca de la relación jurídica al tratar de manera específica dicha materia.

En nuestro primer ejemplo, la relación jurídica se origina entre el alimentante (sujeto pasivo u obligado) y el alimentario (sujeto activo o acreedor). En este caso, se trata de una obligación impuesta al primero y de un derecho personal conferido al segundo.

En el segundo ejemplo, dado que nos encontramos ante un contrato bilateral, ambas partes son recíprocamente acreedora y deudora de la otra. Cada uno será sujeto activo respecto de su derecho y sujeto pasivo en lo que concierne a su obligación.

7.4. Consecuencia jurídica.

Se trata de la vinculación que se origina entre dos sujetos de Derecho, a consecuencia de la infracción del deber jurídico impuesto por la norma. La consecuencia jurídica, entonces, se produce por efecto de la comisión de un hecho ilícito. Conforme a esta vinculación, ciertamente no buscada, un individuo recibirá una sanción por dicho incumplimiento.

Si en el primer ejemplo el alimentante no da cumplimiento espontáneo, voluntario, a su obligación, el ordenamiento jurídico le otorga al acreedor acción para demandar el pago de los alimentos a que tiene derecho. La respectiva sentencia condenará al primero al pago de una suma que satisfaga la pretensión del segundo, conforme a las facultades económicas del primero y a las necesidades del segundo.

En el segundo ejemplo, si el vendedor no entrega la cosa o si el comprador no paga el precio, uno u otro, según corresponda, podrá demandar, a su arbitrio, el cumplimiento de lo pactado o la resolución del contrato y además una indemnización de perjuicios.

7.5. Finalidad.

Sin perjuicio de los fines *fundamentales* o *generales* que tiene toda norma jurídica (asegurar la convivencia de las personas y proteger los intereses materiales y espirituales de las mismas), toda norma jurídica constituye la concreción de un bien o valor jurídico o de ciertos bienes o valores jurídicos que ella protege o pretende alcanzar. Se trata de los fines *específicos* o *particulares* de la norma. En el caso de las leyes o normas reglamentarias, dicha finalidad puede desprenderse de los propios términos de la norma y suele también explicitarse en las consideraciones del respectivo Mensaje del Ejecutivo o de la pertinente Moción parlamentaria que acompaña al respectivo proyecto de ley, o en los fundamentos del decreto o reglamento que dicta la autoridad administrativa premunida de potestad reglamentaria. Por cierto, nada obsta a que una norma jurídica pretenda alcanzar varios fines de manera simultánea.

La finalidad o las finalidades de la norma jurídica es un aspecto relevante para los efectos de su interpretación, según veremos oportunamente.

Cerrando nuestro primer ejemplo, la finalidad del art. 321 (y de las demás normas que se refieren al derecho de alimentos), consiste en asegurar la subsistencia de una persona y en algunos casos su educación y adecuada realización espiritual y material posible.

En el caso del segundo ejemplo, la finalidad de la norma es que se produzca un intercambio de una cosa por un precio, y, con ello, que cada una de las partes obtenga el beneficio que buscaba. En última instancia, la circulación de los bienes y del dinero, no sólo debe considerarse beneficiosa para las partes del contrato, sino para la sociedad toda.

8.- Clasificación de las normas jurídicas.

Diversas clasificaciones se formulan por la doctrina. Seguidamente, explicaremos las más importantes. Advertimos sin embargo que en los textos se aprecia cierto desorden en cuanto a clasificar las *normas jurídicas* y más adelante clasificar las *leyes*.²⁴² Hemos optado por dejar sólo cuatro clasificaciones para el momento en que estudiemos la "Teoría de la Ley". Ellas son la que distingue entre "leyes materiales" y "leyes formales" (que efectivamente es un distingo propio de las leyes y no de las restantes normas jurídicas); leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales, de quórum calificado y de quórum simple (que también es una discriminación propia de las leyes y que revisaremos a propósito de la manera en que puede "manifestarse" una ley, es decir en lo concerniente a los requisitos externos de la ley); leyes imperativas, prohibitivas y permisivas (que se analizarán al contraernos al estudio del art. 1 del Código Civil) y leyes "perfectas", "pluscuamperfectas", "menos perfectas" e "imperfectas", en atención a la sanción que se imponga –o no–, al quebrantamiento de una ley.

También aludiremos a la categoría de las leyes "dispositivas" en la "Teoría de la Ley", si bien no dentro de una clasificación en la que se contraponga a otra categoría de leyes.

Todas las demás clasificaciones se recogen en los numerales que siguen, bajo el entendido que podrían aplicarse también a las leyes, lo que por lo demás tiene sentido si consideramos que la norma jurídica es el género y la ley una especie de norma jurídica. Por tal razón, todas las clasificaciones que se revisan seguidamente podrían aplicarse a

²⁴² Así, por ejemplo, Vodanovic alude a las normas "supletivas e integradoras" al tratar de la clasificación de las normas jurídicas (Nº 61.c, pp. 36 y 37), y después, al referirse a la clasificación de las leyes, vuelve sobre esta misma clasificación, llamándola ahora "leyes declarativas o supletivas" (Nº 159, p. 109). Hemos optado por aludir a ellas en una sola materia, a propósito de las clases de normas jurídicas, bajo la denominación de "supletorias o integradoras".

las leyes, aunque de igual manera algunas de ellas podrían aplicarse a otras especies de normas jurídicas.

8.1. De Derecho público y de Derecho privado.

El significado moderno de lo que entendemos por Derecho público y Derecho privado no es el que le daban los juristas romanos cuando distinguían entre el *ius publicum* y el *ius privatum*. Para ellos, el distingo obedecía a *la fuente* de la que emanaba el *ius*, es decir, según si este era generado por el pueblo o por el emperador, o si era generado por los propios particulares. En efecto, *ius publicum* era aquel establecido por el *populus* mediante un plebiscito y después por un edicto, un senadoconsulto o por una constitución imperial. En cambio, el *ius privatum* era el *ius* que de manera autónoma establecían las partes al regular sus intereses, generando una *lex privata*. En otras palabras, el distingo no decía relación con la *materia* ni con los *sujetos* a quienes se aplicaba el *ius*, sino con su *origen*, con su *fuentes*. Incluso más, en realidad todo el *ius* se aplicaba sólo a los particulares, cualquiera fuere su fuente y fuera *ius publicum* o *ius privatum*, y las normas que se referían a la organización y funcionamiento del Estado eran ajenas al *ius*.

Guzmán Brito explica de la siguiente manera el significado originario del distingo: "Se observará, pues, originalmente, la distinción *ius publicum-ius privatum* no se refiere a dos clases de Derechos cada uno especificado por recaer sobre una materia diversa: la organización, gestión y actuación político-administrativa y las relaciones entre los particulares y la administración ('Derecho público'), por un lado; y las relaciones patrimoniales (y familiares) entre los particulares ('Derecho privado'), por otro. En efecto, la materia del *ius publicum* y del *ius privatum* es la misma: el *ius* (sustancialmente entendido como Derecho patrimonial entre particulares, y en este sentido identificado con nuestro 'Derecho privado'); y es sólo el modo de ser de la fuente reguladora u ordenadora la que hace público o privado a un Derecho; es decir, según se trate de una fuente pública o privada. En consecuencia, todo el ámbito de la organización y gestión político-administrativa queda fuera de la distinción, porque ni siquiera forma parte del *ius*. Lo anterior significa que dicha distinción no consiste en una división de alcance sistemático general ni es abarcadora. Sólo en la medida en que se encuentre una norma pública que estatuya sobre el *ius* se puede hablar de *ius publicum*; y nada más que la negocialidad jurídico-privada recibe la calificación de *ius privatum*. Fuere de ese ámbito la distinción cesa de tener virtualidad; y así, por ejemplo, carecería de sentido o al menos difícilmente sería correcto decir que los juristas escribían obras sobre *ius privatum*, no sólo porque aquéllas no recaían sobre cómo celebrar negocios jurídicos, sino, específicamente, porque el *ius privatum* no es escrito por los estudiosos del Derecho, sino que se crea en cada caso por los particulares cuando celebran dichos actos. A lo más podría decirse que un jurista solía asesorar a las personas acerca de cómo celebrar un contrato, esto es, de cómo establecer su *ius privatum*; o que solía ser convocado para interpretar un *ius privatum* concreto (las cláusulas de un contrato, por ejemplo). Pero sí es correcto decir que el objeto de estudio de los juristas y el contenido de sus obras era el *ius* (y el edicto). El *ius publicum*, en cambio, tiene un carácter más estático, porque aparece formulado en ciertas fuentes permanentes y generales, como las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Acerca de esto sí es posible escribir y cabe, desde luego, su interpretación; más aún, a partir de la última etapa clásica, es objeto constante de tratamiento por los juristas".²⁴³

Pero, en nuestros días, como está dicho, otro es el significado que le damos al distingo entre Derecho público y Derecho privado. El significado moderno de esta primera clasificación se atribuye a Ulpiano, y se recoge al inicio del *Digesto*: "*Ius*

²⁴³ Guzmán Brito, Alejandro (2013), ob. cit., p. 93.

publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet" ("El derecho público es el que se refiere al Estado romano; el derecho privado es el que se refiere al beneficio de los individuos").

Como expresa Lasarte, "En dicho pasaje, posiblemente, no deba verse más que un intento descriptivo de la existencia de supuestos institucionales presididos por dos ideas-fuerza que, sin ser antagónicas propiamente hablando, son al menos divergentes: el ámbito de la «libertad individual» frente a la necesidad de una «organización general» establecida por el poder político de turno (respectivamente, el interés de los particulares y la *cosa pública romana*, en el pensamiento de Ulpiano). En definitiva, la eterna y recurrente tensión entre la libertad y la autoridad, como principios equilibradores de las relaciones sociales en general".²⁴⁴

Como expresa por su parte Guzmán Brito, "La autenticidad ulpiana de este pasaje ha sido muy discutida. Independientemente de ello, este texto constituye la fuente de nuestra distinción entre Derecho público, entendido como el Derecho de la organización y gestión de los entes político-administrativos, y Derecho privado, como aquel de las relaciones disponibles entre particulares. Nuestro actual concepto de 'normas de orden público', en cambio, se acerca un tanto al concepto clásico de *ius publicum*".²⁴⁵

Las normas de Derecho público son aquellas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos menores (como las Municipalidades). Estas normas establecen cómo se estructura el Estado -qué órganos lo integran-, y cómo pueden actuar dichos órganos, es decir, con qué facultades y cumpliendo qué obligaciones. En el segundo aspecto, *funcional*, regulan estas normas las relaciones entre los distintos entes del Estado o las que se originan entre estos entes y los particulares, cuando los primeros actúan dotados de *imperio*, es decir, de la facultad de hacer cumplir sus resoluciones mediante el uso de la fuerza, que es legítima porque se funda en el ordenamiento jurídico. De ahí que se afirme que, en el campo de las normas jurídicas de Derecho público, los particulares actúan en un plano de *subordinación* respecto a las entidades que obran en nombre de la soberanía nacional.²⁴⁶

Forman parte del Derecho público el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho procesal, el Derecho penal, el Derecho económico, el Derecho tributario y el Derecho internacional.

Las normas de Derecho privado son aquellas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, o las de éstos con los entes estatales cuando estos últimos actúan como particulares y no ejercitando *imperio*. En el campo de las normas jurídicas de Derecho privado, los sujetos actúan en un plano de igualdad o *coordinación*.²⁴⁷

Considerando esta dispar condición de las partes de la relación jurídica en el Derecho público y la igualitaria (al menos en teoría) condición de las partes en el Derecho privado, se agrega que "En el primero la justicia tomaría la forma de justicia distributiva; en el segundo, de conmutativa".²⁴⁸

Conforme a lo expresado, y siguiendo a Carlos Ducci, parece lógico y exacto fundamentar la distinción entre Derecho público y Derecho privado en la *naturaleza de la relación*: "Si, como lo hemos señalado, el derecho emana de la naturaleza social del hombre, su fin es constituir un instrumento para que haya paz en la comunidad. Para conseguir esta paz, entre otras condiciones, debe buscar establecer la justicia en las relaciones sociales. Pero si analizamos estas relaciones, vemos que ellas no son siempre de la misma naturaleza; podemos distinguir dos grandes tipos de relaciones: a) las que se producen entre las personas entre sí, como miembros de la comunidad; b) las que se

²⁴⁴ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 12.

²⁴⁵ Guzmán Brito, Alejandro (2013), ob. cit., p. 95.

²⁴⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 59.a), p. 34.

²⁴⁷ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 59.a), p. 34.

²⁴⁸ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 15, p. 33.

producen entre la autoridad y el grupo social (considerado en sí y en sus componentes). Resalta de inmediato que las situaciones y posiciones en que se encuentra el hombre en ellas no son las mismas, según se trate de unas y otras. En efecto, en las primeras los miembros de la comunidad están entre sí en la misma posición y en la misma situación, están básicamente equiparados o coordinados. Sus relaciones serán esencialmente de intercambio derivadas de la necesidad que cada uno tiene de los otros en el conjunto social. En el segundo tipo de relaciones la situación es diferente. La autoridad está dotada de poder de mando y se le han atribuido poderes de imposición; por ello está superordenada respecto a sus súbditos; éstos no se encuentran equiparados con relación a ella sino subordinados”.²⁴⁹

Pertenecen al Derecho privado el Derecho civil, el Derecho comercial, el Derecho minero, el Derecho de aguas y el Derecho agrario.

Cuestión debatida es la rama de la que forma parte el Derecho laboral y de la seguridad social. Para algunos, forma parte del Derecho público, principalmente por el rol tutelar que se la asigna al Estado y porque la mayoría de sus normas no son disponibles o susceptibles de ser modificadas por los particulares. Pero para otros, forma parte del Derecho privado, dado que los sujetos de la relación jurídica laboral son particulares. De cualquier manera, lo cierto es que el Derecho laboral tiene su origen en el Derecho civil, del cual se escindió en las últimas décadas del Siglo XIX y primeras del Siglo XX. Otra rama que ha nacido en los últimos años es la del Derecho del consumo. En ella, es de esperar una controversia semejante, en cuanto a su adscripción al Derecho público o privado. Personalmente, creemos que forma parte del Derecho privado, aunque la mayoría de sus normas son de orden público (lo que no debe confundirse con el Derecho público). Fundamos esta opinión en la circunstancia de que las partes de la relación jurídica son particulares (el proveedor de bienes y servicios, que puede corresponder a una persona natural o jurídica de derecho privado y el consumidor, persona natural o jurídica de derecho privado). El Estado no forma parte de la relación jurídica, aunque cumple un rol de supervisión de la misma, que, en el caso chileno, asume el Servicio Nacional del Consumidor (“Sernac”).

Como señala Hernán Corral, “en lo público interesa más primordialmente el bien común y colectivo, y más mediatamente, o como objetivo consecuencial, el interés y bienestar de los individuos. A la inversa, lo privado busca directamente la satisfacción de lo que es conveniente para los individuos, pero mediatamente, por vía consecuencial, debe también ser útil, o al menos no nocivo, para el bien público. De esta manera, puede decirse que el Derecho Público es aquel que rige los aspectos sociales que interesan más directamente al bien público, mientras que el Derecho Privado es el que rige los aspectos sociales que interesan más directamente al bien de los particulares o personas en cuanto ciudadanos privados”.²⁵⁰

Lo anterior implica que la *finalidad* de la relación jurídica es también diversa, según se trate de una de Derecho privado o de Derecho público. Siguiendo a Ducci, el fin de las relaciones particulares es el bien particular, su objeto es el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades que tiene cada individuo (en el entendido que se alude aquí sólo al Derecho civil *patrimonial* y no *de familia*, pues en éste las finalidades son diversas como puede comprenderse). En la relación de la autoridad con los ciudadanos, no se persigue el bien particular de cada uno de éstos, sino que la obtención de una finalidad de orden común, que interesa a toda la sociedad. La relación jurídica no es aquí la de intercambio de bienes y de servicios, sino que, de reparto, de atribución o de distribución.²⁵¹

²⁴⁹ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 4, pp. 10 y 11.

²⁵⁰ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 12.

²⁵¹ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 4, p. 11.

De lo expuesto, surge una importante diferencia, en cuanto a *lo que se puede hacer* en el ámbito del Derecho privado y del Derecho público. En el Derecho privado, las personas pueden hacer todo lo que les parezca útil o conveniente a sus intereses, excepto aquello que el ordenamiento jurídico prohíba. Esto, según veremos, se manifiesta en algunos de los principios que informan al Derecho civil, principalmente en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad para adquirir bienes en propiedad y luego disponer de ellos. La prohibición puede ser *directa* o *indirecta*. Será *directa*, cuando así lo dispone en términos explícitos una norma constitucional, legal o reglamentaria. Será *indirecta*, cuando sin establecerse la prohibición en términos formales y explícitos en una norma jurídica de cualquier rango, ella dimana de las nociones de orden público, las buenas costumbres (en las que está ínsita la moral), los derechos de terceros, etc. Pero sea la prohibición directa o indirecta, ella debe fundarse en una norma jurídica. Es decir, en un precepto que integre el ordenamiento jurídico. Distinta es la situación en el ámbito del Derecho público. En él, los entes públicos y los ciudadanos que se vinculan con dichos entes sólo pueden hacer aquello que está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico. Se trata del llamado *principio de juridicidad*, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.

En síntesis, podríamos afirmar que hay cinco diferencias fundamentales entre las normas de Derecho público y las de Derecho privado:

- a) En cuanto a *los sujetos que ellas regulan*.
- b) En cuanto a *los actos que regulan*.
- c) En cuanto a la *naturaleza de la relación* regulada por uno y otro, que repercute en la condición en que se encuentran los sujetos que actúan en uno y otro ámbito (de subordinación o de coordinación).
- d) En cuanto a los *finés* que se persiguen por uno y otro.
- e) En cuanto a *lo que puede hacerse* en uno y otro.

En todo caso, más allá de estos distinguos, "No debe creerse, sin embargo, que estas dos grandes ramas del Derecho son algo así como compartimientos estancos, sin vinculación entre sí. Por el contrario, están estrechamente ligados: la violación de derechos privados trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público, por ejemplo, el hurto (lesión al derecho de propiedad) apareja la aplicación de una pena; a la inversa, la transgresión de deberes públicos puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios del damnificado contra el Estado o el funcionario culpable; todas las acciones civiles tienden a poner al servicio del actor la fuerza pública del Estado para asegurarle el goce de sus derechos. Es que en realidad el Derecho es uno: el edificio jurídico es único, y coronado por la Constitución Nacional; ésta es el elemento aglutinante y, por decir así, la base sobre la que reposa todo el ordenamiento legal".²⁵²

8.2. De orden público y de orden privado.

La noción de "orden público" puede entenderse de dos maneras. La primera, alude a la tranquilidad y seguridad que debe existir en los espacios públicos. La segunda, por cierto, de diverso contenido, es la que nos interesa delimitar en este acápite. Nos referiremos brevemente al primer sentido, para luego abocarnos con mayores pormenores al segundo sentido.

En este primer sentido, el art. 18, inc. 3º de la Constitución Política, establece: "El resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley". Luego, el art. 24 señala en sus dos primeros incisos: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado. / Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior

²⁵² Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., p. 34.

y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes". En armonía con lo anterior, el art. 42 dispone: El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias". A su vez, el art. 60, inc. 5º, establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15º del artículo 19, cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la seguridad o el honor de la Nación". El art. 101, inc. 2º, consigna por su parte: "Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública".

En el segundo sentido, la Constitución se refiere al orden público en cuatro numerales del art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: (...) 6º.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público" (...) 11º.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (...) 15º.- El derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (...) 21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

De esta manera, la Constitución Política alude al orden público en función de las garantías constitucionales de libertad de conciencia, la libertad de enseñanza, el derecho de asociación sin permiso previo y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

El Código Civil, por su parte, alude al "orden público" en el segundo de los sentidos, en cuatro preceptos. En el Art. 880, inc. 1º: "Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes"; en el art. 1461, inc. 3º: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público"; en el art. 1467, inc. 2º: "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público"; y en el art. 1475: "La condición positiva debe ser física y moralmente posible. / Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público".

De esta forma, el Código Civil se refiere al orden público al tratar de las servidumbres, el objeto de los actos y contratos, la causa de los actos y contratos y las obligaciones sujetas a condición.

No obstante las referencias al orden público en el segundo sentido que se han transcrito, ni la Constitución ni el Código Civil, proporcionan una definición de "orden público" en los términos que interesan a nuestro enfoque.

Se ha dicho que el orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no

pueden “derogarse” o dejar de cumplirse por los particulares en sus relaciones jurídicas. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de la sociedad, el buen funcionamiento de sus instituciones básicas que la configuran. Los intereses generales protegidos son de muy diverso carácter: político, social, religioso, moral y económico.²⁵³

Otra definición plantea que es el orden general necesario para el mantenimiento del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica.

Colin y Capitant, sostienen que “El orden público es el orden en el Estado, es decir, una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado. Todas las leyes de derecho público son, por consiguiente, de orden público, incluso, naturalmente las leyes de derecho penal. Pero además, en la misma legislación civil, aunque en principio no se refiera ésta más que a la reglamentación de intereses particulares, se encuentran numerosas disposiciones tocantes al orden público, porque las reglas que contienen parecen indispensables al mantenimiento de la seguridad, de la moralidad públicas, al de las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, a la comodidad de sus relaciones económicas. Estas disposiciones referentes no sólo al interés de ciertos individuos, sino al interés general, deben permanecer intangibles. No puede depender de la voluntad de los particulares negarles su aplicación”.²⁵⁴

Brebbia, por su parte, señala que “El orden público está constituido por los principios fundamentales que presiden el ordenamiento jurídico, que se encuentran dados por los preceptos constitucionales y ciertas normas y principios que se extraen del Código Civil”.²⁵⁵

Para Borda, “una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. De donde surge que toda ley imperativa es de orden público: porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión, leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos”.²⁵⁶

Brebbia agrega que el orden público corresponde al “conjunto de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. El [Código] Civil, en su art. 14 inc. 2, más gráficamente lo denomina el ‘espíritu de nuestra legislación’. Estos principios y normas jurídicas fundamentales que fijan los caracteres fundamentales del ordenamiento jurídico, se dan principalmente en la Constitución, pero se encuentran también en el Cód. Civil, en el que se sientan las bases del Derecho Privado, aplicables en gran parte al Derecho Público, marcan las pautas generales a las que necesariamente deben sujetarse las demás normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico de una comunidad determinada. Atenta su composición, la noción de orden público resulta de naturaleza estrictamente jurídica y puede ser apreciada de manera objetiva, permitiendo calificar a una cierta categoría de normas que tienen la importante peculiaridad de constituirse en la salvaguarda del orden jurídico. Tales leyes son, pues, por fuerza, *imperativas*, en cuanto los particulares no pueden dejarlas sin efecto al concertar sus negocios jurídicos, bajo pena de nulidad (...) a la vez que se constituyen en impedimento para la aplicación de la ley extranjera en nuestro territorio en los casos permitidos”.²⁵⁷

²⁵³ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 285, pp. 189 y 199.

²⁵⁴ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), ob. cit., pp. 42 y 43.

²⁵⁵ Brebbia, Roberto H. (2000), *Instituciones de Derecho Civil*, I, Rosario, Editorial Juris, p. 83.

²⁵⁶ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., p. 70, N° 47.

²⁵⁷ Brebbia, Roberto H. (2000), ob. cit., pp. 79 y 80. La referencia al art. 14, corresponde al antiguo Código Civil argentino. El art. 12 del actual Código Civil y Comercial argentino, dispone: “Las convenciones particulares

Brebbia plantea el distingo, a veces difuso, entre *orden público* y *buenas costumbres*. De hecho, en el Código Civil chileno, de las cuatro disposiciones que aluden al orden público, en tres de ellas se hace referencia también a las buenas costumbres. Expresa el autor trasandino: "Las buenas costumbres son aquellas que corresponden a la moral preponderante en una determinada época y en un medio social también determinado. El acto jurídico que tiene un objeto o causa contrarios a las buenas costumbres, se encuentra sujeto a la sanción de nulidad (...), de donde resulta que dicha noción cumple en el campo de aplicación del Derecho, una función limitativa del principio de la autonomía de la voluntad. En suma, puede afirmarse que las buenas costumbres tienen directa e inmediata vinculación con la moral, mientras que el orden público constituye un principio estrictamente jurídico, que debe ser aprehendido en forma objetiva por el legislador o por el juez, a través de un examen de los principios y normas que rigen el contenido de la materia regulada, prescindiendo de la indagación de la buena o mala fe de las partes. Las buenas costumbres, como derivado que son de la moral preponderante, exigen, por lo general, un examen de carácter subjetivo, que tenga en cuenta las intenciones de las partes".²⁵⁸

Según hemos visto, Borda identifica las normas de orden público con las normas imperativas. Brebbia, sin embargo, expresa que, si bien toda norma de orden público es imperativa, no toda norma imperativa es de orden público: "La vigencia de la noción de orden público se manifiesta a través de normas imperativas que las partes no pueden dejar sin efecto al concertar el negocio; pero no todas las leyes imperativas son de orden público. Si su propósito directo es el de regular situaciones en las que no se encuentren afectados los principios básicos del ordenamiento jurídico, no pueden ser calificadas de orden público, aun cuando los particulares se encuentren obligados a aceptarlas en sus negocios en virtud de prohibiciones específicas".²⁵⁹

Vodanovic se pronuncia en similares términos: "Son de *orden público* las normas que, para los supuestos que consideran, imponen necesariamente su propia regulación, sin permitir a los particulares prescindir de ella y establecer otra prescripción diversa. La situación o relación forzosamente debe ser regulada por esa norma. En cambio, son de orden privado las normas que, para los supuestos que consideran, fijan una regulación sólo aplicable si los particulares no toman la iniciativa de disponer diferentemente. Esto no quiere decir que las normas de orden privado carezcan de la imperatividad inherente a toda norma, sino sólo que la aplicación de ellas queda a merced de los interesados; pero si éstos no las desechan, despliegan al regir el caso toda su fuerza ordenadora".²⁶⁰

Así, por ejemplo, según el art. 1806 del Código Civil, si las partes nada estipulan, los gastos de la compraventa deberán ser solventados por el vendedor. La imperatividad de la norma operará en la medida en que las partes no estipulen otra cosa. Pero, indudablemente, se trata de una norma de orden privado, donde sólo está en juego el interés particular de los contratantes y no un interés general.

Son normas de orden público las de Derecho público y, además, un número importante de normas de Derecho privado, como, por ejemplo:

- i.- Las que se refieren al estado y la capacidad de las personas.
- ii.- La mayoría de las leyes del Derecho de Familia.
- iii.- Las que se refieren a la organización de la propiedad raíz (normas que se refieren a la inscripción de los derechos que recaen en inmuebles y las que regulan la organización y funcionamiento del Conservador de Bienes Raíces).
- iv.- Las que establecen las asignaciones por causa de muerte forzosas (alimentos que se deben por ley a ciertas personas, legítimas y cuarta de mejoras).

no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".

²⁵⁸ Brebbia, Roberto H. (2000), ob. cit., pp. 80 y 81.

²⁵⁹ Brebbia, Roberto H. (2000), ob. cit., p. 83.

²⁶⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 60.b), p. 35.

- v.- Las que adoptan medidas de resguardo de los derechos de terceros (por ejemplo, las que disponen realizar inscripciones, publicaciones, notificaciones, etc.).
- vi.- Las que protegen a un contratante contra el otro (por ejemplo, las que establecen limitaciones y prohíben ciertas cláusulas en los contratos de adhesión).²⁶¹
- vii.- Las que permiten interpretar otro precepto legal, o un contrato o un testamento y las que contienen definiciones de instituciones jurídicas (normas interpretativas, declarativas o explicativas).

Las normas de orden público corresponden a las "*Normas imperativas* propiamente dichas (o de *ius cogens*); caracterizadas porque el mandato normativo no permite modificación alguna por los particulares. El supuesto de hecho regulado queda obligatoriamente circunscrito a la previsión legal, sin que la voluntad contraria de los sujetos intervinientes pueda derogarlo y sustituirlo por otra regla diferente. De ahí que, para referirse a esta categoría de normas jurídicas, se hable también, de forma figurada, de *normas de Derecho inderogable*".²⁶²

Las normas de orden privado, en cambio, miran más bien a los intereses particulares de las personas, y éstas pueden introducirles modificaciones o incluso "derogarlas", al eliminarlas en un determinado contrato o convención (por ejemplo, cuando las partes acuerdan excluir del contrato de compraventa la obligación de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios que pesa sobre el vendedor). Obviamente que la palabra "derogación" está tomada en un sentido figurado, para un contrato en particular, pues las normas jurídicas sólo pueden derogarse por otras normas jurídicas o por una sentencia del Tribunal Constitucional y no por acuerdo de los contratantes.

Las normas de orden privado corresponden por ende a las "*Normas dispositivas*: mandatos normativos reguladores de supuestos de hecho que pueden ser sustituidos por las personas interesadas en ellos por reglas diversas. En tal caso, la norma jurídica desempeña una función supletoria de la propia capacidad de autorregulación del problema reconocido por el Ordenamiento jurídico a los particulares (autonomía privada). Por tal razón, es frecuente referirse a ellas como *normas de Derecho supletorio*".²⁶³

En otras palabras, las normas supletorias o integradoras, a las que nos referiremos en la siguiente clasificación, son normas de orden privado.

8.3. Interpretativas, declarativas o explicativas y supletorias o integradoras.

Atendiendo a la función que deben cumplir, se distingue entre normas interpretativas, declarativas o explicativas y normas supletorias o integradoras:

i.- Normas interpretativas, declarativas o explicativas son aquellas que fijan el sentido, extensión o contenido de otras normas jurídicas, o sirven de regla para su interpretación²⁶⁴ (arts. 19 a 24) o a la de los actos jurídicos (arts. 1560 a 1566, respecto de los contratos y arts. 1056 a 1069, respecto de los testamentos). También deben incluirse aquí aquellas normas que contienen la definición de una institución jurídica (arts. 25 a 51, definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, y todas aquellas normas que definen diversas instituciones, como el dominio, la posesión, la tradición, la prescripción, etc.).

Como expresa Coviello, "Existen también normas que no imponen, ni prohíben, ni permiten la ejecución de un hecho, sino que sólo declaran un concepto jurídico, ya fijando los extremos necesarios para un determinado negocio jurídico, ya definiendo el significado técnico de algunas palabras; se llaman por eso declarativas o explicativas.

²⁶¹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 287, pp. 200 y 201.

²⁶² Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 43.

²⁶³ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 43.

²⁶⁴ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 61.c), p. 36.

También éstas son de orden público y contienen un imperativo, a saber, el mandamiento de ejecutar los hechos considerados como extremos del negocio y de entender la palabra de la ley en aquel determinado sentido”.²⁶⁵

ii.- Normas supletorias o integradoras son las que llenan o suplen las lagunas o vacíos que se presenten en el contenido de las declaraciones de voluntad de las partes o autores de un acto jurídico.²⁶⁶ En efecto, “El legislador suele tener en cuenta la posibilidad de que las partes, al celebrar un contrato, no hayan previsto algunas de las consecuencias que pueden derivar de él; para esos casos, establece reglas que, desde luego, sólo tienen validez en la hipótesis de que los interesados nada hayan dispuesto sobre el particular. Por eso se llaman *supletorias*, puesto que suplen la voluntad de las partes inexpressada en los contratos”.²⁶⁷

De esta manera, como expresa Vodanovic, son normas supletorias o integradoras las que determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto y regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo. La ley suple el silencio o la omisión de las partes y para ello toma en consideración dos ideas directrices:

i) Reproduce la voluntad presunta de las partes, reglamenta la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas (por ejemplo, en la compraventa, a la que el Código Civil dedica 103 artículos, desde el 1793 al 1896).

ii) La ley considera principalmente las tradiciones, costumbres, hábitos y el interés general: por ejemplo, el art. 1718, cuando se establece la sociedad conyugal, como régimen patrimonial normal del matrimonio.²⁶⁸

Gran parte de las disposiciones del Derecho privado, son principalmente integradoras o supletorias, es decir las partes pueden desechar su aplicación para reemplazarlas por otras que ellos mismos se dan, como acontece por ejemplo en la compraventa, donde en el silencio de las partes, se responde del saneamiento de la evicción, pero si se estipula por escrito, se puede exonerar al vendedor de tal obligación.

Otros ejemplos en el Código Civil de normas supletorias o integradoras son los siguientes: art. 1547, respecto al grado de culpa de que responden las partes de un contrato; art. 1571, respecto de los gastos que ocasiona el pago, los que son de cargo del deudor; art. 1806, respecto de los gastos en la compraventa, que son de cargo del vendedor; art. 1558, en cuanto a los perjuicios de los que responden las partes contratantes. Suelen caracterizarse estas normas porque, después de la regla enunciada por el legislador, se agregan frases del estilo siguiente: “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes” o “Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas” o similares.

Si las partes nada dicen en el acto o contrato que otorgan o celebran, la ley salva la omisión. A diferencia de las anteriores, las normas supletorias o integradoras son de orden privado, porque admiten la posibilidad de que los particulares puedan regular la relación jurídica que los vincula de una manera distinta a la que se establece en estos preceptos. De ahí que se haya dicho que “Es claro que si las partes no están conformes con la solución legal, pueden, de común acuerdo, dejarla sin efecto y convenir cualquier otra regulación de sus relaciones jurídicas. Este es un campo que queda enteramente librado al principio de la autonomía de la voluntad”.²⁶⁹

8.4. Reguladoras, completas o autónomas y de aplicación, de reenvío o incompletas.

²⁶⁵ Coviello, Nicolás (2007), *Doctrina General del Derecho Civil*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, p. 23.

²⁶⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 61.c), p. 36.

²⁶⁷ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 44.c), p. 64.

²⁶⁸ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 159, p. 109.

²⁶⁹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 44.c), p. 64.

Normas reguladoras, completas o autónomas, son las que disciplinan en forma directa una relación jurídica.²⁷⁰ Se trata de aquellas normas que regulan por sí solas, de manera íntegra, una determinada situación. Así, por ejemplo, los arts. 1793 a 1896 del Código Civil, que regulan exhaustivamente el contrato de compraventa.

Normas de aplicación o de reenvío o incompletas son aquellas que se limitan a señalar otras normas, conforme a las cuales debe regularse una materia. Las otras normas, reguladoras del caso que las primeras (las de reenvío) contemplan, pero no regulan, pueden encontrarse establecidas para una materia distinta,²⁷¹ o pueden regular la misma materia. Estas normas requieren ser combinadas con otras del mismo carácter (para deducir de ellas el mandato normativo) o con disposiciones completas a las que están referidas.²⁷²

En realidad, las normas de reenvío forman parte de una categoría más amplia de normas, como son las incompletas (se incluyen también en las normas incompletas aquellas que tienen por finalidad aclarar o desenvolver conceptos o ideas fijadas en otras normas jurídicas).²⁷³

Como decíamos, la norma de reenvío o incompleta puede remitirse a otra materia, como ocurre con el art. 1900, en el contrato de permuta, que hace aplicables para éste contrato las normas del contrato de compraventa; en el segundo caso, la norma de reenvío o incompleta puede remitirse a la misma materia, pero regulada en otro precepto o incluso en otro cuerpo legal, como ocurre, por ejemplo, con el art. 2305 del Código Civil, en las normas del cuasicontrato de comunidad, que se remite al contrato de sociedad (concretamente debe entenderse que al art. 2081); y con el art. 35 de la Ley de Matrimonio Civil, que, al tratar de los efectos de la sentencia que declara a los cónyuges como separados judicialmente, dispone: "Tratándose del derecho de alimentos, regirán las reglas especiales contempladas en el Párrafo V, del Título VI del Libro Primero del Código Civil". Tales reglas son los arts. 174 y 175 del Código Civil. Cuando la norma de reenvío se remite a otra materia, normalmente ésta es análoga con aquella de que trata la primera norma, como ocurre con la permutación y la compraventa (por lo demás, la segunda tiene su origen en la primera).

8.5. De Derecho común y de Derecho excepcional.

Según veremos, no hay uniformidad en la doctrina para aludir a las normas que integran esta clasificación, en particular en lo que respecta a la primera categoría. Se habla de normas "de derecho común" (Coviello), o "regulares o normales" (Vodanovic) o "comunes" (Corral).

De acuerdo a Coviello, "Se denomina de derecho común, en contraposición a excepcional, la norma basada en los principios generales de derecho, en tanto que se llama excepcional la que se desvía de los principios fundamentales o que contradice las consecuencias que derivarían de éstos, porque se refiere a las relaciones de la vida alejadas de las normales. (...) La más grande importancia de la distinción estriba en que las normas excepcionales no son susceptibles de extensión analógica, es decir, no pueden disciplinar casos no contemplados expresamente, aun cuando a ellos se asemejen (...) y es justo que así sea, por cuanto los casos no contemplados por aquéllas están virtualmente comprendidos en la norma de derecho común".²⁷⁴

En palabras de Vodanovic, "hay otras normas llamadas excepcionales o de derecho excepcional que se aplican a casos que por su propia singularidad no toleran los principios generales y, en consecuencia, sus normas son antitéticas a éstos. Por tanto,

²⁷⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 63.e), p. 37.

²⁷¹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 63.e), p. 37.

²⁷² Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 40.

²⁷³ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 40.

²⁷⁴ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., pp. 24 y 25.

normas regulares o normales son las que aplican de un modo u otro los principios generales de una rama del Derecho o de una institución jurídica; y normas excepcionales son las que se inspiran en principios contrapuestos a aquéllos, respecto de los cuales constituyen excepciones. El Derecho excepcional o singular encuentra su explicación o razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de ciertos individuos o relaciones determinadas que no podrían obtener una tutela eficaz con las normas regulares”.²⁷⁵

De esta manera, un ejemplo de norma de Derecho común es la del art. 582 del Código Civil, que define el dominio. El precepto deja en claro que todas las personas pueden adquirir toda clase de bienes, por regla general. Otro ejemplo encontramos en el art. 1538 del mismo Código, al definir el contrato, que normalmente todos podemos celebrar.

Un ejemplo de norma jurídica excepcional, en nuestra opinión, sería aquella que prohíbe a los nacionales de países limítrofes adquirir el dominio, entrar en posesión o incluso arrendar o celebrar cualquier otro contrato que les otorgue la mera tenencia de bienes inmuebles situados en “zonas fronterizas”. Dispone el art. 7, inc. 1º del Decreto Ley N° 1.939, que “Establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado”: “Por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional, actualmente declaradas fronterizas, en virtud del decreto con fuerza de ley N° 4, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, a los nacionales de países limítrofes, salvo que medie la autorización prevista en el inciso tercero del presente artículo”. Dicho inc. 3º faculta al Presidente de la República, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, para eximir, nominativa y expresamente, a nacionales de países limítrofes, de la prohibición precedente y autorizarlos para adquirir o transferir el dominio u otros derechos reales o la posesión o tenencia de uno o más inmuebles determinados, situados en zonas fronterizas.

La norma es claramente excepcional, por cuanto se aparta del principio de igualdad ante la ley civil entre chilenos y extranjeros (art. 57 del Código Civil) y del principio de la libre adquisición de toda clase de bienes (art. 19 N° 23 de la Constitución Política de la República).

La excepcionalidad, en este caso, se funda en la seguridad nacional.

Otro ejemplo, mencionado por Vodanovic, es el del art. 1796 del Código Civil, en cuanto prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente. La norma es excepcional, porque se aparta del principio de la libertad de contratación, que es una de las derivaciones del principio más general de la autonomía de la voluntad. En este caso, la excepcionalidad se justifica para evitar que los cónyuges burlen los derechos de sus acreedores, al vender el cónyuge deudor sus bienes más valiosos al otro de los cónyuges y con ello eludir el embargo que pudiere intentar cualquiera de los acreedores.

¿Cuál es la diferencia entre las normas de Derecho excepcional y las de Derecho especial a las que aludimos en el numeral siguiente? Señala al efecto Vodanovic: “que las normas de derecho especial sólo representan una adecuada aplicación de los mismos principios del derecho común, adaptado éste a las particulares características de ciertas hipótesis o casos”.²⁷⁶

La diferencia entonces consiste en que las normas de Derecho excepcional se basan en principios distintos que aquéllos en que se fundan las normas de Derecho común; en cambio, las normas de Derecho especial se basan en los mismos principios en que se fundan las normas de Derecho común. Este distingo produce una importante consecuencia: en lo no previsto en la norma excepcional, no cabe aplicar supletoriamente las disposiciones de la norma de Derecho común. En tal caso, el juez

²⁷⁵ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 68.h), p. 41.

²⁷⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 68.h), p. 41.

probablemente deberá fallar conforme a la equidad natural. Diferente es la situación en lo no previsto por una norma de Derecho especial, pues no siendo ésta opuesta a la norma de Derecho común, sino que por el contrario basarse en unos mismos principios, podrá recurrirse a la última para llenar los vacíos de la primera.

8.6. De Derecho común y de Derecho especial.

Esta clasificación se formula "Atendiendo a la generalidad de las normas jurídicas y a la especialización de las diversas ramas del Derecho, de forma instrumental y para evitar lagunas del Derecho, así como reiteraciones innecesarias".²⁷⁷

Normas de Derecho común son las dictadas para la totalidad de las personas, la totalidad de las cosas o la totalidad de las relaciones jurídicas.²⁷⁸ Se trata del tronco común del Derecho, que regula las relaciones entre personas sin ulteriores calificativos.²⁷⁹

Así, por ejemplo, son normas de Derecho común los arts. 582 a 588 concernientes al derecho de dominio; los arts. 1915 a 1969, relativos al contrato de arrendamiento; o los arts. 2304 a 2313, referidos al cuasi contrato de comunidad. Estas normas se aplican a todo aquél que sea dueño de un bien, o que celebre un contrato de arrendamiento o que esté en comunidad, cualquiera sea la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae, respectivamente, el dominio, el contrato o la comunidad.

Normas de Derecho especial son las dictadas para una determinada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, en razón de ofrecer ellas elementos particulares que exigen un tratamiento aparte de las normas generales o comunes²⁸⁰ (por ejemplo, en relación al contrato de arrendamiento, la Ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos; y el Decreto Ley N° 993, sobre arrendamiento de predios rústicos). Las normas de Derecho especial son aquellas que tienen por "objeto la regulación de materias o relaciones jurídicas determinadas y concretas, o, mejor, están dirigidas hacia un sector determinado de los destinatarios potenciales de las normas (los ciudadanos). Así, pues, éstos no vienen considerados o contemplados como personas en sí mismas, sino como integrantes de ciertos colectivos que están sometidos a un régimen jurídico propio, al que, por razones avanzadas, se le considera *especial*; a los comerciantes y empresarios se les aplicará el Derecho mercantil, a los trabajadores por cuenta ajena el Derecho laboral".²⁸¹

Otro ejemplo de normas de Derecho especial son las de la Ley N° 21.442, sobre Copropiedad Inmobiliaria. Son especiales, pues regulan un cierto tipo de copropiedad, a diferencia de los arts. 2304 a 2313, aplicables a todo tipo de comunidad. Otro tanto puede decirse de las normas de la Ley de Registro Conservatorio de Bienes Raíces, aplicables a los bienes inmuebles, a diferencia de los arts. 582 a 588 del Código Civil, que se aplican a la propiedad de toda clase de bienes.

Entre las normas de Derecho común y de Derecho especial no existe contraposición, sino una simple matización o adecuación. De aquí que las normas de Derecho común suplan los vacíos de las normas de Derecho especial (el Código de Comercio es, frente al Código Civil, un Derecho especial, pero los casos no resueltos específicamente en el primero, se rigen por las normas del segundo, art. 2 del Código de Comercio).²⁸²

La importancia de esta clasificación se refleja:

²⁷⁷ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 41.

²⁷⁸ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 67.g), p. 39.

²⁷⁹ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 41.

²⁸⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 67.g), p. 39.

²⁸¹ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 41.

²⁸² Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 67.g), p. 39.

a) En la posibilidad de aplicación indirecta de las normas: las normas generales o de Derecho común admiten su aplicación indirecta, por analogía; por el contrario, las de Derecho especial, sólo deben aplicarse a la materia específicamente regulada por ellas. Como señala Coviello, las normas especiales (al igual que las excepcionales) no son tampoco susceptibles de extensión analógica.²⁸³

b) En la preferencia de aplicación de unas respecto de otras: las normas especiales deben preferirse en su aplicación a las generales o comunes; es el llamado principio de especialización consagrado en el art. 4 (a nivel de códigos) y en el art. 13 (en una misma ley).²⁸⁴

8.7. De Derecho general y de Derecho particular.

Las normas de Derecho general son aquellas que se aplican en todo el territorio nacional. También podríamos denominarlas normas de Derecho nacional.

Son normas de Derecho general, por ejemplo, todas las disposiciones del Código Civil, del Código de Procedimiento Civil, del Código Penal, etc.

Las normas de Derecho particular son aquellas que se aplican en una parte determinada del territorio nacional. Se les podría calificar también como normas de Derecho local.

Siendo Chile un “Estado unitario” (art. 3 de la Constitución Política), la regla general es que las normas jurídicas sean de Derecho general, de manera que se apliquen en todo el territorio nacional. Sin embargo, hay normas que se aplican sólo en ciertas partes del territorio nacional. Así, por ejemplo, en el caso de la Ley Nº 19.253, que “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, ésta se aplica sólo para las “tierras indígenas”, y no para el resto de la propiedad raíz. Otro ejemplo encontramos en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de octubre de 1993, que establece “Zonas Francas” en Iquique y Punta Arenas. También el Decreto con Fuerza de Ley Nº 341, de 1977, que exime del Impuesto de Primera Categoría de la Ley de la Renta a las empresas instaladas dentro de las zonas francas, respecto de las actividades desarrolladas en dichas zonas. Otro caso, es el de la Ley Nº 18.392, de 1985, que otorga franquicias tributarias para ciertas empresas que se instalen físicamente en ciertas zonas de la Región de Magallanes y Antártica Chilena.

Refiere Coviello que “La importancia de la distinción estriba en que en el conflicto entre dos especies de normas, las locales deben prevalecer sobre las generales en aquella circunscripción determinada”.²⁸⁵

8.8. De Derecho permanente y de Derecho transitorio.

La mayoría de las normas jurídicas constituyen Derecho permanente. Se aprueban y entran en vigor para regir sin un plazo de extinción. Subsistirán mientras el legislador no decida otra cosa. La permanencia de la norma jurídica es también un hecho deseable, para los efectos de su efectivo conocimiento y cumplimiento por los particulares. Para que la norma jurídica deje de existir, si fuere una ley, se requiere de su derogación por medio de otra ley.

En consecuencia, será norma de Derecho permanente toda aquella que no contenga un plazo de extinción. Constituyen la regla general.

Las normas de Derecho transitorio son excepcionales, y, como se desprende de la denominación, están destinadas a regir por un plazo determinado, y una vez expirado,

²⁸³ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 25.

²⁸⁴ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 67.g), p. 39.

²⁸⁵ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 24.

se extinguirá también la norma. En estos casos, la norma contiene una causal intrínseca de cese de su eficacia. Se extinguirá *ipso facto*, cumplido que sea el plazo, sin necesidad de que sea derogada. Un ejemplo podría ser la ley que conceda ciertos beneficios tributarios por un cierto plazo, a las empresas que se instalen físicamente en zonas extremas del país. También encontramos otro ejemplo en las leyes que se han dictado para que los propietarios de inmuebles regularicen ante las direcciones de obras municipales, dentro de ciertos plazos, aquellas edificaciones hechas sin permiso de construcción.

8.9. De carácter rígido y de carácter flexible.

Este distinguo, señala Borda, atiende a la estructura de la norma y a la técnica de su aplicación.

Las normas rígidas "son aquellas cuya disposición es precisa y concreta; al aplicarlas, el juez no hace sino comprobar la existencia de los presupuestos o condiciones legales e impone la única consecuencia posible, claramente fijada en la ley".²⁸⁶ Así, por ejemplo, si no concurren todos los testigos que exige la ley para el otorgamiento de un testamento, éste será nulo; si una persona cumple 18 años, será mayor de edad; si la promesa no consta por escrito, no se admitirá la existencia de tal contrato, etc.

Las normas flexibles, "por el contrario, son elásticas, se limitan a enunciar un concepto general, fluido; al aplicar la ley, tiene [el Juez] un cierto campo de acción, dentro del cual se puede mover libremente".²⁸⁷ Se incluyen en esta categoría normas que se refieren a principios o estándares jurídicos tales como "el interés superior del niño", "cónyuge más débil", "las buenas costumbres", "el buen padre de familia", etc. Así, "Estas fórmulas elásticas, flexibles, tienden a difundirse cada vez más en la técnica legislativa moderna, que prefiere no aprisionar al juez con fórmulas rígidas, que un cambio de circunstancias puede convertir en injustas o inaplicables".²⁸⁸ Algunos ejemplos en la legislación chilena: el art. 225 del Código Civil, inc. 4º, a propósito del cuidado personal del hijo cuando los padres viven separados, dispone: "En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido". A su vez, el art. 3, inc. 1º de la Ley Nº 19.947, Ley de Matrimonio Civil, establece: "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil".

9.- La costumbre.

9.1. Concepto.

El Código Civil no contiene una definición de "costumbre" y su artículo 2 se limita a señalar que ella "no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

El Diccionario de la Lengua la define como "Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto".

Por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico la define como "Norma, habitualmente no expresada por escrito, que resulta de prácticas reiteradas y

²⁸⁶ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 41, p. 61.

²⁸⁷ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 41, p. 61.

²⁸⁸ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 41, p. 62.

generalmente asumidas por la mayoría de los que están en un lugar o participan en una determinada situación”.

La doctrina propone también algunas definiciones, que seguidamente citamos.

Para Vodanovic, “De acuerdo con la concepción dominante, de origen romano-canónico, costumbre es la repetición de una determinada conducta, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. En forma más breve, también se ha dicho que costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio”.²⁸⁹

Squella señala que “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”.²⁹⁰

Para Jean Hémard, “la costumbre está constituida por un *conjunto de hechos o de actos repetidos*, que revelen una *práctica constante*, y relativos a una relación de carácter jurídico”.²⁹¹

Se trata, según Lasarte, de “el modelo concreto de conducta observado reiteradamente en una comunidad que, de acuerdo con el ambiente social en el que nace y se desenvuelve, se desea que sea observado en lo sucesivo”.²⁹²

Coviello entiende por derecho consuetudinario o costumbre la “norma jurídica que resulta de una práctica general, constante y prolongada, relativa a una determinada relación de hecho y observada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria”.²⁹³

Alejandro Guzmán expresa que se trata de “unos modos constantes y permanentes de conducta; en una cierta uniformidad, regularidad y reiteración de comportamientos”.²⁹⁴

La costumbre es la más antigua fuente del Derecho en la Historia de la humanidad. En las edades prehistóricas, no había más Derecho que las costumbres, transmitidas oralmente durante cientos de miles de años de generación en generación. Más tarde, con la aparición de la escritura,²⁹⁵ lentamente el Derecho comienza a escriturarse, usualmente como una consecuencia de las demandas de algunos sectores de la sociedad, que reclamaban mayores garantías jurídicas frente a los estamentos de la nobleza o del sacerdocio que eran hegemónicos. Como expresa Ducci, “En el fondo la costumbre es anterior y determina el origen de la ley. La norma jurídica no nace como un producto de creación espontánea y arbitraria, sino que recoge un uso consuetudinario social, uniformemente aceptado, que determina que ciertas situaciones o conflictos deben ser abordados o resueltos en determinada forma. La ley no hace sino recoger esta costumbre y darle fijeza, claridad y fuerza obligatoria”.²⁹⁶ Un ejemplo claro de este proceso de *sustitución jurídica*, lo constituye la Ley de las Doce Tablas (siglo V a.C.): “Los preceptos legales originados por la costumbre de los antepasados, a fin de caminar al compás de las concepciones jurídicas progresivas, fueron adaptados a las exigencias de la época y fijados por escrito en las Leyes de las Doce Tablas”.²⁹⁷

²⁸⁹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 201, p. 143.

²⁹⁰ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 252.

²⁹¹ Citado por Pescio V., Victorio (1948), *Manual de Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. I*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, p. 195.

²⁹² Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 51.

²⁹³ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 54.

²⁹⁴ Guzmán Brito, Alejandro (2005b), “El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho”, en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 33.

²⁹⁵ Durante la llamada “Edad del Bronce”, hacia el 3.000-3.500 a.C., en la región de Mesopotamia.

²⁹⁶ Ducci Claro, Carlos, ob. cit., Nº 97, p. 91.

²⁹⁷ Nack, Emil y Wagner, Wilhem (1960), *Roma. El país y el pueblo de los antiguos romanos*, Barcelona, Editorial Labor S.A., p. 268.

Como expresa Carlos Ramos Núñez, "Hasta antes de la emergencia de los códigos, nuestra tradición jurídica se encontraba dominada por la distinción entre dos modos típicos de producción normativa: la costumbre y la ley. La costumbre, en el imaginario colectivo de los juristas modernos, representa el modo espontáneo, natural, inconsciente e informal, contrario al Derecho reflexivo, artificial, consciente y formal que encarna la ley. La costumbre encarna el Derecho que nace directamente de los conflictos existentes en una determinada sociedad, la ley el Derecho que nace de la sociedad a través de la intermediación de un poder organizado: el Estado. La fuerza de la cual deriva aquélla descansa en la tradición, la fuerza de la segunda reposa en la voluntad dominante racionalmente organizada. La costumbre es impersonal, la ley susceptible de personificarse en el soberano de turno. A contracorriente del desdén y la desconfianza hacia la costumbre, no existe sociedad organizada en la que estos dos momentos de la producción jurídica no se encuentren, en menor o mayor medida, presentes".²⁹⁸

9.2. Elementos de la costumbre.

Distinguimos tres elementos materiales o externos y un elemento interno o psicológico.

a) Elementos materiales o externos.

a.1) Generalidad: no se trata de que la costumbre deba encontrarse extendida por todo el cuerpo social, sino que entre aquellos que se vinculan jurídicamente en un determinado campo del mismo. Así entendido, general es la repetición de los actos, cuando éstos se llevan a cabo por la gran mayoría de los componentes del grupo social que forman parte de un ámbito determinado (por ejemplo, el ámbito de los comerciantes de productos agrícolas o el ámbito de quienes celebran un contrato de arrendamiento de inmuebles). En ese ámbito jurídico determinado, las conductas disidentes no menoscaban la generalidad si ellas se valoran como infracciones de la conducta mayoritaria o se califican de excepciones carentes de significación. Por cierto, la generalidad de la costumbre no excluye la idea que ella debe presentarse en un ámbito determinado.²⁹⁹ En efecto, "este uso debe tener algunos caracteres. Ante todo, debe ser general, puesto que la generalidad es una característica de la norma jurídica. Si dos o más personas en la ejecución de sus negocios, especialmente en los contratos, se han habituado a atenerse a ciertas normas prácticas, a realizar determinados hechos, ello no constituye costumbre; del uso observado por aquellos dos o más contratantes no puede resultar una norma obligatoria que lo sea también para los otros.³⁰⁰ Sin embargo, la generalidad no debe entenderse de modo absoluto; con tal que se tenga una práctica común a un determinado círculo de personas independientes entre sí, por restringida que sea, puede surgir la costumbre".³⁰¹

Alejandro Guzmán afirma sin embargo que la generalidad no es un elemento esencial de la costumbre. Para él, una conducta individual puede constituir costumbre y generar consecuencias jurídicas: "Suele agregarse el rasgo de la colectividad, es decir, que se trate de comportamientos generalizados entre los miembros de una determinada comunidad. Pero esto, si bien es así muchas veces, en realidad no pertenece a la estructura de la costumbre, pues (...) puede haber costumbres individuales. Los juristas romanos, en quienes debemos apoyarnos siempre si no queremos errar, no tenían

²⁹⁸ Ramos Núñez, Carlos (2009), "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna", en *La tradición clásica en el Perú Virreinal*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 285.

²⁹⁹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 201, p. 143; Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., N° 97, p. 91.

³⁰⁰ En tal caso, nos encontraremos ante un "uso negocial", al que aludiremos más adelante.

³⁰¹ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 53.

inconvenientes para hablar de una *consuetudo patrisfamilias* como elemento para integrar, por ejemplo, alguna cláusula testamentaria defectuosa. Así, cuando alguien lega alimentos sin fijar su cuantía, los juristas deciden que ha de atenderse a los que el testador acostumbraba a dar como alimentos en vida, para fijar los que se deberán al legatario. Se trata, pues, de una conducta, que no por individual deja de ser costumbre, porque lo decisivo de ésta no es el grado de generalidad, sino el grado de reiteración, si bien el grado de generalidad sirve, por cierto, para determinar la extensión de su vigencia”.³⁰²

La tesis del profesor Guzmán tiene importancia, pues si la seguimos, se amplía el campo de aplicación del art. 2 del Código Civil, en cuanto la ley se remitiría tanto a costumbres “colectivas” o “generales” cuanto a costumbres puramente “individuales”. Ejemplo del último caso, serían los mencionados arts. 1134 y 1094 del Código Civil.

a.2) Constancia: hay tal, cuando concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizarse una serie de actos uniformes. Si la cadena se interrumpe en algún período más o menos prolongado en que existan esas circunstancias, los actos no pueden fundar costumbre.³⁰³ En palabras de Coviello, “Es necesario, además, que el uso general sea constante. La constancia resulta de la uniformidad y continuidad de los actos; en otros términos, es menester que todas las veces en que se ha realizado tal o cual hecho, se haya regulado del mismo modo; o, dicho en otras palabras, no debe el uso haberse interrumpido por omisiones o hechos contrarios, sino que debe haberse seguido regularmente”.³⁰⁴ De esta forma, “la práctica general y constante debe prolongarse por algún tiempo, cuya duración, empero, no puede fijarse *a priori* en un número de años (por ejemplo, el tiempo de la prescripción ordinaria), siendo variable según la convicción del magistrado, quien debe fundarse en el criterio de que el período de tiempo debe ser tal que haga inducir racionalmente que la práctica ha echado profundas raíces en la vida social y adquirido, en consecuencia, una autoridad indiscutible”.³⁰⁵ En el mismo sentido, señala Borda que “no es indispensable el largo uso de que hablaban los antiguos juristas y en particular los canonistas, pues es evidente que hay costumbre de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria, aunque sin duda un uso prolongado contribuye a hacerlas más venerables”.³⁰⁶

a.3) Uniformidad: existe, cuando la repetición constante de los actos efectuada por la generalidad de la comunidad traduce el acatamiento a un mismo principio o regla. Los actos pueden ser o no materialmente iguales; lo fundamental es la igualdad de su significado.³⁰⁷ Como puede observarse, Coviello incluye este tercer elemento material en el segundo ya explicado.

Ducci señala otro requisito: que la costumbre tenga *una cierta duración en el tiempo* (que otros autores incluyen en la noción de constancia).³⁰⁸ Lo mismo plantea Squella, al agregar el requisito de la *antigüedad*, que incluye separadamente del requisito de la constancia: “que la costumbre posea *antigüedad* significa que el hecho consuetudinario debe tener estabilidad en el tiempo, aunque no pueda decirse cuánto

³⁰² Guzmán Brito, Alejandro (2005b), ob. cit., pp. 33 y 34. El ejemplo que propone el profesor Guzmán, se recoge en el art. 1134, primera parte, del Código Civil: “Si se legaren alimentos voluntarios sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona”. Un caso parecido podría ser el del art. 1094, en las asignaciones modales: “Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél, y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada”. La frase “consultando en lo posible la voluntad de aquél” (del testador), implica investigar de qué forma el testador acostumbraba ejecutar por sí mismo la conducta constitutiva de la obligación modal impuesta ahora al asignatario (si tal era el caso).

³⁰³ Vodianovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 201, p. 143.

³⁰⁴ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 53.

³⁰⁵ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 53.

³⁰⁶ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 54, p. 76.

³⁰⁷ Vodianovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 201, p. 144.

³⁰⁸ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., N° 97, p. 91.

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 jurídica sea *constante* significa que ella sea de hecho observada regularmente cuando se dan las circunstancias que la determinan. Por lo mismo, la *constancia* no significa aquí *frecuencia*, sino el hecho de que la conducta consuetudinaria de que se trata sea observada regularmente cada vez que sobrevienen las correspondientes circunstancias”.³⁰⁹

Se comprende, en todo caso, que la conducta debe reiterarse por el tiempo necesario para que todos los que la realizan, adquieran la convicción a que aludiremos en el elemento interno o psicológico.

Como expresa Pescio, “El fenómeno que determina la costumbre es la *imitación*. En su origen, un individuo más previsor, cauteloso o imaginativo que los demás, ha creado y adoptado cierta conducta o actitud; atraídos por la bondad de los resultados obtenidos, los demás le imitan y repiten la misma conducta o actitud: copian o transcriben la cláusula. Posteriormente, todo un grupo social ha aceptado la regla de derecho. Así se opera la repetición y la uniformidad”.³¹⁰

b) Elemento interno o psicológico.

Pero no basta con los elementos materiales. En efecto, “Hémarde observa que aparte de ese elemento material, un factor de orden psicológico constituye la base esencial de la costumbre: el sentimiento de su *necesidad* que, a su vez, y a juicio nuestro, consagra el carácter de norma jurídica atribuido al uso repetido y uniforme erigido, a la postre, en costumbre: una especie de *superstición*, el convencimiento de que la regla es obligatoria; es respetada y observada como una norma de derecho en la creencia de que infracción será sancionada por el poder público.”³¹¹ De esta manera, los que realizan un determinado acto o repiten de manera uniforme cierta conducta, deben hacerlo movidos por la convicción de obedecer a un imperativo jurídico, de cumplir un deber de tal naturaleza, por una necesidad ineludible de Derecho y no por mera voluntad espontánea.³¹² Es la llamada *opinio iuris sive necessitatis*. Así, por ejemplo, hacer un regalo de cumpleaños o dar una propina,³¹³ no constituyen jurídicamente costumbre, sin perjuicio que su omisión pueda acarrear la infracción a una norma de trato social.

En el mismo sentido, refiere Borda que el elemento psicológico “consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica; por consiguiente, los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho. Tal es el caso de los presentes de uso en ocasión del casamiento, del cumpleaños, de Navidad, que no generan derecho alguno”.³¹⁴

Sin embargo, veremos que, en ciertas circunstancias, estos “usos”, si bien deben diferenciarse de la costumbre, sí pueden generar ciertas consecuencias jurídicas.

Coviello, por su parte, afirma que “Los que obran conforme a la práctica constante deben estar convencidos de que es un deber jurídico obrar de ese modo, por lo que, conduciéndose en otra forma, lesionarían el derecho de otro; o, viceversa, deben creer que es un derecho el suyo que los otros están obligados a respetar. Así, pues, los actos

³⁰⁹ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., pp. 254 y 255.

³¹⁰ Pescio V., Victorio (1948), ob. cit., p. 195.

³¹¹ Pescio V., Victorio (1948), ob. cit., pp. 195 y 196.

³¹² Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 201, p. 144.

³¹³ En Chile, conforme al inc. 1° del art. 64 del Código del Trabajo, la propina no es obligatoria, sino que facultativa. El precepto ordena al empleador sugerir al cliente una propina de al menos un 10% del consumo, “la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario”. Por ende, no se trata del cumplimiento de una norma jurídica, sino, en el mejor de los casos, de una de trato social.

³¹⁴ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 54, p. 77.

facultativos de tolerancia, de familiaridad, de cortesía o de humanidad, por más que se realicen general y constantemente, no dan lugar a una forma de derecho consuetudinario, mientras conservan su carácter que es precisamente contrario a la existencia de la *opinio iuris*. Mas este elemento, como se advierte desde luego, presenta por su misma naturaleza las mayores dificultades para ser reconocido; un argumento probable de su existencia puede ser el hecho de las controversias intentadas por la observancia de una determinada práctica”.³¹⁵

En el proceso de formación de una costumbre jurídica, en un comienzo, no existirá la convicción de cumplir un deber jurídico, sino la de satisfacer una conveniencia jurídica; durante este período inicial, aún no hay costumbre o norma consuetudinaria; pero cuando con el correr del tiempo, esa convicción apunta al cumplimiento de un deber jurídico, los actos practicados con esta creencia constituirán costumbre.

Alejandro Guzmán analiza el “por qué obliga la costumbre”, es decir, qué razones se han formulado para explicar por qué se origina la convicción de cumplir con un imperativo jurídico. En otras palabras, cuál es la fuente de la *opinio iuris sive necessitatis*. Tres respuestas, encuentra para esta pregunta, remitiéndose primero al Derecho romano, después a los postulados del ius naturalismo neoescolástico, a los del Estado moderno que se organiza en torno al monarca absoluto y finalmente a la reacción en contra del mismo por parte de la escuela historicista alemana:

i.- Por la aprobación del pueblo: “En un célebre texto romano, que en el Digesto viene atribuido a Juliano (mediados del siglo II d. C.), el fundamento de obligar la *consuetudo* es el mismo que el de las leyes. Según dicho texto, están últimas obligan en virtud del *iudicium populi*, curiosa expresión ésta que parece querer significar la aprobación que el comicio del pueblo Romano, en efecto, daba a los proyectos de ley propuesta por el magistrado durante la época republicana de Roma. De la misma manera, continúa el texto, todo lo que sin estar escrito aprobó el pueblo, debe vincular a todos, ya que no importa que el pueblo declare su voluntad con votos o sufragios, como en las leyes, o que la declare *rebus ipsis et factis*, es decir, mediante comportamientos efectivos. La idea es reiterada en otro texto, esta vez de Hermogeniano (siglos III – IV d. C.), en donde leemos que la costumbre es como una tácita convención de los ciudadanos (*tacita civium conventio*), de modo que obliga no menos que las leyes, que serían, así, una convención expresa. Algo semejante se vuelve a decir en la obra anónima de mediados del siglo V d. C., que conocemos como *Tituli ex corpore Ulpiani*. De acuerdo con todos estos textos, pues, la costumbre y la ley tienen un fundamento común de obligar: la voluntad del pueblo, expresa o tácitamente manifestada”.³¹⁶

ii.- Por la ratificación del príncipe: “En la Edad Media se creó otra doctrina que adquirió su desarrollo definitivo, sin embargo, siglos después, con Francisco Suárez (1548-1617). De acuerdo con ella, el carácter jurídico y obligatorio de una costumbre está dado por el permiso (expreso o tácito) del príncipe (*consensus principis*). Suárez dice que tal es la principal y más importante causa eficiente de la costumbre. Pero si bien se examina esta doctrina, viene a ser como un giro de la romana, y termina siendo otra versión de la misma. El *consensus principis* es exigido en cuanto *legislator*. De esta manera, el centro de gravedad de la teoría continúa radicado, como en los textos romanos, en la *lex*. Solo que, como en éstos la ley aparece fundada en el consenso popular, a éste, en cuanto tácito, se atribuye la obligatoriedad de la costumbre. Para Suárez, el legislador puede ser el pueblo en las democracias, o un rey en las monarquías, o un senado en las oligarquías. En cualquier caso, su permiso expreso o tácito de legislador cualifica a los comportamientos reiterados de la comunidad como propiamente obligatorios y como

³¹⁵ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., pp. 53 y 54.

³¹⁶ Guzmán Brito, Alejandro (2005b), ob. cit., pp. 34 y 35.

derecho. La doctrina suareciana, en consecuencia, es una abstracción y generalización de la romana”.³¹⁷

iii.- El monarca se reserva la facultad de ratificar la costumbre: “La tesis suareciana, fundando la obligatoriedad de la costumbre en el *consensus principis*, dejaba abierta la cuestión de quién era el *princeps*, de modo que éste podía ser el propio *populus*. Fue natural que en las monarquías, sin embargo, por *princeps* se entendiera al *rex*. Durante la época del absolutismo, en consecuencia, el poder de autorizar las costumbres quedó reservado exclusivamente a los monarcas.³¹⁸ Fue en parte reacción a esta praxis, y en parte debido a su historicismo característico, que los romanistas alemanes de principios del siglo XIX volvieron a los textos del Digesto, que directamente reservaban al *consensus populi* el establecimiento de la costumbre. Solo que ellos interpretaron esta noción no en el sentido de aludir al pueblo en cuanto órgano legislador formal, reunido en comicios, sino en cuanto nación idealmente concebida y perdurante a través de las generaciones. El *consensus populi*, por ende, no significó ya una efectiva, aunque tácita aprobación, sino la convicción común sobre la existencia de una regla jurídica manifestada a través del comportamiento reiterado, convicción esta que recibió el nombre de *opinio necessitatis*. Así se ve, por ejemplo, en Savigny. Ello estuvo en perfecta consonancia con la idea común a toda la escuela histórica, de que la costumbre cumple un papel de primera importancia en cuanto fuente del derecho, como expresión del *Volksgeist*”.³¹⁹

9.3. Diferencias entre la ley y la costumbre.

Destaca la doctrina las siguientes diferencias:

a) En cuanto a su origen.

La costumbre emana de los usos de la sociedad. Es creada directamente por el pueblo, “emana de los usos del cuerpo social. (...) surge dentro de la comunidad, sin un procedimiento preestablecido”, como dice Gonzalo Ruz Lártiga.³²⁰ La ley, en cambio, emana del Poder Legislativo, de conformidad al procedimiento contemplado en la Constitución Política.

Como expresa Lasarte, “La nota distintiva fundamental entre ambas se encuentra en el origen del que proceden. Mientras la Ley es la fuente del Derecho que procede de la organización política que la sociedad se da a sí misma, precisamente, entre otros, con el fin de crear las pautas o normas de organización de la convivencia; la costumbre, por el contrario, procede de la propia sociedad no organizada que, mediante la observancia reiterada de una conducta, acaba imponiéndola preceptivamente. Así pues, en la costumbre no puede buscarse órgano alguno que la cree, pues las normas consuetudinarias son de emanación social directa”.³²¹

b) En cuanto a su extinción.

³¹⁷ Guzmán Brito, Alejandro (2005b), ob. cit., p. 35.

³¹⁸ Un ejemplo encontramos en la llamada “Costumbre de París”, redactada por primera vez en 1507 y revisada en 1580 y 1605. Se originó el texto como parte de un proyecto más amplio de centralización del Derecho francés, que no estaba unificado, aplicándose en algunas regiones el *ius commune* (de raíz romana) y el Derecho consuetudinario (de origen germánico). El Derecho consuetudinario de París se consideraba el más importante, por incluir a la capital del reino, por lo que su compilación se decretó por el rey Carlos VII en la Ordenanza de Montil-les-Tours, en 1453.

³¹⁹ Guzmán Brito, Alejandro (2005b), ob. cit., pp. 35 y 36.

³²⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 94.

³²¹ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 51.

La ley puede extinguirse a consecuencia de la derogación, en virtud de otra ley, o por ciertas causas intrínsecas, como por ejemplo al cumplirse el plazo de vigencia fijado por la misma ley. La costumbre se extingue por el simple desuso o cuando desaparece cualquiera de los elementos externos o el elemento interno aludidos.³²²

c) En cuanto al momento en que rigen.

La ley regirá a partir del momento preciso que ella misma establezca. Podrá ser inmediatamente después de ser publicada o a partir de cierto plazo contado desde su publicación ("vacancia legal"). En cuanto a la costumbre, como es lógico no puede determinarse con precisión a partir de qué momento rige. Se le reconoce por el juez en un determinado litigio, entendiendo que se constata su existencia desde un momento indeterminado.³²³

d) En cuanto a su fuente.

La costumbre no tiene su origen en una persona o autoridad determinada. Sus autores son anónimos, es la comunidad o el colectivo que la origina. La ley tiene su origen en un autor determinado: el legislador,³²⁴ y en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, será posible conocer quiénes tuvieron la iniciativa, al presentar el proyecto de ley respectivo (Mensaje del Presidente de la República o Moción parlamentaria).

e) En cuanto a su expresión.

La costumbre se manifiesta de manera incierta y usualmente en forma oral, mientras que la ley se manifiesta en forma cierta y por escrito.³²⁵ En el caso de la costumbre, será por ende el juez quien, a partir de la evidencia que demuestre la existencia de cierta costumbre, precise los contornos de la misma. Tratándose de la ley, el juez deberá interpretar y luego aplicar la ley, sin apartarse de su sentido cuando éste sea claro.

f) En cuanto a su prueba.

La ley no se prueba. Los litigantes no tienen esta carga, desde el momento que, a partir de su publicación y vigencia, constituye su existencia un hecho público y notorio, que conocen el juez de la causa y también las partes litigantes o intervinientes en un procedimiento voluntario. Aún más, la ley se presume por todos conocida, conforme al art. 8 del Código Civil. Respecto de la costumbre, hay controversia en la doctrina en cuanto a si debe o no probarse (más adelante aludiremos a este punto). La idea que ha prevalecido es que la costumbre, desde el momento en que se funda en ciertos hechos, debe ser acreditada por quien la invoque, salvo si se tratare de un hecho público y notorio. Nos referiremos también a cómo debe probarse la costumbre en el Derecho chileno.

9.4. Distinción entre usos y costumbres.

Para aludir a este distingo, revisemos los planteamientos que al respecto formula un autor nacional y otro extranjero.

³²² Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 94.

³²³ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 97, p. 92.

³²⁴ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 94.

³²⁵ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 94.

a) Planteamientos de Antonio Vodanovic.

La costumbre, que suele llamarse uso normativo, porque constituye norma jurídica, se contrapone a los usos propiamente dichos, denominados también usos individuales, contractuales, negociales o prácticas de negocios. Estos no son sino prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos. No tienen el elemento de generalidad de la costumbre ni tampoco concurre en ellos el elemento psicológico. No obstante, un simple uso puede ser el germen de una costumbre.³²⁶

La distinción entre costumbres y usos es antigua. En las Siete Partidas, ya se atribuía valor normativo a la costumbre y no a los simples usos.

Algunos autores, para marcar la diferencia, hablan de uso normativo o costumbre normativa para referirse a la costumbre propiamente tal, y de uso interpretativo o integrativo o costumbre interpretativa o integrativa para aludir a los usos.³²⁷

Los usos propiamente dichos, individuales o contractuales, desempeñan diversas funciones. Algunos sirven para interpretar o aclarar la voluntad contractual, en cuyo caso se habla de usos interpretativos. A estos se refiere el Código Civil, al señalar que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que las mismas partes hayan hecho de las cláusulas de otro contrato celebrado entre ellas y sobre la misma materia (art. 1564). Otros usos sirven para integrar o completar la voluntad contractual, que no se ha manifestado sobre un punto determinado, en cuyo caso se habla de usos integrativos o supletorios. El Código Civil establece, como consecuencia del principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, que ellos obligan no sólo a lo que expresan en sus cláusulas, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (art. 1546). Se alude aquí al uso integrativo o costumbre integrativa del contrato. De igual forma, el Código Civil se refiere al uso integrativo en el inciso 2º del art. 1563 ("las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen").³²⁸

Los usos contractuales son obligatorios en virtud del contrato con el cual la ley los relaciona; no constituyen por sí mismos una fuente de normas, al revés de lo que ocurre con la costumbre.³²⁹

b) Planteamientos de Nicolás Coviello.

Distingue este autor dos clases de "usos": los "usos de hecho" y los "usos de negocios". Refiriéndose a los "usos de hecho", expresa: "En general, los hábitos de la vida cotidiana, las costumbres sociales, las prácticas morales, religiosas y aun económicas, son extrañas al orden jurídico; pero muchas veces el derecho, que debe tener su fundamento en la naturaleza real de las relaciones sociales, no puede prescindir enteramente de ellas y debe tenerlas en cuenta. Algunos usos producen, entonces, efectos jurídicos, pero no constituyen fuente de derecho, no son costumbre; la ley los toma en consideración como a tantos otros elementos de hecho, para establecer la norma jurídica, y no como si fuesen ellos mismos fuentes de normas. Y nuestro Código Civil³³⁰ frecuentemente ha invocado estos usos de hecho. Así, en los arts. 485, 486 y 489, tratándose del derecho del usufructuario a cortar maderas, etcétera, se dice que el ejercicio debe conformarse a la práctica constante de los precedentes propietarios, al

³²⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 202, p. 144.

³²⁷ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 202, p. 145.

³²⁸ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 202, p. 145.

³²⁹ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 202, p. 145.

³³⁰ Se refiere Coviello, por cierto, al primer Código Civil italiano, del año 1865, después reemplazado por el segundo y actual Código Civil italiano, del año 1942.

uso del país³³¹; en el art. 1009 se eximen de colacionarse los regalos usuales; en el art. 1956, nº 6, se declara privilegiado el crédito por los gastos de funerales, necesarios de acuerdo con los usos. Ahora bien, como se ve por los ejemplos aducidos, no son los usos fuentes de normas jurídicas, sino que se consideran por el legislador como un elemento de hecho para determinar el alcance y la extensión de algunos derechos derivados únicamente de la ley. Por eso se distinguen netamente de la costumbre”.³³²

Como puede deducirse de los planteamientos de Coviello, los que él denomina “usos de hecho”, cumplirían una función para modelar los límites en la aplicación de un derecho que la ley confiere, para delimitar el alcance o la extensión del ejercicio del derecho por el titular. Los “usos de hecho” afectarían entonces las facultades que emanan del derecho subjetivo de que se trate. En otras palabras, habría en estos casos una remisión de la ley a los usos, pero no explícita, como suele ocurrir con las remisiones que se hacen a la costumbre conforme al art. 2 del Código Civil, sino que implícita. De esta manera, los “usos de hecho” pasan a integrar el contenido del derecho subjetivo de que se trate.

Es relevante también señalar que todos los ejemplos mencionados por Coviello, están recogidos en el Código Civil chileno. Así, en el art. 783 se alude a la facultad del usufructuario de una heredad (es decir, de un predio rústico) para cortar algunos árboles; en el art. 784, se establece que el usufructuario de minas y canteras en actual laboreo podrá aprovecharse de ellas; el art. 1188, inc. 2º, respecto de las donaciones hechas a un legitimario o a un tercero, advierte que no se “tomarán en cuenta [como donaciones] los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos”; el art. 1198, inc. 3º, por su parte, dispone que no se colacionarán a la legítima de un descendiente los presentes hechos con ocasión de su matrimonio ni los “regalos de costumbre”; y el art. 2472 Nº 2 incluye entre los créditos preferentes de primera clase “Las expensas funerales necesarias del deudor difunto”.

Tomemos uno de estos ejemplos para visualizar cómo podría operar un “uso de hecho”: no se colacionarán (es decir, imputarán) a la legítima de un descendiente los presentes hechos con ocasión de su matrimonio ni los “regalos de costumbre”. Dispone el art. 1198: “Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora. / Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables. / Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre”.

La doctrina chilena siempre ha señalado que debe tratarse de presentes o regalos “moderados”, considerando las fuerzas del patrimonio de quien los haga. En otras palabras, el juez podría indagar qué regalos ha hecho el donante con antelación a sus otros legitimarios o al mismo legitimario, de qué cuantía fueron, cuáles fueron entonces los usos en los que incurrió el causante a lo largo de los años en esta materia. Siendo así, si uno de estos presentes tiene un valor exorbitante en relación con los regalos hechos en el pasado, podría concluirse que el donante ha tenido como propósito burlar las restricciones que la ley le impone en cuanto a las legítimas de sus herederos forzosos, y favorecer indebidamente a uno de ellos, afectando el principio de igualdad que debe regir entre todos los hijos legitimarios. El “uso de hecho”, entonces, permitiría delimitar la facultad del donante para hacer estos presentes o regalos y el derecho del donatario

³³¹ La palabra “país” debe ser entendida como alusiva a una región o zona dentro de un Estado, y no a la totalidad del territorio del mismo. El Código Civil chileno también emplea la expresión país en algunas ocasiones en el mismo sentido (por ejemplo, en los arts. 1938, 1940 y 1944, todos en el contrato de arrendamiento).

³³² Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., pp. 58 y 59.

para que dichos presentes o regalos no le sean imputados a su futura legítima. Si el presente o regalo fuere muy superior a los presentes o regalos que el donante hizo en el pasado al mismo legitimario o a los otros legitimarios, no debiera operar entonces el inc. 3º, sino que el inc. 1º del art. 1198, y el monto del presente o regalo correspondería imputarlo, es decir restarlo, a la legítima del favorecido (entendiendo que se le anticipó en vida parte de la misma).

La utilidad que tiene el planteamiento de Coviello acerca de los “usos de hecho”, estriba en que, con ello, se amplía el campo de aplicación de los “usos”, de manera que no quedan circunscritos al ámbito de las relaciones contractuales, como ocurre en cambio con los “usos negociales”.

Se refiere seguidamente Coviello a los “usos de negocios”: “Más difícil es la distinción entre costumbre y los llamados usos de negocios, usos voluntarios, o convencionales, o práctica de negocios, los cuales consisten en el modo constante y uniforme con que ciertos y determinados negocios se cumplen o ejecutan por las partes contratantes, de tal suerte que ese modo se entiende observado, sin que ninguna voluntad se manifieste al respecto. (...) De lo cual se infiere que, naciendo de tales usos derechos y deberes para las partes contratantes, se hace difícil distinguirlos de la costumbre como fuente de derecho (...). Pero también aquí sirve como criterio distintivo la *opinio necessitatis*, que falta en los usos de negocios (...). Y, en efecto (...) se percibe (...) cómo el uso o la práctica se consideran por la ley no como fuente de norma jurídica, así sea supletoria de la voluntad de las partes, sino como simple medio de interpretación de la voluntad que no ha sido manifestada o lo ha sido inexactamente. No es, pues, el uso el que obliga, sino la voluntad de los que tácitamente a él se han referido, ya sea no expresando con toda claridad su intención, o bien externándola oscuramente. Así, pues, la distinción entre costumbre supletoria y la práctica de los negocios, aunque sutil, existe en realidad y es fecunda en consecuencias prácticas. La norma supletoria, contenida en la costumbre o en la ley, expresa directamente el criterio con que la relación debe ser regulada, cuando falta la voluntad contraria de las partes; en cambio, el uso de los negocios presenta aquella regla sólo indirectamente, esto es, únicamente en fuerza de un principio distinto, cual es la autonomía de las partes contratantes. En otras palabras, la costumbre, como la ley, sirve para suplir la voluntad de las partes; por el contrario, la práctica de los negocios suple tan solo la manifestación de la voluntad. La norma jurídica supletoria, cualquiera sea su fuente, tiene eficacia, aunque de hecho la voluntad de las partes no se haya referido a ella, más aún, incluso cuando se haya ignorado plenamente; en cambio, es presupuesto necesario para la eficacia del uso o práctica de negocios que la voluntad de las partes se haya referido a él y que sólo por comodidad no se haya manifestado y, por consiguiente, que la existencia del uso no sea desconocida para las partes contratantes o, por lo menos, que pueda fácilmente presumirse su conocimiento”.³³³

Coviello, finalmente, expresa las siguientes diferencias entre la costumbre y los “usos de negocios”:

- i.- “La existencia de la costumbre puede hacerse valer de oficio por el magistrado; el uso de negocios debe ser alegado y probado por quien pretenda utilizarlo”.
- ii.- “Los medios de prueba respecto del uso de negocios son los comunes que sirven para comprobar un hecho cualquiera; mientras que (...) no ocurre lo mismo tratándose de la costumbre” (En Chile, este distingo opera en el Derecho comercial, pero no el Derecho civil, según veremos).
- iii.- “La violación de la costumbre puede recurrirse en casación; no así la de los usos de negocios”. Esta afirmación de Coviello, no se admite en el Derecho chileno, en el que se considera que sólo la infracción de ley en una sentencia posibilita la interposición de un recurso de casación en el fondo, y no así de una costumbre o de la “ley del contrato”.

³³³ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 59.

Pero no han faltado planteamientos en nuestra doctrina en torno a ampliar esta conclusión. En tal sentido, aludiéndose a figuras tales como “la teoría de la imprevisión” y “el abuso del derecho”, se sostiene que “La falta de actualización legislativa que ha denunciado la doctrina tiene una consecuencia directa en relación a la causal de casación que nos ocupa. En efecto, por el simple hecho de no estar codificadas o legisladas estas instituciones en principio quedan al margen del control de casación. Como se ha dicho tantas veces, en la visión del legislador del siglo XIX la actuación del Tribunal de Casación quedó restringida a la infracción de ley. No resuelve el problema anterior el hecho que estas figuras estén desarrolladas y aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia. Sólo si llegaran a conformar una costumbre en materia comercial tendrían la posibilidad de ser examinadas por la vía de la casación en el fondo, en cuanto se infrinjan las reglas legales que permiten darle valor a esta fuente del derecho, que sólo admite la costumbre según la ley (arts. 4 al 6 CCM y art. 2 CC)”.³³⁴

iv.- “La costumbre no tiene eficacia sino en los casos expresados por la ley; la práctica de negocios puede invocarse siempre, dentro de los límites de la autonomía de las partes contratantes; y así, mientras la costumbre contraria a una norma de ley, aun supletoria, no tiene eficacia jurídica, el uso de los negocios puede siempre, como la voluntad expresa de las partes, ser contrario a cualquier norma supletoria legal”.

v.- “Finalmente, en tanto que la costumbre debe tener el carácter de la generalidad, el uso de negocios despliega su eficacia aun restringida a sólo dos personas que estén entre sí en relaciones de negocios y constituya, de ese modo, un simple hábito personal”.³³⁵

9.5. Caracteres de la costumbre.

La doctrina suele mencionar los siguientes:

a) Es subsidiaria.

Dicha subsidiariedad se manifiesta en dos órdenes de ideas, según expone Lasarte:

i.- “En primer lugar, que las normas consuetudinarias solamente tienen vigencia cuando no haya ley aplicable al caso. La existencia de una ley excluye la aplicación de la costumbre, aunque exista y sea mejor”.

ii.- “En segundo lugar, la subsidiariedad significa que la costumbre es fuente del Derecho porque la Ley así lo determina. Luego es la propia Ley la que fija y señala los límites y condiciones que la costumbre debe reunir para generar normas jurídicas”.³³⁶

b) Se excluye en su aplicación la regla *iura novit curia*.

La regla alude a que “el juez conoce el Derecho”. También se expresa con la siguiente fórmula: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda” (art. VII del Código Civil peruano). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la ley, se excluye la vigencia de la regla enunciada, tratándose de la costumbre. En efecto, en el caso de la ley, según ya se ha señalado, las partes no requieren acreditar su existencia, pues el juez la conoce. Aún más, el juez puede hasta cierto grado corregir lo expresado por un litigante, cuando sus términos no son los mejores para referirse a un precepto legal, en virtud del

³³⁴ Romero Seguel, Alejandro; Aguirrezabal Grünstein, Maite; y Baraona González, Jorge (2008), “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, Nº 1, 2008, p. 236.

³³⁵ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 60.

³³⁶ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 52.

mencionado principio. En cambio, en el caso de la costumbre, la parte que la invoque debe acreditar su existencia, por regla general, en los términos que señalaremos.³³⁷

c) Debe tener racionalidad.

Tradicionalmente, se sostenía que la costumbre no debía contravenir los dictados de la razón, “entendiéndose por tal *razón* básicamente los dictados del llamado Derecho natural, esto es, el Derecho que emana de la propia naturaleza humana”. Refiriéndose Carlos Ramos Núñez a esta característica que se planteaba por los juristas de los siglos previos a la codificación moderna (entre ellos Gregorio López, glosador de las Partidas), consigna: “Por otra parte, la costumbre debe ser racional. Tal como explica Gregorio López, el uso que mueve al mal, al pecado o a situaciones absurdas no suscita una costumbre vinculante. En relación a la opinión sobre la racionalidad de la costumbre, señala que para los autores del *Ius Commune*, como el ostiense Enrico de Susa y Giovanni Andrea, está entregada al arbitrio del juez: *Quae autem consuetudo dicatur rationabilis, vel irrationabilis, relinquatur arbitrio iudicis* (Partidas, 1, 2, 3). Finalmente, sostiene López que el juez en ejercicio de esa prerrogativa debe ponderar si es bueno o malo el fin de la costumbre, si acaso es contra o según ley, y si fue introducida por alguna otra razón justa, de modo que el Derecho apruebe o repruebe semejante costumbre y, consideradas las diversas razones, pueda ser estimada racional aun contra una ley racional. Justamente el requisito de la racionalidad de la costumbre y el arbitrio judicial para apreciarla, tal como lo sostienen los indianistas chilenos Ávila Martel y Bravo Lira, tuvo gran importancia en América. Esgrimen dichos autores que ‘por diversas causas, la costumbre tuvo en Indias mucho mayor significación que la que en la misma época tenía en Castilla. Si allí se veía en cierto modo reprimida por la legislación, en América, en cambio, pudo expandirse casi sin obstáculos. El arbitrio judicial hizo pues del juez un verdadero moderador de la costumbre’”.³³⁸

Agrega Lasarte que, como secuela de este antiguo requisito de la costumbre, el art. 1.3 del Código Civil español exige que la costumbre no sea contraria a la moral o al orden público. Sin embargo, “la virtualidad de esos límites es en la actualidad dudosa, pues el llamado orden público normalmente se infiere de disposiciones legales (y si hay ley no se aplica la costumbre) y la moral es la moral social dominante y no la moral particular del aplicador del Derecho, no pareciendo probable que la sociedad observe generalizada y reiteradamente conductas contrarias a su propia moral social, perdiendo entonces vigencia esa antigua costumbre que ya no encaja con lo que la sociedad demanda ahora”.³³⁹

En realidad, una costumbre “irracional”, como expresa Borda, sería *contra legem*, y, por ende, no podría admitirse: “Algunos autores señalan un elemento negativo: la costumbre no debe ser *irracional*. Se entiende por tal la que es contraria al buen sentido o a ciertos principios superiores de orden moral o social. Entendemos que este problema no puede plantearse, por lo menos en nuestro derecho. Hemos dicho ya que uno de los elementos de la costumbre es la convicción general de que se trata de una práctica jurídica. Un uso irracional no puede generar esa convicción. Por lo demás, si fuese contraria a la moral y a las buenas costumbres, si atentara contra algún principio superior del orden jurídico, social (...) estaríamos en una costumbre *contra legem* y, por ende, inválida”.³⁴⁰

9.6. Clasificación de la costumbre.

³³⁷ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., pp. 52 y 53.

³³⁸ Ramos Núñez, Carlos (2009), ob. cit., pp. 305 y 306.

³³⁹ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., p. 53.

³⁴⁰ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., nº 55, p. 77.

a) Costumbre nacional o extranjera: de acuerdo al país en que se practique.

Como expresa Hernán Corral, “La globalización puede dar lugar a costumbres que traspasen las fronteras de un Estado y a que se configuren costumbres supranacionales. En el Derecho internacional, y sobre todo en materia de comercio internacional, la costumbre es una de las fuentes más gravitantes”.³⁴¹

b) Costumbre general y local: atendiendo a si la costumbre impera en todo el territorio del Estado o sólo en determinadas regiones o lugares del mismo.

En el Código Civil, a propósito del contrato de arrendamiento, encontramos casos de costumbres locales: arts. 1938, 1944 y 1986. Por cierto, como ya lo habíamos expresado, la expresión “costumbre del país” empleada en los dos primeros preceptos, no debe entenderse como “nacional”, sino que alusiva a cierta zona o región, es decir, “local”.

c) Costumbre contra la ley, fuera de la ley y según la ley.

Esta es la clasificación de mayor trascendencia jurídica y se formula atendiendo a la relación entre la costumbre y la ley.

Costumbre contra ley (*contra legem*) es la que introduce una norma destructora de la ley, ya sea proclamando su inobservancia, ya sea imponiendo una conducta diferente a la establecida por la ley. En cualquiera de estas situaciones conduce al desuso de la norma legal.³⁴² Como señala Ducci, no admitiéndose esta clase de costumbre en nuestro Derecho, “La costumbre contra la ley es la que deja sin aplicación o infringe un precepto legal. El primer caso constituye lo que se llama desuso de la norma. Ya hemos señalado que el desuso no hace perder su vigencia y validez a un precepto legal, para lo cual es necesario un acto derogatorio. El segundo supuesto no significa sólo un desuso, sino además una infracción del precepto legal; ella lleva aparejada la sanción que corresponde a dicha infracción”.³⁴³ Como expresa Brebbia, “Admitir que los particulares puedan dejar sin efecto las leyes que dicta el poder público en la esfera de su competencia, mediante la reiteración de actos contrarios a las normas, importa trastornar todo el ordenamiento sabiamente articulado en nuestra Carta Magna e introducir el caos y la inseguridad en el campo jurídico. No se comprende, dentro de una teoría jurídica congruente, cómo la reiteración de una serie de *actos ilícitos* pueden convertirse, mediante una mágica transmutación, en *actos lícitos*. Como bien lo afirma Sebastián Soler, ‘a las leyes las derogan otras leyes, a los deberes los sustituyen otros deberes y una acción no puede ser al mismo tiempo debida e indebida. Lo que *debe ser* no queda derogado por lo que *es*, cuando es contrario; *lo contrario al deber es la transgresión no la derogación de la ley*’”.³⁴⁴

La costumbre fuera de la ley o en el silencio de la ley (*praeter legem*), es la que rige una materia sobre la cual no hay ley.³⁴⁵ En este caso, “la costumbre establece una regla ante un vacío o ausencia de normativa legal”.³⁴⁶

Costumbre según la ley (*secundum legem*) es la que adquiere carácter de norma jurídica en razón de llamarla la propia ley a regir una materia dada.³⁴⁷ Se afirma que, en

³⁴¹ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 62.

³⁴² Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 204, p. 146.

³⁴³ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 98, p. 92.

³⁴⁴ Brebbia, Roberto H. (2000), ob. cit., p. 47.

³⁴⁵ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 204, p. 146.

³⁴⁶ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 62.

³⁴⁷ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 204, p. 146.

este caso, "la costumbre establece una regla compatible y complementaria de la fuente legal".³⁴⁸ Pero ello será así, siempre y cuando la ley expresamente así lo autorice.

Se ha dicho también que "la remisión general de la ley a la costumbre no la convierte en costumbre *propter legem*, que existe sólo cuando la norma legal se remite a la costumbre *en casos particulares*".³⁴⁹

Por cierto, es un error creer que opere una suerte de derogación de la ley por la costumbre de los particulares de prescindir de lo dispuesto en la ley o de modificar lo regulado en ellas, en el caso de *leyes de orden privado*, también llamadas *leyes dispositivas*. La circunstancia de que, por ejemplo, para un contrato determinado, las partes acuerden excluir una norma legal, no implica en modo alguno que opere una costumbre contra ley. No puede entenderse así, desde el momento en que *es la propia ley*, la que permite a los contratantes dejar de aplicarla para un caso en particular. Pero ello, por cierto, no supone, como es evidente, abrogación de la ley. La costumbre contra la ley, en cambio, es aquella en que la costumbre –aún contra la voluntad del legislador–, expulsa un precepto legal del ordenamiento jurídico.

En la doctrina nacional, Ducci formula otros conceptos para la costumbre según la ley y en ausencia de ley. Sostiene que la costumbre según la ley "consiste en maneras uniformes de interpretar y aplicar la ley. Cuando esta costumbre emana de las sentencias de los Tribunales de Justicia, nos encontramos frente a una costumbre jurisprudencial". Por su parte, la costumbre fuera de la ley "complementa el derecho escrito. Se aplica cuando la ley se remite a ella o cuando pasa a formar parte del contenido de los contratos y, por lo tanto, de la ley del contrato".³⁵⁰

Este enfoque de Ducci parece tener su fuente en los postulados de Coviello, que, respecto de la materia, expresa: "Comúnmente, la costumbre considerada en relación con la ley se distingue en costumbre *secundum legem*, en costumbre *praeter legem* y en costumbre *contra legem*. De estas tres especies, la primera, evidentemente, no tiene importancia, ya que la costumbre *secundum legem*, no siendo otra cosa que la uniforme interpretación y aplicación de la ley, no es fuente de derecho. Importa estudiar, en cambio, las otras dos especies".³⁵¹

Antonio Vodanovic también alude a las dos nociones que se han planteado respecto a la costumbre según la ley: "Costumbre *secundum legem* es la que adquiere el carácter de norma jurídica en razón de llamarla la propia ley a regir una materia dada. También suele llamarse costumbre *secundum legem* los usos en conformidad a los cuales se aplica e interpreta la ley".³⁵²

Otro tanto expresa Gonzalo Figueroa: "Costumbre según la ley. Es la forma constante y uniforme de aplicar la ley e interpretarla. Aquella a la que se remite la ley, dándole fuerza obligatoria por disposición legal".³⁵³

Por nuestra parte, creemos que la costumbre *según la ley* sólo es aquella en la que *la ley se remite a la costumbre*, disponiendo que en cierta materia o situación podrá o deberá recurrir el juez a la costumbre. En cambio, aquellos casos en que la conducta general y uniforme de las personas es coincidente con lo dispuesto en la ley, no son más que el acatamiento a la misma, es decir, lo que se espera de las personas, y desde este punto de vista tiene razón Coviello cuando expresa que dicha "costumbre" carece de trascendencia. Más que una costumbre "según la ley", estaríamos ante una costumbre "conforme a la ley".

En cuanto a la diferencia entre la costumbre según la ley y la costumbre en ausencia de ley, el punto esencial sería a nuestro juicio el siguiente: en la costumbre

³⁴⁸ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., pp. 61 y 62.

³⁴⁹ Brebbia, Roberto H. (2000), ob. cit., p. 46.

³⁵⁰ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 90, p. 92.

³⁵¹ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., p. 56.

³⁵² Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 204, p. 146.

³⁵³ Figueroa Yáñez, Gonzalo (2015), ob. cit., p. 30.

según la ley, ésta, en una materia o situación específica, señala que se podrá o deberá aplicar la costumbre; en cambio, en la costumbre en ausencia de ley, la autorización que ésta señala para recurrir a la costumbre es general, no en una materia o situación específica. En ambos casos, la ley debe permitir que se aplique la costumbre, pero la diferencia está en que, en el primer caso, la remisión de la ley a la costumbre es específica, mientras que en el segundo caso no lo es, sino que está contenida en una norma legal de carácter general. Veremos que lo primero ocurre en el Código Civil y lo segundo en el Código de Comercio.

d) Costumbre civil y costumbre mercantil, según la rama de Derecho privado en la que sea invocada.

En los puntos que siguen, revisaremos una y otra costumbre y sus diferencias.

9.7. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre.

En los primeros tiempos de la Humanidad, todo el Derecho era consuetudinario. Con el correr del tiempo, y no obstante ser cada vez más frecuente el Derecho escrito y que por la misma razón la ley pasó a ser la norma jurídica preponderante, la costumbre siguió jugando un importante rol, incluso con la fuerza para derogar la ley. Tal acontecía en el Derecho romano, reconociendo el propio Digesto dicha posibilidad. Posteriormente, Constantino, para resolver la confusión jurídica imperante, negó a la costumbre el poder para derogar la ley.³⁵⁴

En efecto, expresa Mariana Moranchel, a propósito del valor y fuerza de la costumbre en Roma: "En los albores de Roma, especialmente durante la Monarquía latina-sabina,³⁵⁵ el Derecho se encontraba unido a los preceptos religiosos. La voluntad de los dioses solo se atribuía a un grupo pequeño de *patres*, específicamente a los pontífices, a quienes les correspondía interpretar esta voluntad divina, creando las normas que debían ser cumplidas por los ciudadanos romanos. Con esta actividad de interpretación, los pontífices identificaron estas normas con la costumbre de los antepasados (*mores maiorum*), convirtiéndolas en normas con fuerza obligatoria, debiéndose respetar y consideradas inmutables. En términos generales se puede considerar a la costumbre como una conducta positiva o negativa, efectuada repetidamente de generación en generación, que crea una conciencia determinada de comportamiento social, convirtiéndose con ello en una norma de carácter obligatoria. La costumbre, por lo tanto, tiene dos elementos: la repetición de la conducta (*inveterata consuetudo*) y el convencimiento de la colectividad de que se debe llevar a cabo dicha conducta (*opinio iuris seu necessitatis*). Los romanos consideraron a la costumbre como una fuente formal del Derecho de gran importancia; en ciertos pasajes del *Corpus Iuris* se consideró que podía abrogar a la ley (D 1.3.32), también podía erigirse en intérprete de las leyes (D 1.3.37). Pero en 319 d.C. el emperador Constantino estableció el principio de que la costumbre no podía derogar a la ley (*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* C. 8.52.2)".³⁵⁶ La frase latina citada podría traducirse de la siguiente manera: "la autoridad de la costumbre y de los usos prolongados no es desdeñable, pero no será tan poderosa en el presente como para superar la razón o la ley".

³⁵⁴ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 205, p. 146.

³⁵⁵ En la Historia de Roma, la época monárquica se divide en dos etapas: la primera, correspondiente a la monarquía latino-sabina (753 a.C. – 616 a.C.) y la segunda, correspondiente a la monarquía etrusca (616 a.C. – 509 a.C.).

³⁵⁶ Moranchel Pocaterra, Mariana (2017), *Compendio de Derecho romano*, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana, p. 20.

Así las cosas, en el Derecho romano postclásico, la costumbre "Aún es considerada como fuente formal sólo en el caso que pudiera integrar la ley, nunca en contra de ella. Así lo ordena una constitución de Constantino del 319 d.C. No es despreciable la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca o sobre la razón o sobre la ley (C. 8.52.2)".³⁵⁷

Guzmán Brito explica de la siguiente manera esta declinación de la costumbre ante el Derecho generado formalmente por las leyes, por los edictos del pretor y por la jurisprudencia: "LA COSTUMBRE. 1. Históricamente el Derecho romano comenzó por constituirse con base en costumbres, que aparecen como 'comportamientos de los antepasados' (*mores maiorum*). Una comunidad cuya religión consiste en el culto a los antepasados (*dii Manes*), es natural que encuentre en las conductas de éstos, cuya memoria guarda, una razón para legitimar su perpetua reiteración y para repetir las de hecho. La Ley de las XII Tablas seleccionó en los antiguos *mores* aquellos que fueron considerados como utilizables igualmente por patricios y plebeyos [...]. Desde entonces la costumbre perdió importancia como fuente del Derecho. 2. La razón por la cual ella no ocupó un lugar relevante en la formación del Derecho clásico es muy clara. La costumbre es ante todo un fenómeno social y prejurídico: consiste en el hecho de unos comportamientos reiterados y uniformes, cuya virtualidad jurídica depende del tratamiento que les den los órganos llamados a intervenir en los litigios. En una sociedad en donde no exista un proceso eficaz de creación de Derecho formal, la costumbre tiende a cumplir una función importante y suple la ausencia de aquél; lo contrario ocurre ahí en donde existan dichos procesos de formalización jurídica. tal fue la situación en la época clásica. Por un lado estaba el edicto del pretor, cuya extraordinaria flexibilidad y adaptabilidad permitían rápidamente atender a los cambios operados en el mundo facticio de la negociabilidad y de las relaciones entre particulares; por otro, la jurisprudencia, con su permanente contacto con ese mismo mundo a través de las consultas que recibían y respondían los juristas. En tales circunstancias no se pudo producir en la época clásica ningún distanciamiento entre el Derecho considerado vigente y la realidad, de modo de tener que suplirse deficiencias y eliminar obstáculos por la vía de las costumbres que en el Derecho común fueron llamadas '*praeter ius*' (o '*legem*') y '*contra ius*' (o '*legem*')."³⁵⁸

Sin embargo, lo expuesto no supuso que la costumbre perdiera toda fuerza, pues mantuvo cierta vigencia a través de las opiniones de los juristas, recogidas por las sentencias: "3. El papel de la costumbre en la época clásica fue otro: servir de vehículo para la vigencia del Derecho de los juristas. [...] el *ius civile* fue directamente un Derecho de creación jurisprudencial, y los juristas poseyeron en gran medida la última palabra en torno al alcance de las demás fuentes en que directamente no intervenían, esto es, el edicto, las leyes y plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales (aparte de su intervención en formar algunas de éstas), por la vía de su interpretación manifestada también en *responsa* y en escritos destinados a la circulación. Pero en este punto afectó al Derecho clásico un inconveniente que siempre ofrece todo Derecho de juristas, derivado del hecho de intervenir en él una multitud de profesionales libres: su tendencia a constituir un Derecho de opiniones disidentes (*ius controversum*) que no pueden ser resueltas por una instancia superior decisoria. El Derecho republicano y altoclásico fue un Derecho de juristas; como tal, un Derecho de controversias. Ahora bien, una discusión jurídica sólo puede ser zanjada cuando las opiniones de los jurisconsultos más autorizados terminan por uniformarse en un sentido determinado, o bien si los jueces terminan por aceptar en sus fallos una de las opiniones en debate, en forma más o menos constante; en ambos casos, las opiniones desfavorecidas por la mayoría de los juristas o de los jueces quedan aisladas, y finalmente dejan de estar

³⁵⁷ Moranchel Pocater, Mariana (2017), ob. cit., p. 29.

³⁵⁸ Guzmán Brito, Alejandro (2013), ob. cit., p. 59.

sustentadas y defendidas hasta ser olvidadas; y, por el contrario, la opinión favorecida aparece como Derecho vigente, por haber entrado en la costumbre; los juristas hablaban entonces de 'Derecho recibido por las costumbres' (*'ius moribus receptum'*). La costumbre, pues, jugó en el Derecho clásico el importante papel de confirmar la vigencia práctica del Derecho creado por los juristas, pero no tuvo relevancia como fuente creadora de Derecho nuevo".³⁵⁹

Como expresa Borda, "La importancia de la costumbre como fuente de derechos y de obligaciones, ha variado fundamentalmente a través del tiempo. En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del Derecho; pero a medida que las relaciones humanas se fueron haciendo más complejas y múltiples, fue necesario ir determinando con más precisión de lo que la costumbre permite, los derechos y las obligaciones de los hombres. Falta de precisión, de certeza y de unidad son los grandes defectos de la costumbre; por esta misma razón, la técnica legislativa fue perfeccionándose paulatinamente y, al mismo tiempo, el campo de la costumbre se fue estrechando. También contribuyeron a su decadencia las grandes revoluciones sociales, pues la implantación de un nuevo orden exigía a veces la abrogación en bloque de las antiguas costumbres (así ocurrió con la revolución francesa y con la rusa); por último, la influencia del racionalismo y el auge de la teoría de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, hizo mirar con desconfianza esta fuente del derecho, que en el fondo importa una ley nacida espontáneamente del pueblo y no establecida por el parlamento".³⁶⁰

Carlos Ramos Núñez, por su parte, describe igualmente la importancia y posterior declinación que tuvo la costumbre en el devenir de la Historia del Derecho: "La costumbre (...), tuvo en la tradición romana-canonística un sitio importante, pues fundaba su valor jurídico en el prestigio del sujeto político a quien debe su existencia: el pueblo, considerado, por excelencia, como el órgano típico de producción jurídica. Bajo este aspecto, el Derecho consuetudinario no se distingue del Derecho legislativo: el fundamento de su fuerza es el mismo, es decir, la voluntad popular. La diferencia es simplemente de postura: en la formación de la ley la voluntad del pueblo es expresa (directa o indirectamente); en la formación de la costumbre, tácita. En un célebre pasaje de Hermogeniano (Digesto 1, 3, 35),³⁶¹ donde se equipara la dignidad de ambas fuentes, la costumbre es llamada *tacita civium conventio*.³⁶² En otro pasaje, Juliano coloca a la ley y a la costumbre sobre el mismo plano con estas palabras: *Nam quid interest sufragio populus voluntatem suam declare tan rebus ipsis et factis?* (Digesto 1, 3, 32, 1).³⁶³ Como regla jurídica positiva nacida de la voluntad popular, que ante los estímulos de necesidad o frente a la simple conveniencia social repetía una serie de actos, la costumbre estatuye todo un conjunto de preceptos reglados, a los cuales ajustan los asociados sus determinaciones jurídicas, procurando que sirvan de regla de conducta para relaciones ulteriores. Así formulada la costumbre, se presenta como una práctica producida de abajo a arriba; hábito y uso que a fuerza de ser repetido e imitado por otros individuos, a consecuencia de la misma precisión e idéntica exigencia, termina convertida en la dirección común para todos, adquiriendo por resultado lógico naturaleza de ley. *Jus*

³⁵⁹ Guzmán Brito, Alejandro (2013), ob. cit., pp. 59 y 60.

³⁶⁰ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 53, pp. 75 y 76.

³⁶¹ "También lo que se ha confirmado por antigua costumbre y se viene observando durante muchísimos años, a modo de tácito acuerdo de los ciudadanos, se aplica como el Derecho escrito".

³⁶² "Un acuerdo tácito de los ciudadanos".

³⁶³ Reza el pasaje íntegro: "No sin razón se observa como ley y costumbre inveterada, y éste es el Derecho que se dice constituido por los usos. Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan más que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante el sufragio o con la misma realidad y los hechos? Por lo que también se ha admitido con muchísimo acierto que las leyes se abroguen, no sólo mediante el sufragio del legislador, sino también con el consentimiento tácito de todos, por desuso".

consuetudine firmatum, consuetudo in legem veniens.³⁶⁴ Si en el mundo romano el valor de la costumbre se erguía sobre los hombros del pueblo, dotado de poder político y titular de una fuerza invencible, en el pensamiento teológico-jurídico medieval, y más todavía durante la vigencia de las monarquías absolutas, el fundamento del poder se traslada del pueblo a la soberanía del príncipe. Así, la tesis originaria de la *tacita voluntas populi* es reemplazada por el principio de la *tacita voluntas principis*. En el primer caso, la autonomía de la costumbre como fuente del Derecho se encontraba garantizada por el pueblo; en el segundo, supeditada a la voluntad del príncipe, a la ciencia y paciencia del legislador. Desde entonces, la construcción jurídica moderna hará depender la validez jurídica de las costumbres al reconocimiento expreso o silencioso de quienes detentan el poder político. En buena cuenta, la costumbre perderá su independencia y con ello su antiguo prestigio, en tanto que la ley, mandato típico de la autoridad política, se situará en el centro del sistema jurídico. Gran parte de la historia del Derecho de los últimos siglos puede ser representada como un proceso de involución de la costumbre, paralelo al progreso de la ley. Mientras la costumbre decaía, la ley se consolidaba. De allí que la historia de la costumbre sea la historia de su confrontación con la ley por el primado de las fuentes formales. Se pueden distinguir, bajo esta perspectiva, tres situaciones típicas: a) la costumbre es superior a la ley; b) la costumbre y la ley tienen la misma fuerza y c) la ley es superior a la costumbre. Esquemáticamente, se podría decir entonces que en la primera situación la costumbre sucesiva deroga la ley (licitud de la costumbre *contra legem*), en tanto que la ley posterior no abroga la costumbre. En palabras de Tito Livio, *legum corrector usus* ('La costumbre corrige las leyes'). En la segunda situación, la costumbre ulterior abroga la ley y, viceversa. En la tercera situación, la ley posterior deroga la costumbre, pero no sucede lo contrario (ilicitud de la costumbre *contra legem*).³⁶⁵

En nuestra época, con todo, la costumbre continúa desempeñando un importante papel en el Derecho internacional público. También tiene considerable valor en el Derecho comercial. El Código de Comercio la acepta no sólo cuando la ley se remite a ella, sino incluso fuera o en el silencio de la ley. Dispone el art. 4 de este cuerpo legal: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio".

Además, la costumbre mercantil sirve también para interpretar los contratos: "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" (art. 6).

En el Derecho penal, en cambio, la costumbre carece de toda fuerza, pues no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca (principio de legalidad).³⁶⁶ Operan aquí los principios universales *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Ambos principios arrancan del Derecho natural y se encuentran consagrados en el art. 19, N° 3 de la Constitución Política de la República: "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. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

En el Derecho civil, la mayoría de las legislaciones y la mayor parte de la doctrina reconocen en nuestros días escaso valor a la costumbre. Se sostiene que ella no puede crear Derecho, porque esa misión está confiada en forma exclusiva a los órganos que integran el poder legislativo. Esta idea ha sido rebatida, señalándose que no es admisible

³⁶⁴ "Ley establecida por la costumbre, costumbre convertida en ley".

³⁶⁵ Ramos Núñez, Carlos (2009), ob. cit., pp. 286-288.

³⁶⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 205, p. 146.

la abdicación absoluta de la comunidad frente a los poderes constituidos, de su aptitud para crear Derecho. Se afirma que la canalización perfecta del Derecho mediante la ley escrita es ilusoria: quiérase o no, la vida continúa y nadie es capaz de detener su curso, de moldearla en un momento dado y para siempre.³⁶⁷

En esta suerte de “renacer” de la costumbre, se agrega que “Por lo demás, la gran virtud de la ley, que es su claridad y precisión, se está perdiendo en nuestros días ante la manía legisferante³⁶⁸ de los poderes públicos. La legislación contemporánea es tan copiosa, a veces tan desordenada y hasta contradictoria, que su conocimiento resulta cada vez más difícil. Frente a estas normas, muchas veces desprestigiadas, una sólida, espontánea costumbre, adquiere un prestigio y, cosa singular, una claridad y justeza remarcables”.³⁶⁹

Conforme a lo expuesto, la tendencia actual en los códigos civiles es la de ir, progresivamente, otorgando mayor valor a la costumbre, aceptándola en el silencio de la ley, permitiendo al juez, a falta de ley aplicable, pronunciar su sentencia de acuerdo a la costumbre.

En nuestro Derecho civil, en todo caso, la costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 2). En consecuencia, en nuestra legislación civil sólo se admite la costumbre “según la ley” (por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, arts. 1938, 1940, 1944, 1951, 1954, 1986; en el contrato de mandato, arts. 2117 y 2158 N° 3).

Pero el campo de aplicación de la costumbre en materia civil se amplía considerablemente en el ámbito contractual, conforme a lo dispuesto en el art. 1546, en relación al art. 1545: en efecto, siendo la costumbre un elemento del contrato, es una ley para los contratantes. Lo anterior implica, como señala Ducci, que no es necesaria ninguna declaración de los contratantes para que las costumbres vigentes a la época de celebrar el contrato pasen a formar parte del mismo. Ellas se incorporan al contrato por el solo ministerio de la ley.³⁷⁰ Dispone el art. 1546: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Lo anterior se refuerza por lo dispuesto en el inc. 2º del art. 1563, en las reglas de interpretación de los contratos, en cuanto “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. Sin embargo, el alcance dado a este inciso no es pacífico en la doctrina nacional. Para algunos, se trata efectivamente de una remisión a la costumbre; para otros, no se pretendió aludir a la costumbre, sino que, a los elementos de la naturaleza de un contrato, que están por ende contemplados en la ley, aunque no es necesario estipularlos, entendiéndose incorporados en el contrato.

Considerando esta remisión amplia que hace el art. 1546 a la costumbre y a juicio de una parte de la doctrina también el art. 1563, inc. 2º, Hernán Corral afirma que “en materia contractual rige la costumbre ‘*praeter legem*’ y no solo la ‘*secundum legem*’, gracias a esta remisión abierta que se contiene en esta norma”.³⁷¹

En nuestra opinión, aunque es cierta esta remisión amplia a la costumbre, continúa siendo “según ley” y no “en ausencia de ley”, desde el momento en que es la ley, la que dispone, para el caso preciso, que se entiende incorporada en todo contrato la costumbre. En cambio, para que estemos ante la costumbre “en ausencia de ley”, no debe existir una disposición *específica* que ordene o permita aplicar la costumbre, sino

³⁶⁷ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 205, pp. 146 y 147; Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 53, p. 76. Ambos citan el mismo pasaje de Josserand, Louis, t. 1, vol. 1, N° 101.

³⁶⁸ Es decir, “dictar normas legales de forma precipitada y con poco fundamento”.

³⁶⁹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 53, p. 76.

³⁷⁰ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., N° 99, p. 93.

³⁷¹ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 64.

que sólo una norma de carácter *general* que así lo disponga, como ocurre en el art. 4 del Código de Comercio.

En todo caso, lo expuesto sólo rige en el ámbito contractual y entre las partes del contrato.

Otro caso en que la ley se remite a la costumbre encontramos en el art. 1823, en la compraventa a prueba o al gusto: "Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor. / Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo".

En otros casos, el Código Civil se refiere a la "costumbre", pero sólo como uso o práctica social, y, por ende, no constitutivos de un imperativo jurídico. Así ocurre en el art. 1188, respecto de "los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos". También en el art. 1198, inc. 3º, al que ya nos referimos, cuando alude a "los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre". En ambos casos, para no imputar el valor de los presentes o regalos a la legítima de un legitimario, una vez fallecido el causante. Sin embargo, estos dos casos no son inocuos desde el punto de vista del Derecho, pues ordenan no imputar a la legítima del heredero los regalos moderados o los regalos de costumbre, es decir, empleando la expresión de Coviello, los que se ajusten a los "usos de hecho". En caso contrario, deberán ser imputados. Otro tanto ocurre en el art. 2139, en las normas del mandato: "En la inhabilidad del mandatario para donar no se comprenden naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio". La consideración de la costumbre de otorgar propinas o "gratificaciones" opera en este caso para facultar al mandatario a realizarlas, entendiéndose que se trata de una liberalidad permitida por la ley. Por ende, el mandatario podrá después exigirle al mandante el reembolso de tales egresos, pues deben entenderse considerados dentro de los "gastos razonables" a que alude el art. 2158, Nº 2 del Código Civil.

En síntesis, el Código Civil se remite a la costumbre en las siguientes materias:

- i.- Contrato de arrendamiento (arts. 1938, 1940, 1944, 1951, 1954, y 1986).
- ii.- Contrato de mandato (art. 2117 en relación al art. 2158 Nº 3).
- iii.- Ejecución de los contratos (art. 1546).
- iv.- Interpretación de los contratos (art. 1563 inc. 2º).
- v.- Contrato de compraventa a prueba o al gusto (art. 1823).

De lo expuesto, aparece que, al menos *en la letra del Código*, la costumbre aparece muy poco valorada por nuestro legislador civil. Comentando esta situación, escribía en 1881 Gumersindo de Azcárate en tono crítico, refiriéndose a los arts. 2 y 3: "no podemos dejar de llamar la atención (...) sobre la terminante declaración de que ni la *costumbre* ni la *jurisprudencia* son fuentes de derecho. Por lo mismo que los códigos suelen formarse para satisfacer la necesidad de que en la legislación haya unidad, orden y claridad, el legislador, temeroso de que se malogren estos fines de su obra, se anticipa a cerrar las puertas a las que estima causas más peligrosas de ese mal, dictando esas prevenciones u otras análogas, y aun llegaría, si pudiera, a prohibir que los jurisconsultos la expusieran y explicaran bajo el imperio del recelo que, según cuentan, asaltó al Emperador Napoleón cuando vio los primeros comentarios del que lleva su nombre. Y sin embargo, tanto son la *costumbre* y la *jurisprudencia* fuentes de derecho, que aun a despecho del legislador continuarán siéndolo. Si, según el mismo Código chileno dice en su artículo 1º 'La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite', la costumbre es *otra forma* de declaración de esa voluntad. Es aquella mediata e indirecta; es ésta directa e inmediata; pero ambas son expresión del sentimiento jurídico y social que dicta las reglas que han de presidir a la vida en el orden del derecho, consistiendo la diferencia tan sólo en que la primera se dicta por el órgano de los poderes oficiales del Estado,

mientras que la segunda la determina el pueblo *rebus et factis*, como decían los romanos. Y si aun en los tiempos en que los monarcas se atribuyeron la plenitud del Poder Legislativo, se admitió la costumbre como fuente de derecho, suponiendo que ésta recibía su fuerza del consentimiento tácito de aquel, ¿cómo es posible negarle ese carácter hoy en que aquella función se afirma como de la sociedad misma, en cuanto es una consecuencia de su soberanía? Además, la historia muestra que, si bien ha ido menguando la importancia que la costumbre ha tenido en todos los pueblos en los comienzos de su vida, no ha desaparecido jamás, sino que ha subsistido permanentemente, como un elemento sustantivo y propio que concurre a la formación del derecho”.³⁷²

9.8. Prueba de la costumbre.

Una cuestión debatida en la doctrina es aquella que se refiere a si la costumbre debe o no probarse. Coviello, después de aludir a las posiciones planteadas, expresa una fórmula ecléctica que podría servir para resolver la controversia: “Dada la especial naturaleza de la costumbre, surge la cuestión de saber si la norma que de ella resulta debe probarse por quien la invoca, o no, porque al igual de la establecida por la ley, se debe presumir conocida por el magistrado. Sobre este punto existen diversas opiniones. Algunos, colocando en primera línea el elemento de hecho, quieren equiparar la costumbre a un hecho jurídico cualquiera, por lo que el juez no debería tenerla en cuenta, sino cuando fuese alegada y, salvo el caso de notoriedad, probada. Otros, en cambio, observando que el elemento de hecho no excluye que la costumbre es fuente de derecho al igual de la ley, a la cual por lo demás no le falta el elemento de hecho, estiman que, así como no se prueba la ley, tampoco debe probarse la costumbre, teniendo el magistrado la obligación de conocerla. Pero, como se ve, ninguna de las dos opiniones tiene exactamente en cuenta la naturaleza real de la costumbre. Y, en efecto, si ésta se basa en un hecho, no puede considerarse como un hecho jurídico cualquiera, puesto que produce una norma de derecho; más, por otra parte, no puede por esto solo equipararse en todo a la ley. La ley se concreta en un solo acto que se hace notorio por la publicación; la costumbre, en cambio, es un uso formado lentamente; y la norma que de ella resulta no es tan clara y precisa que no se preste a equivocaciones. De aquí la imposibilidad de exigir del juez un conocimiento tan exacto y pleno como el que debe tener respecto de la ley. Por todo lo cual, siendo la costumbre fuente de derecho, el magistrado deberá aplicarla de oficio, aun cuando no se invoque, si le es conocida su existencia; mas, por otra parte, puede exigir su prueba, cuando haya duda sobre su existencia y contenido”.³⁷³

Vodanovic, por su parte, afirma que, a pesar de que la costumbre, en los casos en que la ley la llama a regir, es una norma jurídica, necesita ser probada ante los tribunales, porque a diferencia de lo que ocurre con la promulgación de la ley, ninguna autoridad pública, atestigua oficialmente la existencia de la costumbre.³⁷⁴ En tal sentido, estamos ante una excepción al principio de que son los hechos y no el Derecho lo que se prueba. Aquí, será necesario acreditar la existencia de una norma jurídica. Una opinión semejante plantea Gonzalo Ruz Lártiga.³⁷⁵

Hernán Corral, en cambio, sostiene la misma tesis de Coviello: “Se dice que la costumbre constituye una excepción al principio de que en juicio el Derecho no se prueba, ya que el juez lo conoce: *iura novit curia*. En realidad, esto no es tan así, ya que

³⁷² Azcárate, Gumersindo de (1972), “Juicio crítico sobre el Código Civil de la República de Chile”, en *España honra a Don Andrés Bello, Compilación, presentación y notas de Pedro Grases*, Caracas, Presidencia de la República de Venezuela, p. 96.

³⁷³ Coviello, Nicolás (2007), ob. cit., pp. 54 y 55.

³⁷⁴ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 207, p. 149.

³⁷⁵ Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), ob. cit., p. 94.

si se discute sobre si una ley ha sido o no promulgada y publicada, deberá probarse en el respectivo juicio. Lo que sucede es que normalmente las partes no controvierten la existencia de los hechos formadores de la ley y sólo disienten en cómo debe interpretarse y aplicarse al caso. Ello es así por cuanto el Estado ha procurado medios de certificación pública de la existencia y vigencia de las fuentes legisladas, los que no pueden aplicarse a fuentes como la costumbre cuyas formas de constitución son desformalizadas y espontáneas. De allí que, cuando se trate de la costumbre, haya que probar los hechos que la conforman, de los cuales se extraerá la regla que se aplicará como fuente jurídica. Pero se reconoce que, si se trata de hechos notorios, el juez puede considerarla aplicable de oficio. (...) La carga de la prueba [cuando ésta fuere necesaria] recaerá en la parte que quiera invocar la costumbre como fuente de Derecho en apoyo a su pretensión, sin perjuicio de la facultad del juez de aplicarla de oficio si consta de hechos notorios. Pensamos que a esto se refiere el art. 5º del Código de Comercio cuando dispone que se deberá probar la costumbre (...) 'no constando a los juzgados (...) la autenticidad de la costumbre'".³⁷⁶

Otro tanto afirma Ducci, al referirse a la costumbre mercantil: "Conviene destacar que esta prueba es necesaria solamente cuando la costumbre no consta a los juzgados (...). Por lo tanto, si el tribunal estima que la costumbre le consta por ser ésta, por ejemplo, pública y notoria, podrá aplicarla sin necesidad de prueba específica".³⁷⁷

La misma opinión sostiene Borda: "Se ha discutido si la costumbre debe o no ser probada por la parte que la alega. Se aduce en favor de la exigencia de la prueba, que se trata de hechos y que, como tales, deben probarse. Por nuestra parte, pensamos que tal punto de vista es erróneo. La costumbre importa una norma jurídica y por consiguiente el juez puede y debe aplicarla, si tiene conocimiento de ella, sin necesidad de prueba alguna. Pero ocurre con frecuencia que aquél no conoce personalmente la costumbre; en ese caso, es natural que deba exigir prueba. (...) De lo dicho se desprende que esa prueba puede ser ordenada de oficio por el juez".³⁷⁸

De cualquier manera, lo cierto es que, por regla general, la costumbre deberá probarse. Por lo demás, no existe en el Código Civil, respecto a una ficción o presunción de conocimiento de la costumbre, ninguna regla semejante a la del art. 8 que sí la establece cuando se trata de una ley. Si la voluntad del codificador hubiere sido la de instaurar la ficción o presunción de conocimiento para ambas categorías de normas jurídicas -ley y costumbre-, lo habría expresado.

Por otra parte, según veremos seguidamente, el Código de Comercio señala qué medios de prueba se admiten para acreditar la costumbre mercantil. Implícitamente, ello quiere decir que no opera la aludida ficción o presunción.

En materia civil, puesto que no existe ninguna disposición especial sobre la materia, cualquier medio de los establecidos por la ley es idóneo para demostrar la existencia de la costumbre. Habrá que atenerse entonces a los arts. 1698 y siguientes del Código Civil y a las normas probatorias del Código de Procedimiento Civil.

No ocurre lo mismo en el ámbito del Derecho comercial, donde impera un criterio restrictivo. Dispone el art. 5 del Código de Comercio: "No constando a los juzgados de comercio"³⁷⁹ que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1º. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2º. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba".

³⁷⁶ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., pp. 66 y 67.

³⁷⁷ Ducci Claro, Carlos (1984), ob. cit., Nº 99, p. 94.

³⁷⁸ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 62, p. 81.

³⁷⁹ Estos juzgados nunca se crearon, de manera que la referencia debe entenderse a los Juzgados de Letras en lo Civil.

Conforme al citado art. 5, la costumbre mercantil, entonces, sólo puede ser probada por alguno de los medios siguientes:

i.- Por el testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella. En otras palabras, se trata de probar que al menos en dos litigios, se ha fallado sobre la base de la existencia de la costumbre que ahora se invoca en otro proceso. Las sentencias pueden haberse dictado en cualquier época, incluso con posterioridad al inicio del juicio en el que se pretende acreditar su existencia o al acaecimiento de los hechos que motivan el pleito.

ii.- Por tres escrituras públicas otorgadas con anterioridad a los hechos que motivan el juicio en que debe acreditarse la costumbre. Se puede probar la costumbre, exhibiendo contratos celebrados por las mismas partes o por terceros, en los cuales se haya hecho referencia a la señalada costumbre, como un imperativo contractual. A diferencia del caso anterior, la ley previene aquí una eventual colusión para “fabricar” la prueba, exigiendo que las escrituras que contengan los contratos se hayan otorgado no sólo antes del inicio del juicio en el que se pretende acreditar su existencia, sino incluso del acaecimiento de los hechos que motivan el actual pleito.

9.9. Diferencias entre la costumbre civil y la mercantil.

De lo expuesto, cabe destacar las siguientes diferencias:

a) La costumbre mercantil rige tanto según la ley como en el silencio de la ley; la costumbre civil, sólo cuando la ley se remite a ella, es decir, costumbre según la ley.

b) El Código Civil no determina los requisitos que debe reunir la costumbre para que sea fuente de Derecho; el Código de Comercio sí lo hace, en su art. 4º, estableciendo que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo.

c) El Código Civil no determina los medios de prueba por los cuales debe probarse la costumbre, de modo que pueden emplearse todos los medios que el Derecho establece; el Código de Comercio señala en cambio, taxativamente, los medios para demostrar la existencia de la costumbre.³⁸⁰

10.- La jurisprudencia.

10.1. Concepto.

Ulpiano definía la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto (*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*).

En efecto, como refiere Borda, “Desde el punto de vista etimológico, *iurisprudentia* significa conocimiento del derecho; por ello, el Diccionario de la Real Academia define la jurisprudencia como la ‘ciencia del derecho’. Pero el significado más general y común de la palabra, que es el que ahora nos interesa, es distinto: se refiere a los fallos de los tribunales judiciales, que sirven de precedentes a futuros pronunciamientos. Para que *haya* jurisprudencia no es indispensable que los fallos coincidentes sobre un mismo punto de derecho sean reiterados; a veces, una sola sentencia *sienta* jurisprudencia: es lo que en el derecho anglosajón se llama *leading*

³⁸⁰ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., N° 208, p. 149.

case.³⁸¹ Pero, sin duda, una jurisprudencia reiterada y constante es más venerable y tiene mayor solidez como fuente de derechos y obligaciones”.³⁸²

De esta manera, “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*”.³⁸³

Hernán Corral señala que “Se conoce como jurisprudencia la regla de derecho que puede extraerse de una serie de sentencias que fallan en el mismo sentido casos similares. La jurisprudencia se conforma no sólo con la decisión de ciertos casos en el mismo modo, sino con la razón jurídica o con los fundamentos de derecho en los que se apoya la decisión. Es una manera de interpretar las otras fuentes del Derecho que produce una nueva regla jurídica. No hay criterios fijos, en nuestro sistema, sobre cuántas sentencias y de qué tribunales producen jurisprudencia. A veces la regla no es clara, y se dice que la jurisprudencia no está afirmada, o incluso que es contradictoria, o mayoritaria, pero con excepciones”.³⁸⁴

Para el Diccionario panhispánico del español jurídico, se entiende por jurisprudencia la “Doctrina establecida en forma reiterada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución y las leyes. Suele entenderse que la misma doctrina tiene que haberse establecido en dos o más ocasiones para constituir jurisprudencia”. Agrega este Diccionario que “La jurisprudencia, en cuanto que suponía una interpretación de la ley de carácter creativo durante el Antiguo Régimen,³⁸⁵ fue absolutamente descartada por las primeras constituciones revolucionarias francesas. Robespierre dijo sobre la jurisprudencia: ‘la palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestra lengua. En un Estado que tiene Constitución y legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra que la ley’”.

Esta afirmación de Robespierre debe entenderse en un contexto en el que existía para los que habían impulsado la Revolución una gran desconfianza hacia los jueces del antiguo régimen –cuyo nombramiento habían recibido del monarca–, y al mismo tiempo una exacerbación del rol “nivelador” que debía desempeñar la ley, la norma escrita, entre los ahora “ciudadanos” franceses.

Algo semejante expresará Charles de Montesquieu, cuando afirme que “Las sentencias judiciales deben ser fijas, de tal suerte que jamás sean otra cosa que un texto concreto de la ley”. Es decir, la sentencia –“el texto concreto”– no debe ser más que aquello que la ley establece de manera general y abstracta, aplicado al caso particular y concreto.

10.2. Valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

En general, la doctrina tradicional que se instauró a partir de la codificación moderna sostiene que la jurisprudencia no puede ser considerada como fuente formal de Derecho, habida cuenta que los jueces están sometidos al imperio de la ley, siendo su función interpretarla y aplicarla. Los jueces, se afirma, deben conocer de un asunto, juzgar y ejecutar lo juzgado, pero no crear Derecho.

Para Squella, la jurisprudencia no puede considerarse como una 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

³⁸¹ Es decir, como un caso o asunto principal.

³⁸² Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 64, p. 82.

³⁸³ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 260.

³⁸⁴ Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., pp. 70 y 71.

³⁸⁵ En Francia, período anterior al de la Revolución de 1789.

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”.³⁸⁶

En efecto, progresivamente se puede observar un criterio que tiende a admitir que la jurisprudencia puede constituir una fuente “complementaria”. Así por lo demás, por citar un ejemplo en el Derecho comparado, lo declara el art. 1, Nº 6 del Código Civil español, al referirse a las fuentes del Derecho: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado». 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

En cambio, otros códigos, como el Código Civil y Comercial argentino, no incluyen expresamente a la jurisprudencia como fuente del Derecho, ni siquiera como “complementaria”. Dispone su art. 1: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Con todo, el silencio de algunos Códigos Civiles respecto de la jurisprudencia, en ningún caso puede llevarnos a inducir que ésta carece de importancia. Al efecto, expresa Guillermo A. Borda, refiriéndose al valor de la jurisprudencia como fuente: “Se discute en la doctrina si la jurisprudencia debe o no ser considerada como una fuente del Derecho. Desde el punto de vista de la lógica estricta, la razón parece estar de parte de quienes le niegan categoría de fuente sustantiva, formal e independiente, puesto que los tribunales no hacen (o mejor dicho, no dicen hacer) otra cosa que aplicar la ley: siempre es la ley la que decide el caso y es a nombre de ella que los jueces fallan. Pero si este planteo teórico parece indiscutible, la verdad es que, en la práctica, la jurisprudencia es una fuente riquísima de derechos. Lo saben muy bien los abogados, que cuando estudian un caso suelen acudir, antes que al propio Código Civil, a los repertorios de jurisprudencia”.³⁸⁷

Cuatro razones, señala Guillermo A. Borda, para concluir sosteniendo “la extraordinaria importancia que tiene esta fuente en el derecho moderno”:

i.- “El Poder Judicial es la autoridad final en lo referente a la interpretación de la Constitución y las leyes.”³⁸⁸ Dentro de las numerosas *interpretaciones o versiones* a que siempre se presta un texto legal, la única a cuyo servicio está el *imperium* del Estado, es aquella adoptada por los tribunales. Con razón se ha dicho que *la ley es lo que los jueces dicen que es*. Por ello, en los puntos que abarcan, los fallos judiciales se convierten en la ley del país”.

³⁸⁶ Squella Narducci, Agustín (2004), ob. cit., p. 264.

³⁸⁷ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 65, p. 82.

³⁸⁸ En el Derecho chileno, debe también considerarse al Tribunal Constitucional.

ii.- “Una misma ley suele ser interpretada de modo distinto por los tribunales de la Capital y de las distintas provincias. De donde ha resultado la siguiente consecuencia: que siendo la ley idéntica, la regla jurídica realmente vigente suele ser distinta en la Capital y cada una de las provincias”. Aunque como es evidente Borda formula este argumento considerando que Argentina es una República Federal, lo cierto es que en Chile o en cualquier otro país también suele ocurrir que se observen criterios dispares entre tribunales de primera y segunda instancia y la Corte Suprema. Finalmente, será esta última la que consolidará los criterios jurisprudenciales.

iii.- “La ley no es una norma constante y fija aplicada ciegamente por el juez a los hechos del litigio que debe decidir. Por el contrario, tiene una naturaleza flexible, adaptable a las circunstancias del caso. Los jueces restringen su aplicación o la amplían. Modifican muchas veces la regla atribuyéndole un significado distinto al que anteriormente se le atribuía; cuando esto ocurre se dice que hay un *cambio de jurisprudencia*. La norma hasta entonces imperante, es sustituida en la realidad de la vida jurídica por una nueva. Esta nueva interpretación no es en el fondo sino una manera distinta de regular las relaciones jurídicas”. Cita Borda aquí a Puig Brutau, quien afirma que reconocer a la jurisprudencia el papel de fuente creadora del derecho no significa formular un juicio de valor acerca de si es o no conveniente que así ocurra; simplemente se trata de una realidad que se impone con una rotundidad digna de la luz de la naturaleza (*La jurisprudencia como fuente de derecho*).

iv.- “las leyes, por lo común, sólo establecen principios generales; aun las más minuciosas y detallistas, sólo prevén un pequeño número de casos en relación a la variedad infinita que ofrece la vida del derecho. Es éste el famoso problema de las *lagunas del derecho*: en muchos casos la ley nada dice, nada prevé y, sin embargo, el juez está obligado a fallar (...) como una condición inexcusable del orden social; y puesto que la ley no ha contemplado el caso, la solución dada por los jueces, *su jurisprudencia*, será eminentemente creadora”. A propósito de la noción de “lagunas del derecho”, Borda admite que es discutida, y que, en cualquier caso, se puede reconducir el concepto al más preciso de “lagunas legales”, caso en el cual, como afirmó, la jurisprudencia crea Derecho: “Se ha negado la existencia de las llamadas *lagunas del derecho*. Se afirma que si no existe una norma particular y concreta para el caso, éste caerá de todos modos dentro de los llamados *principios generales del derecho*, lo que significa que siempre hay una norma jurídica aplicable. Aun admitiendo que ello fuera exacto, hay que notar que estos principios generales del derecho³⁸⁹ –la equidad, la justicia, la moral y las buenas costumbres, etc.– son tan amplios que dentro de ellos los jueces pueden moverse cómodamente, imponiendo muy variadas y distintas soluciones. *Pero la que escojan será la ley*. Su pronunciamiento será, por consiguiente, creador de derechos y obligaciones. Por lo demás, es indiscutible que, en la práctica, existen verdaderas lagunas legislativas: casos que no fueron previstos o que no pudo prever el legislador. Así, por ejemplo, los problemas jurídicos originados en inventos que han revolucionado la técnica y la economía, como la electricidad, la aviación, etcétera, no pudieron ser considerados sino *a posteriori*; pero mucho antes de que el legislador los reglara, los tribunales habían debido resolver multitud de juicios llevados ante sus estrados. La jurisprudencia ha organizado espontáneamente las relaciones de la vida social en los casos de deficiencia del orden jurídico formal”.³⁹⁰

Lo que se ha señalado, se vincula directamente con una de las características que señalamos del orden jurídico, a saber, se trata de *un sistema pleno*, en el que el juez forma parte del mismo con su actividad creadora de Derecho en los casos de lagunas legales. Borda, acerca de la actividad creadora, cita los siguientes comentarios de Carlos

³⁸⁹ Los principios generales del Derecho no deben confundirse con los principios del Derecho civil, a los que aludimos más adelante en esta obra.

³⁹⁰ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N°s. 64-66, pp. 82-84.

Cossio: "El juez no es un ente extraño al Derecho ni está fuera del Derecho mirándolo desde el exterior como una cosa conclusa y fija y así tomándolo para aplicarlo cuando llegue el caso, como quien asiente el sello sobre el lacre, según resulta para la lógica del ser. Por el contrario, si las sentencias integran la creación normativa en que consiste el ordenamiento jurídico, es claro que el juez, en tanto que creador de la sentencia, está dentro y no fuera del ordenamiento; y está en la estructura del mismo, como parte de esa estructura, no como contenido contingente, estructurado por ella. Por lo primero, se comprende que el juez mira el derecho desde dentro de la lógica del deber ser; por lo tanto, no como algo concluso y ya hecho, sino como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente. Por lo segundo resulta que lo mira no sólo como algo que se está haciendo, sino como algo que el propio juez contribuye a que se haga; es decir, que en parte, el Derecho es el propio hecho del juez. Precisamente esta circunstancia de que el juez es estructura del Derecho y no algo contingente sólo estructurado por el Derecho, da su sentido ontológico a la verdad de razón, dentro de la lógica del deber ser, que dice que el juez debe juzgar siempre, cualquiera que sea la oscuridad o deficiencia que encuentre en el ordenamiento" (*La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*).³⁹¹

Hernán Corral, por su parte, remarca las diferencias en esta materia entre el Derecho anglosajón y el nuestro: "En el sistema del *Common Law* la jurisprudencia es entendida como una fuente formal de Derecho. El precedente, es decir, la forma en que un tribunal falló un caso es considerada vinculante para decidir un caso que presenta los mismos hechos jurídicamente relevantes. Habiendo esa coincidencia de casos, no puede haber una decisión diversa. Por eso, en cualquier juicio las partes invocan sentencias anteriores que alegan son precedentes de la cuestión que se juzga actualmente. No obstante, no se trata de un procedimiento automático, ya que los elementos jurídicamente relevantes de los casos son siempre interpretables y, de este modo, un juez que desee impartir justicia de modo diferente a como lo hizo la sentencia anterior, sólo debe justificar que el caso que él decide es de algún modo distinto de aquel en que se basó el precedente. En otros países del sistema codificado, se considera que las sentencias de casación del Tribunal Supremo son obligatorias para los tribunales inferiores. Son fuentes de Derecho cuya infracción es causal del recurso de casación en el fondo y permite anular la sentencia. Así sucede en España. En Chile, prevalece el principio de la relatividad de las sentencias judiciales (art. 3º CC), incluso las de casación, de modo que sólo son obligatorias para el asunto sobre el cual se dictan, y no constituyen un precedente o fuente de Derecho que vincule u obligue al juez para fallar otro caso, aunque sea de características similares. Esto no cambia por el número o la continuidad de sentencias que se hayan dictado en un mismo sentido. Siempre puede el juez apartarse del criterio de los demás tribunales. La jurisprudencia, por tanto, no es fuente formal de Derecho en nuestro sistema".³⁹²

Refiriéndose Borda al papel de la jurisprudencia en el Derecho anglosajón, señala que "Si es importante el papel de la jurisprudencia en países de derecho codificado (...), mucho más lo es en aquellos que se rigen por el *common law* (Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de Norteamérica, salvo el Estado de Luisiana, Canadá, excepto la provincia de Quebec, Nueva Zelanda y antiguas colonias inglesas en África). La profunda originalidad del derecho anglo-sajón consiste esencialmente, en que la fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales. Originariamente, hace ya varios siglos, los jueces se fundaban para fallar los litigios en las costumbres inmemoriales del país; pero como esos fallos tenían el valor de precedentes obligatorios para los futuros procesos, poco a poco las costumbres fueron quedando enterradas en el olvido y sólo interesó la

³⁹¹ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., N° 66, pp. 84 y 85.

³⁹² Corral Talciani, Hernán (2018), ob. cit., p. 71.

búsqueda del precedente judicial. Mientras en nuestro país [o para cualquier otro de Derecho codificado] el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. Las colecciones de jurisprudencia tienen para el juez inglés el mismo valor que para el nuestro [y para Chile] el Código Civil, el Comercial, etcétera. Es verdad que el Parlamento británico o el Congreso de Estados Unidos dictan leyes, pero éstas tienen un carácter excepcional. Este derecho escrito se establece con el propósito de modificar soluciones del *common law* que resultaron anacrónicas o inconvenientes, pero en todo punto no legislado expresa y concretamente por la ley escrita rige el *common law*. Mientras nuestro jurista busca en la ley escrita, los principios del derecho (...), el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del *common law*. De ahí que no se conciba en Inglaterra, la interpretación analógica o extensiva de la ley escrita, puesto que es siempre un derecho de excepción, y como tal no puede aplicarse sino a los casos expresamente previstos”.³⁹³

En el ámbito del Derecho español, si bien puede afirmarse también que la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho, se observa, en teoría, una diferencia con el sistema chileno, ya mencionada por Corral: la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda casar sentencias que se aparten de la doctrina asentada por el primero. Sin embargo, en nuestra opinión no existe tal diferencia. Expresa Carlos Lasarte: “las resoluciones judiciales han de encontrar necesariamente fundamento en el *sistema de fuentes* legalmente establecido (...) (ley, tratados internacionales, costumbre y principios generales del Derecho). Así lo dispone indubitadamente el Código Civil cuando, tras imponer que ‘los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan’, precisa a continuación que habrán de hacerlo ‘ateniéndose al sistema de fuentes establecido’ (art. 1.7). Conforme a ello, resulta claro que la jurisprudencia desempeña en nuestro Derecho un papel secundario respecto de las fuentes del Derecho propiamente dichas y que, al menos *formalmente*, no puede considerarse como tal. Es lo que sugiere la lectura del apartado 6 del artículo 1 del Código Civil, en el que se afirma que ‘la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico ...’. La utilización de un verbo tan ambiguo e impreciso (*complementar*), deliberadamente buscado en el momento de la redacción de la norma, ratifica cuanto venimos diciendo. La propia Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se redacta con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, avala dicha conclusión: ‘A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa’. Esto es, aunque no puedan considerarse propiamente normas jurídicas, los criterios interpretativos desarrollados reiterativamente por el Tribunal Supremo, en cuanto jurisprudencia en sentido estricto, tienen trascendencia normativa. Si a ello se le añade que la jurisprudencia forma parte integrante del ordenamiento jurídico (*complementándolo*), en términos materiales, habría que concluir que, aunque sea de segundo orden, la jurisprudencia es también fuente del Derecho. (...) Bastan los datos apuntados para manifestar que si, en términos teóricos, la jurisprudencia carece del rango de fuente del Derecho, en términos prácticos cabe incluso dudar de que los criterios jurisprudenciales, cuando se separan o superan lo expresamente previsto en las normas jurídicas, no sean realmente el verdadero Derecho vivido en nuestra sociedad. Dicha conclusión probablemente resulte compartida hoy por la mayor parte

³⁹³ Borda, Guillermo A. (2007), ob. cit., Nº 77, pp. 95 y 96.

de los profesionales del Derecho, aunque por supuesto sin olvidar que los criterios jurisprudenciales no significan una *creación libre del Derecho* (como ocurre, en alguna medida, en los países anglosajones), sino que han de encontrarse fundamentados en el propio sistema de fuentes legalmente establecido. En consecuencia, la *primacía de la ley* es innegable y la actividad jurisdiccional se encuentra contemplada como una función nobilísima y trascendental, pero secundaria en relación con aquella expresión de la voluntad general”.³⁹⁴

Hasta aquí, lo expresado por Lasarte para el caso de España, podría aplicarse sin mayores reparos en el Derecho chileno. Pero como adelantamos, se ha dicho que no ocurriría lo mismo, en un plano teórico, con la facultad que se le confiere al Tribunal Supremo, para casar las sentencias que controviertan los criterios del máximo Tribunal español. Sin embargo, en nuestra opinión, no hay tal diferencia, pues si bien la ley española otorga dicha facultad al Tribunal Supremo, lo hace bajo el entendido que la sentencia que se anule *haya incurrido en la infracción de las normas aplicables al asunto*. Por lo tanto, en realidad la situación es semejante a la prevista en nuestro Código de Procedimiento Civil, al disponer en su art. 767 que “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, *siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia*”.

En efecto, dispone el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española:
“Artículo 477. *Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.*

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.
2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:
 - 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
 - 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.
 - 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.
3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

11.- El Estado de Derecho.

11.1. Concepto de Estado de Derecho.

³⁹⁴ Lasarte, Carlos (2003), ob. cit., pp. 56 y 57.

Como afirma José Bernardo Guevara, "La importancia del Estado de Derecho, como expresión de un avance sustancial de la civilización, es innegable. Fruto inicialmente del liberalismo, fue objeto de diversos ajustes con el tiempo. Desde sus orígenes, estuvo vinculado con el control del poder y la protección de los derechos humanos".³⁹⁵

La aseveración, correcta en lo sustancial, requiere sin embargo algunas precisiones: cierta en cuanto al momento en que comenzó a emplearse la frase "Estado de Derecho", no lo es en cuanto a que fue fruto del liberalismo. En efecto, como veremos –siguiendo los planteamientos de Bernardino Bravo Lira, que compartimos–, las raíces de la noción de aquello que se denominó a inicios del siglo XIX como "Estado de Derecho", deben buscarse mucho más atrás, en la época correspondiente a la "Edad Media". En ella se sentaron las bases de lo que, siglos después, en coincidencia con la codificación moderna, se llamó "Estado de Derecho". Por otra parte, siendo efectivo que el Estado de Derecho dice relación con el control del poder, también debe considerarse que ese mismo poder, precisamente velando por el Estado de Derecho, ejercitaba los medios previstos en el ordenamiento jurídico para impedir que los actos de algunas personas, vulneraran los derechos de otras personas. La noción de Estado de Derecho no es, entonces, puramente "vertical" (poder-ciudadanos), sino también "horizontal" (entre los ciudadanos).

Como acertadamente afirma Julio Alvear, aludiendo a uno de los componentes fundamentales de lo que hoy entendemos como "Estado de Derecho", como es el del reconocimiento y protección de los "derechos fundamentales", "Los derechos naturales de las personas, reconocidos para todos los seres humanos, no son una conquista de la Revolución Francesa, sino de la Civilización Cristiana. Más específicamente, fue la teología católica, en su reflexión sobre la persona y la libertad, la que entregó a Occidente las categorías articuladoras esenciales de los derechos innatos. Durante siglos, estos no se consagraron con la técnica del derecho subjetivo, en declaraciones abstractas diseñadas por hombres de gabinete, como a finales del siglo XVIII. Se respetaron por medio de técnicas concretas, nacidas de la tradición consuetudinaria y de la sabiduría jurisprudencial, apegadas a la realidad de los hechos. Fue así, por ejemplo, que el mundo hispánico conoció el derecho foral y las libertades municipales, paradigma de las libertades populares".³⁹⁶

Manuel García Pelayo sostiene que, si bien el fin del Estado de Derecho es jurídico, "el contenido de ese fin está más allá de la propia voluntad del Estado". Dicho contenido, "Está, como decía Kant, en los principios a priori de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano, principios que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adaptar el Estado a los puros principios de la razón".³⁹⁷

La noción de "Estado de Derecho", denota una situación en la que, en un país determinado, el Estado cumple su fin esencial de "promover el bien común", pero respetando al mismo tiempo los derechos de los ciudadanos. Supone entonces una actividad eficaz del Estado en su rol esencial, pero necesariamente limitado en el ejercicio del poder público, para de esta forma no vulnerar los derechos de quienes integran la comunidad nacional. En nuestros días –pues veremos que no siempre fue así–, los derechos de los ciudadanos (valga la expresión), deben incluir los derechos políticos (fundamentalmente el derecho a elegir y a ser elegido). En cambio, en los albores del "Estado de Derecho", durante la Edad Media, la democracia no era el sistema

³⁹⁵ Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), "Estado de Derecho", en *En búsqueda del Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 5.

³⁹⁶ Alvear Téllez, Julio (2018), *La crítica al discurso de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 72.

³⁹⁷ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional*, Madrid, Colección de textos jurídicos universitarios, 5ª edición, p. 157, citado por Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., p. 6.

que tipificaba los regímenes políticos de la época. Se trataba, como es sabido, de regímenes monárquicos. Pero no por ello podrían ser tachados a priori como carentes de un "Estado de Derecho". En realidad, los reinos que existieron hasta los siglos XIX e inicios del XX, se caracterizaron, la mayor parte de ellos, por respetar los derechos de los súbditos, aunque otorgándoles derechos políticos limitados (pero en modo alguno despreciables, como ocurría con la tradición de los Cabildos en los reinos españoles e hispanoamericanos). Por lo demás, no fueron los regímenes monárquicos sino repúblicas contemporáneas, las que se erigieron en Estados totalitarios en los que, con ayuda de la tecnología, se sojuzgó e incluso asesinó a millones de personas.

Pero en nuestros días, el estándar del "Estado de Derecho" es, ciertamente, más exigente que aquél que existía a fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Podríamos afirmar que la actual noción de "Estado de Derecho" se opone tanto a la de un "Estado autocrático" como también a la de un "Estado de barbarie" (en otras palabras, a una suerte de "Estado fallido"). La idea de un Estado verdaderamente democrático es en el presente consustancial a la de "Estado de Derecho".³⁹⁸ Por desgracia, existen muchos en nuestros días que no lo son. Todavía más, en los últimos años, puede observarse que, incluso en Hispanoamérica, algunos países que se regían por un Estado de Derecho han devenido en Estados formalmente democráticos, pero sustantivamente autocráticos, o derechamente en Estados fallidos o en el mejor de los casos en Estados de Derecho puramente formales, forzando a millones de personas a abandonarlos en busca de una mejor vida.

En tal sentido, no debe olvidarse que el Ordenamiento Jurídico es un concepto neutro, que refleja la existencia de un conjunto de normas que regulan las conductas de las personas que viven en sociedad. Dicho ordenamiento, sin embargo, en sus manifestaciones históricas o concretas, podría ser legítimo o espurio. Pero una u otra condición, como es obvio, no puede quedar entregada a criterios puramente subjetivos y contingentes, pues si así fuere, probablemente ningún ordenamiento jurídico sería legítimo. Lo que debiéramos esperar de un ordenamiento es que sea razonable y justo. Es decir, que se funde en criterios racionales y que aspire a concretar el fin de la justicia, supremo objetivo del Derecho. Nos parece que dicha legitimidad se logra cuando el respectivo ordenamiento jurídico asegura las tres nociones básicas a la que hemos aludido: *dignidad y libertad* de las personas e *igualdad* de aquellos que se encuentran en la misma situación. A partir de este corpus básico, debe desplegarse el ordenamiento jurídico, para satisfacer un estándar de razonabilidad y justicia.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos consiguen cumplir con este estándar básico, aunque en distintos grados. Cuando ello ocurre, nos encontramos ante lo que se ha denominado "Estado de Derecho".

Con lo expresado, podríamos definir el "Estado de Derecho" como el conjunto de elementos vigentes en el ordenamiento jurídico, fundados en criterios de razonabilidad y de justicia, que aseguran la dignidad y la libertad de las personas, en el marco de un tratamiento igualitario que se dispensa a las mismas por el poder público.

11.2. Origen y evolución de la noción de Estado de Derecho en la época previa al constitucionalismo moderno.

Si nos remontamos a la antigüedad griega, encontramos en la obra de Solón³⁹⁹ los primeros esbozos de lo que hoy entendemos por "Estado de Derecho". Así, Jaime Williams manifiesta: "estimamos que Solón se adelanta a la noción y exigencias de un 'Estado de Derecho' al sostener que 'sólo la ley es el rey' y que hay orden en la polis

³⁹⁸ Dicho sea de paso, la experiencia histórica demuestra que aquellas naciones que se autodenominan como "Repúblicas Democráticas", suelen no serlo en la realidad.

³⁹⁹ Solón nació en Salamina por el año 640 a.C. y murió en Chipre hacia el año 558 a.C.

cuando el pueblo obedece a los gobernantes y estos, a su vez, obedecen las leyes. De esta manera *Bía* (la coacción) y *Diké* (la justicia) se complementan; *Bía* sin *Diké* es *Kratos* o prepotencia, *Diké* sin *Bía* es ineficaz. Ese orden justo lo llama *Eunomía*. El orden injusto, propio de un mal gobierno, engendra la *Dysnomía*, cuna de todos los males sociales”.⁴⁰⁰

En lo que se refiere a los últimos siglos, Bernardino Bravo Lira –en el contexto histórico y geográfico que a Chile y las demás naciones hispanoamericanas se refiere– se remonta a la Edad Media para fijar el punto de partida de la noción de “Estado de Derecho”, distinguiendo tres etapas del mismo: “En términos muy simples cabe distinguir tres estratos en la formación del Estado de derecho que, en cierto modo, corresponden a otras tantas épocas. El primero y fundamental, del que derivan los restantes, nos remite a la Europa medieval. Allí se da, por así decirlo, el salto del Señorío al Estado, mejor dicho, el lento proceso de transformaciones del señorío bajo un derecho anterior y superior a él y al servicio del mismo, en un Estado, también bajo ese derecho y a su servicio. Un segundo estrato está constituido por los Estados nacidos al otro lado del Atlántico por efecto de la conquista española y portuguesa. Son nuevos en relación a los europeos y su surgimiento coincide con la consolidación de éstos. Finalmente, el estrato más reciente está formado por los novísimos Estados que surgen en el curso de los dos siglos últimos. Son efecto de una generalización de las formas estatales europeas en el resto del mundo. Entre ellos están desde los Estados Unidos hasta los flamantes Estados de África negra”.⁴⁰¹

Agrega Bravo Lira que “El Estado de derecho no se improvisa, tampoco se importa desde fuera. O se forja con el país mismo o es tan sólo una fachada, sino un ideal por alcanzar. En Chile es una realidad con casi medio milenio de existencia. Su historia parece compendiarse con la divisa del escudo nacional: *por la razón o la fuerza*. El lema, que no es sino una versión castellana del latino *aut consiliis aut ense –o por consejos o por espada–* remite a los orígenes mismos del Estado de derecho en la Europa medieval. Desde sus principios aparece armado. Su símbolo es la espada de la justicia y su representante por excelencia, el rey justiciero, que empuña la espada para sustentar el derecho en las tierras y gentes de su señorío. Con ella contiene al malhechor y sostiene al desvalido. En otras palabras, desde sus orígenes mismos el Estado de derecho está enraizado en el porfiado y no pocas veces brutal mundo de los hechos. Su razón de ser no es otra que hacer prevalecer el derecho sobre la violencia. Por eso es todo menos una abstracción y poco tiene que ver con la visión idealizada del hombre, bueno por naturaleza, de los racionalistas del siglo XVIII. Menos aún con sus lucubraciones sobre una sociedad ideal para ese hombre: con derechos humanos, división de poderes, garantías constitucionales, democracia, parlamento y demás. Todo esto es marginal al Estado de derecho. Así lo reconocieron ya Arendt y Talmon en sus estudios sobre los orígenes de la democracia totalitaria. Para ellos todos estos no son sino sucedáneos bien intencionados, pero más o menos impotentes, del Estado de derecho, que es anterior a tales construcciones teóricas y, según todos los indicios, les sobrevivirá por ser eminentemente práctico. En efecto, no confía en que la razón se imponga por sí sola, ni en que el bien triunfe necesariamente sobre el mal. Menos aún, el derecho sobre la injusticia. Por eso se arma y une su suerte a la lucha por el derecho. Su destino, lo mismo que su surgimiento, está en todo momento ligado a esta lucha. O mantiene a raya a los malhechores, estén donde estén, entre los gobernantes o entre los gobernados, o, según lo tenemos bien experimentado los hombres del siglo XX, se convierte en un Estado asesino, para emplear la expresión de TERNON”.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Williams Benavente, Jaime (2021a), ob. cit., tomo I, p. 66.

⁴⁰¹ Bravo Lira, Bernardino (1996), *Por la razón o la fuerza. El Estado de derecho en la Historia de Chile*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 14 y 15.

⁴⁰² Bravo Lira, Bernardino (1996), ob. cit., pp. 16 y 17.

¿Cómo se articuló el Estado de Derecho en Chile y en general en Hispanoamérica, a partir del siglo XVI? ¿Cómo se proyectó esta “lucha por el Derecho” a que alude Bravo Lira en nuestros primeros siglos como nación, como parte de la Corona de Castilla y después española? Le dejamos nuevamente la palabra: “Bajo el signo del Derecho Común, cultivado en las universidades del Viejo y del Nuevo Mundo, esta lucha cambia de forma. Se contraponen el derecho erudito, que constituye el saber profesional de los letrados, al poder del Príncipe y de sus agentes. El símbolo de la justicia no fue la espada sola, sino esa dualidad balanza-espada que persiste hasta hoy. No sin fundamento. Antes de usarse la espada de la justicia, ha de consultarse a los entendidos para saber del lado de quién está el derecho. En palabras de las *Partidas*: para hacer justicia, por una parte, es menester, ‘que la sepan hacer como conviene y los hechos la demandaren, los unos con piedad, los otros con reciedumbre’, y, por otra, ‘que tengan poder y esfuerzo para cumplirla contra los que la quieran toller y embargar’. De esta suerte, en el Estado de derecho una y otra se tornan indisociables. La balanza que simboliza al derecho y a la razón no puede prevalecer sobre la violencia y el crimen sin la espada, que simboliza al poder y a la fuerza. Lo que hasta ahora se conoce con el nombre de imperio de la judicatura y se hace efectivo mediante la fuerza pública. Este Estado de derecho formado en el Viejo Mundo es el punto de partida del Estado de Derecho a este lado del Atlántico. En el Nuevo Mundo el Derecho Común cobró inesperada significación. Sin él habría sido imposible articular políticamente, al modo estatal europeo, las tierras y pueblos conquistados por españoles y portugueses (...). Tal es literalmente el caso de la contraposición saber-poder. En los Estados indios ella se institucionaliza bajo la forma de una contraposición entre Judicatura y Gobierno, que corresponde al binomio Real Audiencia-Gobernador y Capitán General. En este juego entre jurisdicción y mando político y militar, *auctoritas iuris* y *potestas regendi*, se hace descansar el acierto en el gobierno y, en último término, el propio Estado de derecho en el Nuevo Mundo. La mencionada contraposición persistió por varios siglos. Sólo vino a desaparecer en el XIX con el constitucionalismo. Entonces, se abrió en toda Hispanoamérica una crisis del Estado de derecho, que con altibajos se prolonga hasta hoy. Manifestaciones de ella son la inestabilidad de los gobiernos y la indefensión de los gobernados”.⁴⁰³

11.3. El Estado de Derecho en la época previa a la del constitucionalismo moderno.

Aunque el término *Rechtsstaat*, traducido al castellano como “Estado de Derecho” se acuña en el siglo XIX, ya hemos dejado en claro, siguiendo a Bravo Lira, que corresponde a una realización histórica muy anterior. Como expresa este autor, “contrariamente a lo que parece sugerir la aparición tardía de su nombre, el Estado de derecho no es una invención del siglo XIX. Tampoco puede confundirse con una simple construcción teórica ni con una mera categoría ideal. Es, antes que nada, una realización histórica, como tal, concreta y tangible y, por lo mismo, múltiple y cambiante, según los pueblos y las épocas”.⁴⁰⁴

La expresión *Rechtsstaat*, fue empleada por primera vez por Carl Theodor Welcker en una obra de 1813, y difundida después por Robert von Mohl, en los años 1832 a 1834. Conforme a los postulados de estos juristas, la forma histórica de Estado de Derecho cuadra con el “Estado administrativo de derecho, del absolutismo ilustrado. Es decir, a aquel que precede y prepara al del constitucionalismo, tanto en Europa central como en América hispana. Su nota distintiva es el gobierno eficiente y realizador, conforme a los dictados de la policía⁴⁰⁵ y, a la vez, encuadrado dentro del marco de la

⁴⁰³ Bravo Lira, Bernardino (1996), ob. cit., pp. 18 y 19.

⁴⁰⁴ Bravo Lira, Bernardino (1996), ob. cit., p. 22.

⁴⁰⁵ La palabra “policía”, no está empleada aquí en su acepción de “Cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos, a las órdenes de las autoridades políticas”,

legalidad, cuya custodia se institucionaliza desde principios del siglo XIX, a través del Parlamento. Tal es, en Chile, el Estado de derecho de la república ilustrada, desde Portales hasta Montt”.⁴⁰⁶

11.4. El Estado de Derecho en el siglo XIX.

Durante el siglo XIX, la noción de “Estado de Derecho” adquiere la connotación esencial de limitar el poder público, y asegurar de esta manera la libertad de las personas. Se trata de una época en que se instauran con fuerza las ideas propias del liberalismo, tanto político como económico. En este contexto histórico, “no se concebía al Estado en una dimensión intervencionista, *sino más bien respaldando, protegiendo el ejercicio de derechos en el ámbito individual*. El Estado de Derecho estaba asociado entonces con el control de los excesos y protección a derechos individuales de los seres humanos. El Estado no debía tener injerencias indebidas en los espacios de las personas. Era una dimensión ‘negativa’. Se cumplía su rol a través de un ‘no hacer’”.⁴⁰⁷

En palabras de García Pelayo, “Se parte así del principio de la libertad como *Prius*⁴⁰⁸ al Estado, de modo que la libertad del individuo es ilimitada en principio, mientras que el derecho del Estado a intervenirla es limitado en principio. Por consiguiente ... la libertad no deriva de la constitución, sino que, por el contrario, es un supuesto de ella”.⁴⁰⁹

11.5. El “Estado legalista” del siglo XX.

En esta evolución descrita por Bravo Lira, se originará en las últimas décadas del siglo XIX el “Estado legalista”, que se proyectará por varias décadas, hasta mediados del siglo XX. Señala el autor que “Este Estado administrativo de derecho no es sino la primera fase del Estado modernizador que, en nombre de la felicidad del pueblo, se arroga la facultad de regular sus actividades. El Estado modernizador llega a su apogeo bajo el constitucionalismo y el Estado legal de derecho. Conforme a la clásica caracterización de Stahl, su nota dominante es ‘la delimitación e inquebrantable observancia de las vías y límites de la propia actuación del Estado, así como de la esfera libre de sus ciudadanos’, sin salir del plano estrictamente jurídico, es decir, sin instancia ulterior o superior. En otras palabras, la clave del mismo es la delimitación por parte del Estado de dos esferas de acción contrapuestas, la estatal y la individual. Según hace notar Boeckenforde, no estamos aquí ante un tipo de Estado (...) sino tan sólo ante una noción formal del mismo. Gobernantes y gobernados se sujetan a un derecho legislado que, como tal, proviene del propio Estado (...). No es difícil comprender cómo, debido a su formalismo, este Estado legalista de derecho se prestó en el siglo XX, lo mismo para servir de armazón a un Estado de derecho liberal que a uno totalitario. El procedimiento legal lo legitima todo. Al gobernante le basta atenerse a él, para poder hacer cualquier cosa. Como reacción contra esto se habló, después de la segunda guerra mundial, de un Estado de derecho social y material”.⁴¹⁰

El gran problema de la noción de “Estado de Derecho” durante buena parte del siglo XX, fue que terminó identificándose con la noción de “Ordenamiento Jurídico”, y quedó así el primero despojado de los elementos sustantivos y valóricos que permitían

sino en aquella conforme a la cual se trata del “Buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno”.

⁴⁰⁶ Bravo Lira, Bernardino (1996), ob. cit., pp. 22 y 23.

⁴⁰⁷ Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., p. 6.

⁴⁰⁸ En el sentido de que se trata de derechos anteriores al Estado y a la Constitución. La palabra *prius* viene del latín, y significa “primero” o “anterior”.

⁴⁰⁹ García Pelayo, Manuel, ob. cit., p. 158, citado por Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., p. 7.

⁴¹⁰ Bravo Lira, Bernardino (1996), ob. cit., pp. 23 y 24.

determinar si en tal país efectivamente se aseguraba la dignidad y la libertad de todas las personas y la igualdad entre aquellas personas que se encontraban en una misma condición. En efecto, "la noción de Estado de Derecho fue objeto de ajustes, al extremo de ser aplicado a toda clase de Estado, como bien señala García Pelayo: '... dotado al principio de un contenido de índole ontológica y axiológica, fue más tarde desustancializado por el positivismo de tal modo, que lo convirtió en fórmula huera, aplicable a toda clase de Estado'".⁴¹¹

Considerando lo expuesto, se pregunta José Bernardo Guevara: "¿Puede hablarse, reconocerse la presencia de un Estado de Derecho, independientemente de la naturaleza del Estado? ¿Toda limitación al poder puede considerarse como Estado de Derecho? García Pelayo nos refiere al respecto: '... con arreglo a la versión del positivismo, basta que el Estado reconozca alguna limitación a su poder para que sea considerado como Estado de Derecho, lo cual es bien diferente del concepto expuesto por Kant, Fichte, Humboldt, Mohl, etc., que exigían no solo limitaciones formales, sino sustantivas'. Siguiendo a García Pelayo (...), se precisaban dos aspectos fundamentales en el marco del positivismo para considerar a un Estado como de Derecho: 1.- Delimitación de competencias. 2.- La generalidad de la ley. Es decir, *había un mínimo de exigencias formales para que se reconociera la existencia de un Estado de Derecho*. Pero García Pelayo observa que *se produjo una 'definitiva desnaturalización del concepto' en virtud de la obra de Kelsen para quien 'Estado y Derecho son idénticos'*. Kelsen, según García Pelayo, asimiló al Estado con Derecho en estos términos: 'por Estado de Derecho ... no entendemos nosotros un orden estatal con un contenido específico ... sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico ... Todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en este sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo de la convivencia humana, sea cualquiera el método –autocrático o democrático– de su creación, y cualquiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico'. García Pelayo dice que de este modo 'desaparece el concepto de Estado de Derecho, ya que al ser idéntico con cualquier Estado pierde su singularidad y se puede hacer aplicable a todo tipo de organización estatal, aunque sea la negación misma del régimen liberal'".⁴¹²

Así las cosas, para esta concepción puramente formal de Estado de Derecho, éste habría existido incluso en regímenes tan crueles como el de la Unión Soviética en los años de Lenin y más aún de Stalin o el del *Khmer Rouge* en Camboya, en los ominosos años de Pol Pot.

Con todo, "Es importante destacar, que al lado del efecto indicado por García Pelayo, resalta el aporte de Kelsen 'al fijar la relación jerárquica entre Constitución y ley' pues Kelsen 'demolió el dogma del siglo XIX sobre la soberanía del Parlamento y, al someterlo a vínculos jurídicos, volvió jurisdiccionalmente controlable al Poder Legislativo...'. Sin duda este fue un avance notable, pues era imperativo lograr el control del Poder Legislativo, lo cual se logró gracias a la sujeción a la Constitución'".⁴¹³

11.6. Elementos del Estado de Derecho en las normas internacionales promovidas después de la Segunda Guerra Mundial.

Al culminar la Segunda Guerra Mundial con sus decenas de millones de muertos, y constatar además el "mundo Occidental" cómo, poco después, caía –en la precisa frase de Churchill– una "cortina de hierro" que dividía Europa y dejaba a varias naciones del continente bajo el poder dictatorial y totalitario del estalinismo,⁴¹⁴ se promovió, al menos

⁴¹¹ García Pelayo, Manuel, ob. cit., p. 157, citado por Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., p. 7.

⁴¹² García Pelayo, Manuel, ob. cit., p. 160, citado por Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., p. 8.

⁴¹³ García Pelayo, Manuel, ob. cit., pp. 160 y 161, citado por Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), ob. cit., pp. 8 y 9.

⁴¹⁴ La famosa frase la pronunció Winston Churchill en un discurso en el Westminster College, Fulton, Missouri,

en el “mundo libre”, un decidido reconocimiento de los derechos humanos, como elemento esencial de un Estado de Derecho de la postguerra.

Tal será el marco en que se aprobará la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, en el año 1948. En ella, la Organización de las Naciones Unidas confiere al Estado de Derecho un lugar de privilegio, al señalar que es “esencial que los derechos humanos 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”.

La promoción de los derechos humanos ha continuado en las últimas décadas. En tal contexto, la Organización de las Naciones Unidas se ha ocupado en los últimos años del “Estado de Derecho”. En un Informe del Secretario General de dicho organismo, de 3 de agosto de 2004, se le define en los siguientes términos: “un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad y transparencia procesal y legal”.

De la definición transcrita, podríamos destacar los siguientes elementos del Estado de Derecho:

- i.- Sometimiento a la ley de todas las personas naturales y jurídicas, incluido el Estado.
- ii.- Que la ley sea conocida por todos.
- iii.- Que la ley sea aplicada por igual y con independencia (del gobierno de turno).
- iv.- Que dichas leyes sean compatibles con las normas y con los principios internacionales de derechos humanos.
- v.- Que se garantice la primacía de la ley (frente a las decisiones del Estado).
- vi.- Que se garantice la igualdad ante la ley.
- vii.- Que se garantice la separación de poderes.
- viii.- Que se garantice a los ciudadanos la participación en la adopción de decisiones.
- ix.- Que se excluya la arbitrariedad en los actos del Estado.
- x.- Que se dote de publicidad a los procesos judiciales.
- xi.- Que se asegure la publicidad en la discusión y aprobación de la ley.

Posteriormente, por Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 24 de septiembre de 2012, se hace referencia al “estado de derecho en los planos nacional e internacional”, subrayando en ella los vínculos entre el Estado de Derecho “y los tres pilares principales de las Naciones Unidas, a saber, la paz y la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo”. En esta Resolución, se reafirma “que los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas”. Se reafirma el solemne compromiso de los Estados “de cumplir sus obligaciones de promover el respeto, la observancia y la protección universales de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos”. Se expresa la convicción de que “la independencia del sistema judicial, junto con su imparcialidad e integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el estado de derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación”. Se reconoce “la importancia de lograr que las mujeres, sobre la base de la igualdad del hombre y la

el 5 de marzo de 1946: “es mi obligación, porque estoy seguro que desean que les diga las cosas como las veo, exponerles algunos hechos sobre la posición actual de Europa. Desde Stettin, en el Báltico, a Trieste, en el Adriático, ha caído sobre el continente una cortina de hierro”. Seguidamente, se expulsa acerca del férreo control soviético sobre los Estados de Europa central y oriental, que hasta fines del siglo XX, vieron cercenadas sus libertades y hollados los derechos esenciales de sus habitantes. El 9 de noviembre de 1989 –como fecha simbólica–, con la caída de “Muro de Berlín”, se iniciará el restablecimiento de un verdadero “Estado de Derecho” en dichos Estados.

mujer, disfruten plenamente de los beneficios del estado de derecho”, así como también “la importancia del estado de derecho para la protección de los derechos del niño, incluida la protección jurídica contra la discriminación, la violencia, los abusos y la explotación, a fin de asegurar el interés superior del niño”. Se compromete la declaración “a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas”. Se reitera la “enérgica e inequívoca condena del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién las cometa y de dónde y con qué propósitos se cometan”.

Las concepciones que se desprenden de las actuales nociones acerca del Estado de Derecho, se explican en última instancia en la transición que la doctrina ha subrayado desde un “Estado liberal de Derecho” a un “Estado constitucional de Derecho”. Rosa María Álvarez, expresa al respecto: “el principio de legalidad, característica del Estado de derecho, respondió durante largos años a la forma de ejercer el poder en un Estado liberal, en donde todo lo que no está prohibido está permitido; la ley, de cara a la protección de los particulares, no establecía lo que la administración no podía hacer, por el contrario, lo que podía. Al respecto, es importante señalar las transformaciones que han operado en la teoría jurídica contemporánea, desde donde se cuestiona lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran claramente su justificación en el presente, al pasarse de un Estado liberal de derecho a un Estado constitucional de derecho. La noción básica del derecho que se construía tanto interna como externamente a partir del concepto de la soberanía del Estado, se ha transformado de manera tal, que esta noción ya no puede reconocerse como realidad política operante, a ello han contribuido los innumerables cambios sociales que la han ido transformando, a saber, el pluralismo político y social interno oponible a la idea de la soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado; la institucionalización de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales –y, por tanto, sustrayéndolos de la disponibilidad de los Estados particulares–, así como la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerse valer antes jurisdicciones internacionales. La soberanía, como señala Luigi Ferrajoli, que había quedado vacía de contenido hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, decae también en su dimensión externa en presencia de normas inmediatamente vinculantes para los Estados miembros”.⁴¹⁵

De esta manera, la construcción, conservación y permanente adecuación del Estado de Derecho en nuestros días debe responder a un doble desafío: armonizarlo con los derechos que deben reconocerse, promoverse y fortalecerse en el plano interno a todas las personas, individual y colectivamente consideradas y también hacerlo congruente, en el plano externo, con los ordenamientos jurídicos internacionales que han profundizado en el desarrollo de tales derechos y forman parte del ordenamiento jurídico de cada Estado después de los pertinentes actos de suscripción y de ratificación.

11.7. Algunos planteamientos acerca del Estado de Derecho en la doctrina nacional.

La doctrina nacional, tanto civilista como publicista, también ha formulado algunas ideas generales acerca del “Estado de Derecho”.

Tres son sus características esenciales, para Arturo Alessandri Rodríguez:

⁴¹⁵ Álvarez González, Rosa (2014), “Las Fuentes de conocimiento de lo jurídico”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 40 y 41.

- a) Separación de poderes;
- b) Respeto de las normas jurídicas por gobernantes y gobernados;
- c) Estabilidad y certidumbre de las normas jurídicas: certeza acerca de lo que se puede o no se puede hacer (seguridad jurídica).

Antonio Vodanovic plantea por su parte: "¿Cuándo un Estado es de Derecho? Se dice, en general, que cuando reúne ciertos requisitos formales y otros sustanciales. Entre los primeros, se citan:

- a) la existencia de una Constitución Política;
- b) la consagración y el respeto de los derechos fundamentales del hombre;
- c) el respeto de las minorías políticas;
- d) la separación de los poderes del Estado, y
- e) la sujeción de la actividad de éste a las normas jurídicas preestablecidas.

Como requisitos sustanciales se mencionan el imperio de la ley o juridicidad, la existencia de la democracia y el pluralismo político. Es de la esencia del Estado de Derecho que se organice y ejerza el poder político ceñido a normas jurídicas fijadas con anterioridad, garantizando en todo caso los derechos y libertades de los individuos y sus grupos, sin más limitaciones que las exigidas por el bien común".⁴¹⁶

Agrega luego Vodanovic, conforme a las ideas que se planteaban a mediados del siglo XX, propias del "Estado legalista": "Como el Estado es el que genera o reconoce los derechos, quiere decir, según la concepción enunciada, que él mismo se auto obliga o auto restringe en sus poderes y en su función de crear y sancionar el derecho. El Estado es 'omnipotente' dentro de los lindes que le demarca la juridicidad. Puede hacer todo aquello que la ley lo autoriza y nada de lo que ésta no le permite, principio de Derecho público en contraste con el del Derecho privado que permite a los sujetos hacer todo aquello que la ley no prohíbe. En el Estado de derecho el ordenamiento jurídico otorga garantías y remedios jurisdiccionales contra la acción ilegítima o abusiva de cualquiera de los poderes públicos, sea el ejecutivo, el legislativo o el judicial. (...) En resumen, puede hablarse de un Estado de Derecho cuando la organización y el ejercicio del poder político están sometidos a normas jurídicas preestablecidas que protegen y garantizan los derechos y libertades de los individuos y sus grupos, sin más excepciones que las que impone el bien común. Las normas obligan a todos, gobernantes y gobernados. Los tribunales de justicia, con independencia de los otros poderes del Estado, son los llamados a evitar y corregir las desviaciones y abusos de todos. No se admiten desigualdades ni prerrogativas contrarias al sentido democrático. Nadie escapa a su correspondiente responsabilidad y a la fiscalización o control de los órganos soberanos. La representatividad del pueblo todo ha de mirarse como la base esencial del Estado y, por último, las normas jurídicas deben mantenerse en vigor para dar seguridad pública, y sólo han de modificarse o abolirse por los imperativos del progreso y el bien común".⁴¹⁷

Para Pablo Rodríguez Grez, el Estado de Derecho consiste en la plena vigencia de un sistema integral de normas impersonales que previenen todas las conductas sociales posibles, ya sea prohibiéndolas, permitiéndolas u ordenándolas, y que son aplicadas por un poder jurisdiccional independiente. Para el mismo autor, los componentes del Estado de Derecho son:

- a) El ordenamiento positivo;
- b) Poder jurisdiccional independiente;
- c) Derechos fundamentales de la persona humana.

Refiere Rodríguez Grez que "El Estado de Derecho representa una de las concepciones jurídicas más importantes del último siglo. Su pleno imperio implica una limitación de las potestades públicas y el sometimiento de las autoridades y de los imperados al mandato de la ley (norma). No cabe duda, a esta altura del desarrollo de

⁴¹⁶ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 57, p. 32,

⁴¹⁷ Vodanovic H., Antonio (1990), ob. cit., Nº 57, p. 33.

la ciencia política, que el Estado de Derecho constituye una exigencia ineludible del régimen democrático y de la plena vigencia y respeto a los derechos fundamentales. Por lo tanto, en la medida que se erosione su estructura y funcionamiento, se debilita y degrada también la democracia”.⁴¹⁸

Hace presente el profesor Rodríguez Grez –escribe en 2015 pero en la actualidad (2026) sus observaciones están plenamente vigentes y quizá agravadas- que “Preocupa la circunstancia de que una serie de síntomas acuse un progresivo deterioro de los pilares en que este se sustenta, ante la indiferencia de la mayoría y el estupor de las minorías más conscientes. Visualizo, al menos, cinco factores que inciden en lo señalado”. Tales factores, agrega el profesor Rodríguez Grez, son los siguientes:

i.- “Inestabilidad: Las leyes en Chile se caracterizan por su inestabilidad. Todas las instituciones parecen estar en entredicho y expuestas a modificaciones sustanciales. Cuestiones trascendentales, como el matrimonio y la constitución de la familia, son periódicamente objeto de proyectos que las contradicen, abandonando una larga tradición. Basta la ocurrencia de un incidente de contornos sensacionalistas (un accidente, por ejemplo), o la comisión de un delito de connotación social, para que se introduzcan modificaciones en cuerpos legales largamente asentados en la conciencia social. Y qué decir de la regulación laboral, la seguridad social, el funcionamiento del mercado, el control sanitario, etcétera”.

ii.- “Complejidad: Todo el orden jurídico se basa en la realización espontánea del derecho, vale decir, en el cumplimiento voluntario de la ley. Para estimular este fenómeno es necesario que las normas jurídicas se conozcan y se comprendan. Ocurre, sin embargo, que las leyes son cada día más complejas, expresadas en un lenguaje técnico inaccesible para el hombre medio, y muchas de ellas literal y lógicamente inextricables. Lo anterior queda en evidencia, especialmente, en materia financiera y tributaria, reservada para especialistas y técnicos. En lugar de ir simplificando el mandato normativo, de modo que todos podamos entenderlo y acatarlo, sucede lo contrario: este se hace cada vez más abstruso”.

iii.- “Interpretación arbitraria: Es francamente deplorable el hecho de que los tribunales, como tantas veces se ha destacado, interpreten la ley según las preferencias valóricas de los jueces, torciendo su sentido y espíritu, para hacer prevalecer sus concepciones políticas y filosóficas. La ley, en este contexto, sólo sirve como un instrumento maleable para conferir un barniz jurídico a aquello que se quiere resolver al margen del mandato legislativo. Lo que señalamos no está asociado a un juicio o a una sentencia aislada, corresponde a un quehacer constante que comienza a ser habitual en nuestro medio. No tiene explicación a los ojos del ciudadano común, que una misma materia sea resuelta por un tribunal en un sentido, y luego, con los mismos antecedentes, en sentido inverso. Por cierto, esta anomalía pone en peligro la independencia judicial al descubrirse un sesgo político en el sentenciador”.

iv.- “Sustitución de los reglamentos de ejecución: La norma jurídica contiene un mandato general y abstracto, correspondiendo a los tribunales, a las autoridades administrativas y a los particulares su aplicación a situaciones específicas y concretas. No obstante lo anterior, los legisladores, sea por desconfianza en los magistrados o por una tendencia natural a extender su poder, usurpan permanentemente tanto la potestad reglamentaria como jurisdiccional, desvirtuando un rasgo esencial del sistema. La Ley sobre protección de los derechos del consumidor (19.496) es uno de los ejemplos más elocuentes de dichos excesos”.

v.- “Dispersión de los órganos judiciales: Quienquiera analice nuestro ordenamiento normativo comprobará que desde hace años opera lo que bien podría denominarse ‘desmembramiento de la jurisdicción’. Este fenómeno opera en un doble sentido. Por

⁴¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo (2015), “Estado de Derecho”, en “*El Mercurio*”, Santiago de Chile, edición del 8 de enero de 2015.

una parte, la administración ejerce, cada día, mayores facultades propiamente judiciales (*ius puniendi*) y, por la otra, se crean tribunales especiales sobre las más diversas materias. De este modo, se arrebató a la judicatura sus prerrogativas esenciales y se genera un panorama institucional caótico”.

Concluye que “Estas cinco distorsiones amenazan con erosionar el Estado de Derecho ante la mirada pasiva de quienes están llamados a corregirlas”.⁴¹⁹

Un año después, el profesor Rodríguez volvió a expresar su preocupación ante la constatación de que los chilenos no valorizaban suficientemente la importancia del Estado de Derecho: “Se ha discutido entre analistas y estudiosos si el Estado de Derecho es un ingrediente necesario de un régimen democrático. En otras palabras, si puede existir un gobierno elegido por el pueblo (la mayoría), sin estar fundado en el respeto a la ley como requisito fundamental de la vida en sociedad. El Estado de Derecho supone la existencia de un sistema de normas (leyes, reglamentos, tratados internacionales, etcétera), que regula o determina la licitud y legitimidad de todos nuestros actos. Aquel que vive en el marco de la legalidad sabe, a ciencia cierta, qué puede y qué no puede hacer, cuál es el castigo en el evento de una contravención, y quién es el encargado de aplicar las sanciones previstas en la ley. Pero las exigencias son todavía mayores. El ordenamiento jurídico debe ser elaborado por el titular de la respectiva potestad (poderes colegisladores) y respetar valores esenciales, como la vida, la igualdad ante la ley, la libertad y la dignidad de las personas. En pocas palabras, es este el único medio capaz de brindarnos plena certeza de que no seremos objeto de represalias, abusos o discriminaciones. En suma, no puede existir la democracia si no en el ámbito del Estado de Derecho. Tengo la impresión de que los chilenos –ciudadanos y autoridades– no valorizamos suficientemente la importancia del Estado de Derecho, ni nos encontramos empeñados en perfeccionarlo y fortalecerlo, razón por la cual estamos muy lejos de que él impere como es debido. No exagero si digo que la mayor parte de nuestros problemas son consecuencia de que eludimos o burlamos el mandato de las leyes, con los más pueriles pretextos y siempre sobreponiendo el interés personal por sobre el interés común. Esto explica un decaimiento generalizado, una desconfianza obsesiva y una insatisfacción profunda con las instituciones fundamentales. El daño social que provoca un Estado de Derecho imperfecto es enorme, porque se pierde toda esperanza de mejorar la convivencia, de hacer que impere la paz y, por sobre todo, que reine la seguridad. Si miramos en derredor, el panorama es patético. En efecto, constataremos que los dirigentes políticos, llamados a conducir los destinos de la nación, sin distinción de las banderías, aparecen atados a sus intereses económicos y electorales. La delincuencia se ensaña con la población, contrarrestando toda capacidad de reacción policial. Los tribunales, lejos de amedrentar a subversivos y antisociales, parecen dar alas a sus móviles. La salud pública funciona en condiciones paupérrimas, y la privada vive en constante pugna con la autoridad. La legislación laboral, llave maestra para estimular la inversión y el crecimiento, se debate entre consignas e imposiciones ideológicas, enervando toda iniciativa económica de envergadura. Como si lo anterior fuera poco, ni siquiera sabemos de qué modo se abordará, en definitiva, la sustitución de la actual Constitución, que no tiene otro reparo que haber sido obra del gobierno militar. El cuadro que describo es terreno fértil para cultivar el odio y el revanchismo, obsesión que parece haber contagiado a una parte de la ciudadanía”.⁴²⁰

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, Pablo Marshall Barberán, expresa por su parte que el origen del concepto de Estado de Derecho es propio del

⁴¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo (2015), ob. cit.

⁴²⁰ Rodríguez Grez, Pablo (2016), “Democracia y Estado de Derecho”, en “*El Mercurio*”, Santiago de Chile, edición del 31 de marzo de 2016. El profesor Rodríguez escribió estas reflexiones cinco años antes de que nos encontráramos abocados a elegir a los miembros de la “Convención Constituyente” (mayo de 2021) y después de una grave crisis social y política iniciada en octubre de 2019 y que golpeó fuertemente al “Estado de Derecho”.

Derecho constitucional alemán, y debe su denominación a Robert von Mohl. Señala Marshall que el Estado de Derecho busca “limitar y restringir el poder del Estado en favor de la libertad de los individuos”. Plantea que frente a la noción de Estado de Derecho, pueden formularse tres aproximaciones conceptuales: i) Entender al Estado de Derecho como un Estado donde se respeta sin condiciones el Derecho vigente, tanto el Derecho objetivo como los derechos subjetivos. Es un Estado en el que el soberano no puede suspender el Derecho a su voluntad. Estado de Derecho, por tanto, es condición de la seguridad jurídica; ii) Una segunda aproximación, permite entender al Estado de Derecho como contraposición al estado de fuerza o de la fuerza política. El Derecho debe primar sobre la política. En este sentido, el Estado de Derecho cesa de prevalecer ante situaciones políticas excepcionales, como una revolución o un golpe de estado; iii) En tercer lugar, si bien el Estado de Derecho comparte supuestos institucionales con otros principios, obedece a una lógica propia y busca la satisfacción de objetivos distintos. Así ocurre, por ejemplo, al comparar la democracia y el Estado de Derecho: “La ley y los derechos fundamentales de participación son asumidos como instituciones que reciben justificación tanto de la democracia como del Estado de Derecho, sin embargo, la reciben por razones diversas. Para la primera son canal y soporte de la expresión de la voluntad popular, para la segunda son formas de limitación de la arbitrariedad del Estado mediante un procedimiento público de formación del Derecho y de la garantía de la autonomía individual en uno y otro caso”.⁴²¹

Como expresa Marshall, el fundamento del Estado de Derecho se encuentra en la doctrina del Derecho natural racional: “El Estado de Derecho es, en esos términos, la organización y la actuación del Estado conforme al Derecho natural. La explicación del término, no debe entenderse, en su origen, como la sujeción del Estado al Derecho estatal, sino al Derecho suprapositivo, permanente y universal que emana de la razón. Así, su fundamento se encuentra en la naturaleza del individuo: en la libertad y la igualdad de las personas que se reúnen en una comunidad y que se desarrollan en la autonomía moral, la autonomía jurídica y la posibilidad de lograr el bienestar económico a través de la adquisición de la propiedad y el ejercicio libre de la empresa”.⁴²²

Destaca Marshall que después de la Segunda Guerra Mundial y más tarde con la caída de los regímenes socialistas de Europa oriental, “el argumento del Derecho natural ha revivido en la forma de un derecho de rango superior, frente al cual el Derecho estatal tiene que ceder”. Cita a Ernesto Benda, para quien el concepto de Estado de Derecho involucra: i) Seguridad jurídica y justicia; ii) La Constitución como norma suprema; iii) Vinculación de los poderes públicos a la ley y al Derecho; iv) Vinculación de los poderes públicos por la primacía y reserva de ley; v) División de poderes; vi) Protección de los derechos fundamentales; vii) Tutela judicial; y viii) Protección de la confianza jurídica.⁴²³

Plantea Marshall que, de la idea del Estado de Derecho como principio constitucional liberal, pueden deducirse a su vez dos principios, conforme a los postulados de Carl Schmitt: el principio de distribución y el principio de organización. El principio de distribución, se puede definir de la siguiente manera: “La esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es limitada en principio”. Por su parte, el principio de organización sirve para poner en práctica el principio de distribución, y se expresa de la siguiente forma: “el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas”. Identifica Marshall también los preceptos constitucionales que integran el Estado de Derecho en Chile: i) Art. 5, inc. 2º; ii) Art. 6; iii) Art. 7; y iv) Art. 19. De ellos, los arts. 5, inc. 2º y 19, corresponden al principio de distribución, mientras que los arts.

⁴²¹ Marshall Barberán, Pablo (2010), “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 17, Nº 2, 2010, p. 185.

⁴²² Marshall Barberán, Pablo (2010), ob. cit., pp. 187 y 188.

⁴²³ Marshall Barberán, Pablo (2010), ob. cit., p. 199.

6 y 7 se vinculan con el principio de organización. De estos dos últimos arts., se desprenden los siguientes principios constitucionales que contribuyen a darle forma al Estado de Derecho en la Constitución Política: supremacía constitucional (art. 6 inc. 1º), legalidad en sentido amplio (art. 6 inc. 1º y 7 inc. 1º), garantía del orden institucional (art. 6 inc. 1º), fuerza normativa de la Constitución (art. 6 inc. 2º), responsabilidad (art. 6 inc. 3º y 7 inc. 3º), distribución de competencias (art. 7 incs. 1º y 2º), y legalidad en sentido estricto (art. 7 inc. 1º).⁴²⁴

Gonzalo Candia y Francisco Javier Urbina, por su parte, señalan que “hay al menos dos ideas fundamentales que típicamente son asociadas a la idea de Estado de Derecho. La primera es la limitación de la discrecionalidad del poder, y en particular de la autoridad administrativa o de gobierno, mediante el derecho. La segunda se relaciona con la idea de un sistema jurídico ‘en forma’, capaz de ordenar eficazmente ciertas acciones humanas en base a reglas”. Agregan que “Si bien estas ideas han sido expresadas por diversos autores (...) nos centraremos en la exposición que han hecho de ellas quienes le han dado a cada una su formulación más canónica e influyente: Albert Venn Dicey, a la primera, y Lon Fuller, a la segunda (...). Dicey centra su tratamiento del Estado de Derecho en la idea de la sujeción de la autoridad a normas jurídicas, mientras que Fuller elabora la idea de un derecho que satisfaga ciertas exigencias que le permitan ordenar la conducta humana (...). La primera de las ideas de Estado de Derecho mencionadas, la sujeción de la autoridad al derecho, tiene su expresión paradigmática y tal vez más difundida en la obra de A. V. Dicey, el constitucionalista más célebre de la Inglaterra victoriana y eduardiana. Para Dicey, una de las características básicas de la constitución inglesa era, junto con la soberanía del parlamento y las ‘convenciones de la Constitución’, el ‘imperio del derecho’ (*rule of law*). La idea central en la noción de imperio del derecho en Dicey es la limitación de la discrecionalidad de las autoridades por el derecho. Para Dicey el caso paradigmático de lo anterior está representado por la imposición de sanciones. En efecto, ellas sólo se pueden establecer cuando existe ‘una infracción precisa a la ley’. En esto se manifiesta lo que Timothy Endicott ha llamado ‘el mejor aspecto de una preocupación por el Estado de Derecho: la determinación de no someter a las partes y a la comunidad a la voluntad arbitraria de un funcionario’. Las personas no están sujetas a la mera voluntad de otra persona que está en [posesión de la] autoridad, sino fundamentalmente al derecho, el cual es aplicado por la autoridad, a la cual sirve de fundamento y límite. Por lo mismo, Dicey enfatiza que otro aspecto central del Estado de Derecho es que el derecho vincula igualmente a autoridades y a gobernados, y es administrado por tribunales ordinarios de justicia. Este último punto es fundamental en la noción de imperio del derecho de Dicey, y, a su entender, representa uno de los elementos que distinguían favorablemente el orden constitucional inglés de aquel propio de las ‘naciones continentales’. En Inglaterra no sólo están las autoridades sujetas al derecho, sino que además todos, autoridades y gobernados, se encuentran sujetos a un mismo derecho –lo que Dicey llama ‘igualdad legal’-. Este derecho es aplicado por los tribunales ordinarios a autoridades y gobernados por igual y, crucialmente, dichos tribunales son independientes de la administración. En este régimen descrito por Dicey, cualquier persona puede reclamar de los actos de la autoridad frente a tribunales y la autoridad deberá demostrar la conformidad de su actuar con el derecho vigente, sin contar con un estatuto privilegiado. Un aspecto interesante en la noción de imperio del derecho en Dicey es que para él es de enorme importancia que los principios del imperio del derecho están encarnados en el derecho concreto inglés, elaborado a partir de ‘fallos judiciales que determinan los derechos de las personas privadas en casos particulares conocidos por las cortes. Este derecho, con que los jueces contrastarán la acción de la autoridad, no consiste en ‘las declaraciones o definiciones de derechos tan queridas por los constitucionalistas extranjeros’, sino en

⁴²⁴ Marshall Barberán, Pablo (2010), ob. cit., pp. 196-203.

una serie de categorías jurídicas relativamente concretas, que son generalizaciones de lo resuelto por los tribunales en casos anteriores. Al ser un derecho elaborado a partir de casos, este no está expresado en términos de declaraciones de derechos relativamente abstractos, sino en términos de 'remedies' –acciones judiciales que dan títulos precisos para reclamar algo concreto en un tribunal-. Por cierto, como admite Dicey, el derecho elaborado a partir de casos judiciales no es el único que puede ser preciso y aplicable, y así garantizar los derechos de las personas. Si bien la doctrina de Dicey acerca del *rule of law* no lo trata explícitamente, ella supone ciertos estándares que debe cumplir el derecho, pues la sujeción de la autoridad al derecho resulta ilusoria si el derecho que sujeta a la autoridad no tiene ciertas características. Además de otorgar acciones ante tribunales y de establecer exigencias sustantivas a la autoridad, las exigencias del derecho deben tener cierta precisión y concreción para su recta operación en el sistema jurídico. La contrapartida de esto es que la sujeción de la autoridad (y de los ciudadanos) al derecho se hace más precaria cuando este es excesivamente abstracto, vago, u oscuro. De ser así, no podrá guiar a la autoridad, ni la sujetará a un estándar deseable común y conocido. Ni la autoridad ni el ciudadano sabrán qué es lo que exige el derecho, y se reemplazará una discrecionalidad o arbitrio (el de la autoridad) por otro (el del juez)".⁴²⁵

Se refieren seguidamente los autores a la segunda idea de Estado de Derecho, cuyo "expositor más destacado es el jurista norteamericano Lon Fuller. Para Fuller el derecho es 'la tarea de someter la conducta humana al gobierno de las reglas'. Por cierto, no se trata de manejar o manipular las acciones de los ciudadanos. El mismo Fuller explica que hay una 'diferencia básica entre la dirección gerencial y el derecho: el derecho no es un asunto, como el *management* de dirigir a otras personas respecto de cómo realizar tareas designadas por un superior, sino básicamente concierne el proveer a la ciudadanía de una estructura sólida y estable para sus interacciones con otros; el rol del Estado [*government*] sería el de ser el guardián de la integridad de ese sistema'. Para que el derecho sea exitoso en su tarea, es necesario que el ordenamiento jurídico reúna una serie de características fundamentales. Estas son los llamados *desiderata* ('deseables' en latín) del Estado de Derecho. Ellos son: generalidad, claridad, publicidad, prospectividad,⁴²⁶ estabilidad, coherencia, posibilidad de ser obedecido, y congruencia entre el derecho y su aplicación por las autoridades pertinentes. Que el ordenamiento jurídico cumpla estos *desiderata* es importante pues sólo así podrá imponer exigencias razonables a sus destinatarios, y de esta forma guiar racionalmente el actuar de los mismos. Si el derecho no cumple con estos *desiderata*, entonces es un derecho que es deficiente en relación a su capacidad para orientar la acción a través de reglas. Por ejemplo, si las reglas no son relativamente claras, entonces sus destinatarios no pueden saber exactamente qué es lo que exige el derecho de ellos. Asimismo, si no son coherentes y existen abundantes reglas contradictorias y no existe una solución institucional a la contradicción, entonces los destinatarios no pueden saber cuál regla deben seguir. En ambos casos, no podrán orientar efectivamente su acción en base a las reglas en cuestión. Por cierto, estas no son exigencias absolutas y el derecho puede operar bien con algún nivel de, por ejemplo, contradicción interna o incertidumbre respecto de la exigencia de una regla algo ambigua. Pero los grados son importantes, y es deseable alcanzar el ideal lo más posible. Un derecho que no cumpla en absoluto con estos *desiderata* simplemente no será un derecho de reglas: será un derecho estructurado en base a la discreción. Sostiene Fuller que '[u]n fracaso total en cualquiera de estos ocho sentidos [los relativos a los ocho *desiderata*] resulta no sólo en un mal

⁴²⁵ Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier (2017), "Estado de Derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24, Nº 1 (2017), pp. 109-112.

⁴²⁶ Es decir, que el propio ordenamiento jurídico pueda anticiparse a las mutaciones que podría experimentar en el futuro.

sistema jurídico; resulta en algo que no puede ser llamado sistema jurídico en absoluto”⁴²⁷.

11.8. Tensión entre el Estado de Derecho y la actividad judicial.

La doctrina contemporánea ha llamado la atención acerca de las tensiones que pueden originarse entre el Estado de Derecho y el control jurisdiccional, es decir, entre las normas y los jueces que deben interpretarlas y aplicarlas, en especial cuando los últimos fundan su decisión en normas o principios contemplados –a juicio del sentenciador– en la Constitución, a veces de manera muy general, y que le permiten construir una solución que contraría el ordenamiento legal. El resultado más extremo y negativo de esta tensión, es lo que se ha llamado “activismo judicial”, censurable porque la actividad de un individuo o de algunos individuos –el juez o los jueces que integran la Sala de una Corte–, podría apartarse ostensiblemente del sentido de la norma legal y resolver “de espaldas” a ésta. En lo sustantivo, las críticas apuntan a que se trataría de un acto contrario al sistema democrático, si se recuerda que la norma cuyo sentido se desconoce o desvirtúa ha emanado de los representantes del pueblo, es decir del Congreso. Paradojalmente, esto podría constituir un retorno a la época previa a la codificación de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.

Señalan al respecto Candia y Urbina: “el papel que representan los tribunales en este punto es más problemático de lo que sugiere la caracterización de Dicey. El papel clásico que se atribuye a los tribunales al hablar de Estado de Derecho es el de revisar los actos de la autoridad: que se pueda reclamar a un tribunal imparcial e independiente cuando una autoridad se aparta del derecho. Esto es lo que exige la primera idea asociada a la noción de Estado de Derecho y es central en la teoría de Dicey. Pero si tenemos en mente el tipo de consideraciones que incorpora la segunda idea, entonces el rol de los tribunales se hace más problemático. El objetivo aquí es preservar un orden jurídico ‘en buena forma’, es decir, un orden que satisfaga los *desiderata*. Lo que interesa destacar es que la intervención judicial puede ser beneficiosa o perjudicial para alcanzar el objetivo asociado a la segunda idea de Estado de Derecho. Al hacerlo, también promueve o perjudica la primera idea asociada al Estado de Derecho. Una sentencia judicial realiza dos cosas conceptualmente distinguibles, aunque comúnmente implicadas una en la otra en la realidad. Por un lado aplica el derecho, y por otro, desarrolla el derecho. En el caso ideal, ambas realizan las exigencias del Estado de Derecho mencionadas arriba. En efecto, al aplicar el derecho, el tribunal sujeta efectivamente a la autoridad al ordenamiento jurídico; el tribunal reconoce y reafirma tanto el derecho como el hecho de que este vincule a la autoridad; este no es letra muerta, sino un límite real a la autoridad. Mediante la sentencia el tribunal también típicamente desarrolla el derecho. Esto no ocurre solamente en los sistemas jurídicos del *common law*, en los que las decisiones de los tribunales vinculan a otros tribunales respecto de casos posteriores, generando así un derecho de las decisiones judiciales. En todos los sistemas jurídicos, también en el nuestro, hay alguna necesidad de determinar lo que en el derecho está relativamente indeterminado y en todos los sistemas parte de esa resolución debe ser llevada adelante por los tribunales, pues es a ellos a quienes les toca resolver ciertos asuntos en que esa indeterminación se hace patente. Al resolverlo, no necesariamente generan un precedente fuerte en el sentido del *common law*, pero sí determinan la forma en que se aplicará el derecho en ese caso, lo que típicamente modifica la forma de actuar de los vinculados por las reglas determinadas judicialmente, tanto en el caso concreto (pues están vinculados por la sentencia) como en otros similares que tengan posibilidades de ser llevados a ese tribunal o a otro que sea posible o probable que aplique un criterio similar (pues no desean exponerse a una sentencia

⁴²⁷ Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier (2017), ob. cit., pp. 112 y 113.

desfavorable futura y, en el mejor de los casos, desean conformar su actuar con el derecho en la forma en que este es dicho por sus intérpretes más autorizados). Dado que el derecho no puede determinar todo para todos los casos, existen aspectos que deben ser determinados en casos más concretos, sea por la administración o sea por el Poder Judicial”.⁴²⁸

Ahora bien, normalmente, la sentencia enriquecerá la norma, al dotarla de un significado concreto que, sin apartarse del sentido genuino de aquella, permite adaptarla al caso particular y concreto y resolverlo de manera adecuada. Pero en otros casos, más bien excepcionales, el resultado del razonamiento del juez podría ser cuestionable, si en aras de “hacer justicia”, se desliga del sentido de la ley y formula una solución del todo apartada de la norma. En estos casos, la sentencia atenta contra el Estado de Derecho y genera incertidumbre para aquellos a quienes se les podría aplicar la norma preterida por el fallo. Como señalan Candia y Urbina, “la determinación del derecho se realiza progresivamente por distintos órganos y de esta forma el derecho va ganando especificidad y mutando para adaptarse a nuevas circunstancias. El tribunal típicamente debe determinar cosas que aparecen vagas en las normas que aplica, o que simplemente no están resueltas por dichas normas, o que están determinadas pero por distintas categorías jurídicas las cuales pueden ser armonizadas de distintas maneras. La labor del tribunal es ‘decir el derecho’, para lo cual aplica el derecho vigente y aclara cuál es la forma en que éste debe ser entendido, lo que implica resolver las fuentes de incerteza recién mencionadas: aclarar las prescripciones obscuras para el tipo de caso que se resuelve, resolver lo que no está resuelto, y determinar la armonización correcta de distintas categorías que pueden aplicar al caso. Todo esto debe ser fundamentado debidamente por el tribunal aclarando las razones de su determinación. En realidad, estas determinaciones del derecho que realiza el tribunal se cristalizan principalmente en la fundamentación de la sentencia: es ahí donde se formula la *ratio*, el principio con el que se resuelve el caso, el cual puede ser aplicado como tal en otros casos similares. Es ese principio el que puede implicar una determinación del derecho que va más allá de la situación concreta que está reglando el tribunal, y que por su generalidad se presta para otorgar una pauta de acción para situaciones similares. En el caso ideal, el tribunal, al decidir un caso, deja al derecho mejor que como lo recibió, contribuyendo así a realizar el ideal del Estado de Derecho. Ese mejoramiento se produce en la medida que la sentencia: (a) sujetó a la autoridad efectivamente al derecho, lo que junto con dar vigor al derecho –validando así la expectativa de que este será cumplido– realiza en principio la primera idea constitutiva del Estado de Derecho; (b) permitió hacer más comprensibles las exigencias del derecho que vinculaba a la autoridad, lo que realiza la segunda idea del Estado de Derecho; al hacer esto último, (c) se vuelven más claros los límites de lo que está dentro y lo que está fuera del derecho y, de este modo, la primera idea de Estado de Derecho también queda realizada, no sólo en principio, sino plenamente, pues siguen existiendo reglas capaces de guiar la conducta que efectivamente sujetan a la autoridad, ahora con mayor precisión y claridad que antes del fallo. Pero también es posible que la intervención judicial sea disruptiva del ideal del Estado de Derecho y esto por medio de perjudicar directamente los valores vinculados a la segunda idea de Estado de Derecho. Al decir el derecho, un tribunal podría hacer más oscuras las exigencias del derecho, esto es, puede hacer más inciertos los límites que separan lo que es de lo que no es conforme a derecho. Son muchas las formas en que esto puede ocurrir. Por de pronto, al desarrollar el derecho, el tribunal puede incorporar elementos que incrementan la discrecionalidad propia o ajena, o que establecen exigencias inciertas. Al interpretar el derecho vigente los tribunales pueden dar versiones ambiguas o excesivamente vagas de las exigencias del derecho, o versiones excesivamente cambiantes a lo largo del tiempo. Asimismo, al armonizar

⁴²⁸ Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier (2017), ob. cit., pp. 115 y 116.

distintas categorías, los tribunales pueden hacerlo de forma tal de subordinar la aplicación de las categorías precisas a las vagas, de forma tal de que la certeza dada por las primeras quede supeditada a la incerteza de las segundas. Así, los tribunales pueden arrojar dudas sobre toda la institucionalidad que establece exigencias determinadas al reprochar actos realizados conforme a la misma sin establecer criterios que permitan entender cuándo esa institucionalidad será corregida por tribunales y cuando no. Finalmente, las sentencias pueden ser escasamente fundadas en circunstancias en que los resultados de las mismas no son obvios y, por lo mismo, pueden aumentar la obscuridad acerca de las exigencias jurídicas que finalmente aplicarán a un caso”.⁴²⁹

En relación con esta tensión entre lo que expresan las normas y la decisión judicial, valga como ejemplo dos casos:

i.- Una sentencia dictada el 8 de junio de 2020 por el 2º Juzgado de Familia de Santiago, como consecuencia de un procedimiento de reproducción asistida, se estableció que dos mujeres son madres de un mismo hijo.

Es cierto que esta situación se admite en nuestros días, al incorporarse el art. 34 al Código Civil por la Ley Nº 21.400, publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2021, con vigencia a partir del 11 de marzo de 2022, pero no es menos cierto que tal situación no se contemplaba en nuestra legislación a la fecha en que se pronunció la mencionada sentencia.

El art. 34 tiene ahora el siguiente tenor: “Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres. / Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario”.

En una carta publicada en el diario “La Tercera”, titulada “Estado de Derecho: ¿otra crisis que se suma?”, firmada por numerosos abogados, se sostenía que “El fallo ha vulnerado el sistema filiativo chileno, que sólo reconoce a un padre y a una madre (...). Como es obvio, existe una cuestión ético-política –y antropológica– que está implicada en este caso. Sin embargo, nos parece que éste forma parte de una constelación mucho más amplia de eventos en que la institucionalidad vigente ha sido atropellada. La lista de eventos que se cuentan en un sentido semejante es larga y recorre muchos ámbitos de nuestra institucionalidad. Las recientes declaraciones de la presidenta del Senado,⁴³⁰ los proyectos de ley abiertamente inconstitucionales que se han presentado desde octubre del año pasado, las distintas muestras de atentados contra la autoridad regularmente investida, entre muchas otras, parecen ser muestras de un mismo fenómeno: la crisis del estado de derecho. Es realmente sintomático del estado actual de nuestra comunidad política el modo en que vemos que se desprecian las reglas del juego, pues el fin parece justificar cualquier medio. El respeto por la institucionalidad vigente, el ejercicio necesario de la autoridad y el deber de obediencia a ésta, el respeto a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, no son exigencias vacías y absurdas, sino una necesidad racional para la unidad política y para que el derecho pueda cumplir su fin, que es la protección de la persona humana. Las formas son la expresión de una convicción de fondo: entre todos debemos construir la unidad, con consciencia de que eso pasa por el respeto a la autoridad y al Derecho, por el bien común”.⁴³¹

⁴²⁹ Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier (2017), ob. cit., pp. 117 y 118.

⁴³⁰ Según informó el diario “La Tercera” en su edición del 3 de junio de 2020, la entonces Presidente del Senado, Sra. Adriana Muñoz, expresó respecto de un proyecto postnatal de emergencia: “Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar sobre una demanda urgente de las madres”.

⁴³¹ Martínez, José Ignacio y otros (2020), “Estado de Derecho: ¿otra crisis que se suma?”, carta publicada en el diario *La Tercera*, edición del 19 de junio de 2020.

Comentando el fallo citado desde una perspectiva favorable y también otro en el que la Corte Suprema resolvió que el síndrome de Down no puede ser considerado como una patología y ordenó a una Isapre cubrir los gastos de salud de un niño de cuatro años, Leticia Morales y Yanira Zúñiga, en un artículo titulado "Tribunales y el Estado de Derecho, afirmaban lo siguiente: ¿Quién fija las reglas del juego?", expresan por su parte: "En términos jurídicos ambos casos no difieren demasiado. Ambos podrían ser reprochados mediante la objeción de la 'judicialización' de materias sociales. Esta [crítica a los fallos] asume que ciertos temas (como la regulación de la familia y del derecho a la salud) corresponderían, por su propia naturaleza, a los poderes políticos y que los tribunales de justicia carecerían de competencia por su falta de legitimidad democrática para adoptar decisiones con contenido regulativo. En otras palabras, sería el Congreso quien tendría competencia, privativa y excluyente, para adoptar reglas generales, y a los tribunales sólo les cabría aplicar estas reglas para solucionar conflictos concretos, no pudiendo crear nuevas reglas cuando no hay una que solucione claramente el conflicto. Sin embargo, esta posición, propuesta en 1748 por Montesquieu mediante la fórmula '*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*' ('los jueces de la nación son sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley'), retrata sólo parcialmente el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, altamente constitucionalizados (...). La noción de Estado de derecho, desde el punto de vista constitucional, tiene sus orígenes conceptuales en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, de 1789, adoptada por 'los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional', como consecuencia de la Revolución Francesa. Este artículo señala: 'La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución'. El teórico español, Elías Díaz (1966), destaca que en la noción de Estado de Derecho coexisten, como requisitos esenciales, la separación de poderes, la protección y realización de los derechos y libertades fundamentales, la independencia judicial, el imperio de la ley y la legalidad de la Administración. El mismo autor advierte que el aprovechamiento interesado del prestigio de la fórmula del 'imperio de la ley', en favor de la conservación inamovible y la defensa irrestricta de un orden y una institucionalidad poco democrática, puede debilitar una dimensión fundamental del Estado de derecho, que se vincula a la efectiva realización material de los derechos humanos. Así las cosas, en un Estado constitucional de derecho, como los desarrollados a partir de la segunda mitad del siglo XX en Occidente, la separación de poderes y la independencia judicial no tienen, entonces, el mismo significado que en el paradigma *legicentrista* decimonónico. En palabras de García-Calvo (2003), las y los jueces tienen 'una doble vinculación a la Constitución y a la ley', lo cual significa que se ha ampliado considerable el ámbito de su decisión, en particular, por la incorporación de principios constitucionales en forma de derechos fundamentales. Estos principios *iusefundamentales*, consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, deben ser respetados, promovidos y garantizados por todos los órganos estatales y por los privados, como dicen los arts. 5 y 6 de la Constitución chilena del 80. En consecuencia, el lugar central que ocupa la Constitución exige, como lo destaca Ibáñez (2003), entender que la judicatura está dotada de una cierta dimensión de contrapoder o control dentro del Estado de derecho y que su competencia configura una esfera de acción mayor dada, primordialmente, por la obligación de proteger los derechos fundamentales, los que son dinámicos y expansivos. Con mayor razón, el margen de acción de los tribunales es amplio cuando existe una laguna, es decir, una situación no explícitamente prevista por el legislador que, además, afecta derechos fundamentales. Conviene recordar que, en la primera sentencia antes citada, la jueza Rebolledo sostuvo que el legislador chileno había regulado solo parcialmente la situación de niños o niñas nacidos de técnicas de fertilización *in vitro* en lo referente a su filiación, dado que el art. 182 del Código Civil⁴³²

⁴³² Dispone la norma: "El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de

–única norma legal que se refiere a esta materia- asume que las parejas que se someten a dicha técnica son siempre parejas heterosexuales, en circunstancias que, en la práctica, también lo hacen las parejas homosexuales, como ocurrió en el caso sometido a su decisión. La juez observó que la falta de regulación completa en esta situación implicaba una vulneración de los derechos fundamentales de las dos mujeres y de su hijo común, establecidos en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Chile. En suma, el Estado constitucional de derecho le impone a juezas y jueces un deber de control consistente en evitar que se vulneren los derechos humanos, tanto por la acción de privados como de órganos públicos. En el ejercicio de este deber tienen prohibido inhibirse bajo pretexto de ausencia de solución legislativa específica. No por casualidad, el artículo 76 inciso 2º de la Constitución chilena establece explícitamente que, reclamada la intervención del poder judicial ‘en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión’. Todas estas reglas dirigidas a la judicatura otorgan a la función judicial un papel preponderante en la configuración del derecho vigente, que va más allá de la mera aplicación formal de las leyes, característica de los ordenamientos jurídicos decimonónicos. Por último, es importante también transparentar que en la actualidad los tribunales de justicia se han transformado en un actor clave en la resolución de problemas sociales que afectan a las personas y grupos que carecen de poder social ante la falta de respuesta legislativa. En una democracia no es infrecuente que el Congreso represente los intereses de la mayoría desatendiendo la regulación de cuestiones que afectan derechos de las minorías, sea por desidia, inercia, o falta de voluntad política, lo cual termina convalidando y perpetuando injusticias sociales”.⁴³³

Como el lector podrá observar, la aludida tensión entre el Estado de Derecho y la actividad judicial es uno de los asuntos más complejos del Derecho moderno. Es sin duda interesante y correcta la tesis planteada por las dos autoras en cuanto a que los jueces deben considerar no sólo el ordenamiento legal, sino que igualmente y con preeminencia el orden constitucional. Pero en nuestra opinión es muy discutible el distingo que ellas formulan entre una aplicación “formal” de las leyes y otra que, asumimos, sería “material”, y que, en el marco de tal distingo, los jueces puedan dejar de lado la primera y sustituirla por la segunda. No creemos que deba plantearse tal distingo. La aplicación de la ley no es “formal” o “material”, sino que debe hacerse siempre según su *genuino sentido*, al que el juez debe llegar mediante las reglas de interpretación consignadas en el Código Civil. La verdad es que el fallo de la Jueza de Familia infringió ostensiblemente –en nuestra opinión- las normas del Derecho de Familia que se encontraban a la sazón vigentes, a partir de las cuales no podía haber más que un padre y una madre. Por otra parte, nos parece inaceptable la tesis final, en virtud de la cual el juez se transforma en una especie de “legislador”, so pretexto de una “falta de respuesta legislativa” frente a determinadas reivindicaciones de grupos minoritarios. Dicha aseveración daña de manera radical el principio de la separación de funciones, que constituye uno de los elementos esenciales de todo Estado de Derecho y de una sociedad democrática y abre el camino para un “gobierno de los jueces”, que pondría fin a toda certidumbre y seguridad jurídicas.

ii.- Por una sentencia de 26 de agosto de 2024 del Juzgado de Familia de Osorno, autos Rol C-421-2021, se concluye que es posible, sin reforma legal de por medio, reconocer la triple filiación de un niño, fundada sobre la base de la socioafectividad. Es decir, que un niño puede tener tres progenitores. En el caso, tenía determinada su filiación matrimonial respecto de su madre y de su padre, pero la paternidad fue impugnada por

reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. / No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

⁴³³ Morales, Leticia y Zúñiga Añazco, Yanira (2020), “Tribunales y el Estado de Derecho. ¿Quién fija las reglas del juego?”, en www.ciperchile.cl, 30 de junio de 2020, columna de opinión en *Cíper Académico*.

un tercero, quien señaló ser el padre biológico del niño. La sentencia, omitiendo referirse al art. 34 del Código Civil, desestimó la acción de impugnación, pero acogió la de reclamación, de conformidad a la Ley N° 21.430, Ley de Garantías y Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia, pues en ella se emplea la expresión “padres y/o madres” sin limitación de número⁴³⁴ y por ende reconoce “la posibilidad de pluralidad de padres y/o madres, sin distinción, sin que esta pluralidad quede limitada a algún tipo de familia”. La sentencia se fundamenta, además, en la prevalencia del principio del interés superior del niño, quien manifestó en autos tener “dos papás” y su temor de que se le alejare de uno de ellos (considerando 4°).

El profesor Nicolás Ibáñez Meza, analizando los alcances de esta sentencia, advierte que “el gran ausente en la construcción jurídica de la sentencia es el artículo 34 del *Código Civil*, que aun cuando es omitido por completo del razonamiento, representa el muro con el que el aparente pluralismo de la expresión ‘padres y/o madres’ colisiona. Con ello, el problema que afecta a la sentencia no es (ni debe ser) una cuestión ideológica sobre si se está o no de acuerdo con la existencia de la triple filiación, sino asumir el innegable hecho de que esta es silente respecto de la limitación legal binaria impuesta por la ley, y eso es lo que complica la construcción de validez de los planteamientos”.⁴³⁵

Explora Ibáñez tres posibles alternativas en las que dar sustento a la sentencia, no obstante, el tenor del art. 34 del Código Civil: prevalencia del interés jurídico del niño (ocupada por la sentencia), aplicación del principio de especialidad (las normas de la Ley N° 21.430 serían normas especiales y por ende de aplicación preferente a las normas generales del Código Civil y entre ellas la del art. 34) y una posible inconstitucionalidad del art. 34, habida cuenta que con su limitación a dos progenitores pugnaría con el derecho a la identidad del menor, entendido como una manifestación de la dignidad de la persona. Esta última es la alternativa que le parece correcta a Ibáñez, señalando que “la limitación del artículo 34 del *Código Civil*, en los casos que presenten hipótesis de filiación triple o pluriparentalidad, se torna inaplicable por inconstitucional por afectar un derecho fundamental de las personas y, en este caso, el de los derechos de identidad del niño. Nótese, que esta sería la respuesta con la que el derecho argentino logró hacer frente a idénticas problemáticas. Así, dada la regulación actual, parece ser que es el Tribunal Constitucional quien debiera hacer procedente dicho planteamiento, declarándose inconstitucional el artículo 34 del *Código Civil* para su aplicación en los casos en concreto en los que existan situaciones como las acá planteadas”.⁴³⁶

No es esta la ocasión para abordar en profundidad los alcances del derecho a la identidad, pero por ahora, digamos que en su virtud el niño tiene derecho a que se reconozca su verdadera filiación biológica (que en el caso era la del demandante), y no que se mantenga una filiación que no corresponde a la verdad (como era la del “padre” demandado). Lo anterior, salvo si nos encontráramos en el caso previsto en el art. 201 del Código Civil, que permite dejar de lado la filiación biológica y preferir la filiación aparente derivada de la posesión notoria del estado civil de hijo.⁴³⁷

⁴³⁴ El art. 2, inc. 3° de la Ley N° 21.430 expresa: “El derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes corresponde preferentemente a sus padres y/o madres, quienes ejercerán este derecho y deber impartiendo dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades”.

⁴³⁵ Ibáñez Meza, Nicolás (2025), “La procedencia de la triple filiación en el sistema chileno y su colisión con el artículo 34 del *Código Civil*. Reflexiones en torno a la sentencia del 26 de agosto de 2024 del Juzgado de Familia de Osorno”, en *Actualidad Jurídica*. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 51, Año XXVI. Enero 2025, p. 224.

⁴³⁶ Ibáñez Meza, Nicolás (2025), pp. 225-229.

⁴³⁷ “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. / Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

De cualquier manera, a nuestro juicio este es otro caso en el que un juez, por loables que puedan considerarse sus motivaciones, hace caso omiso de una norma legal de orden público que con toda claridad expresa que un niño no puede tener sino uno o dos progenitores, pero no tres o más.

Bibliografía.

- Abeliuk Manasevich, René (2010), *Las Obligaciones*, Tomo I, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Álvarez González, Rosa (2014), "Las Fuentes de conocimiento de lo jurídico", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014.
- Alvear Téllez, Julio (2018), *La crítica al discurso de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ardrey, Robert (1983), *La evolución del hombre. La hipótesis del cazador*, Madrid, Alianza Editorial, 3ª edición.
- Ardrey, Robert (1979), *El Contrato Social*, Barcelona, Plaza & Janés, S.A., Editores.
- Aristóteles (1985), *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid, Editorial Gredos S.A.
- Azcárate, Gumersindo de (1972), "Juicio crítico sobre el Código Civil de la República de Chile", en *España honra a Don Andrés Bello, Compilación, presentación y notas de Pedro Grases*, Caracas, Presidencia de la República de Venezuela.
- Barillas, José (1967), "Las fuentes formales del ordenamiento jurídico", tesis doctoral, Universidad de El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial "Dr. Ricardo Gallardo", disponible en www.csj.gob.sv.
- Barros Arana, Diego (2001a), *Historia General de Chile*, tomo VI, Santiago de Chile, Editorial Universitaria y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2ª edición.
- Barros Arana, Diego (2001b), *Historia General de Chile*, tomo VII, Santiago de Chile, Editorial Universitaria y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2ª edición.
- Barrow, R. H. (1980), *Los Romanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión.
- Bascañán Valdés, Aníbal (1948), *Historia del Derecho (Notas para el Curso de 1948)*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria.
- Borda, Guillermo A. (2007), *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, 12ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Bravo Lira, Bernardino (1996), *Por la razón o la fuerza. El Estado de derecho en la Historia de Chile*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Brebbia, Roberto H. (2000), *Instituciones de Derecho Civil*, I, Rosario, Editorial Juris.
- Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier (2017), "Estado de Derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24, Nº 1 (2017).
- Carpintero Benítez, Francisco (2000), *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Editorial COLEX.
- Claro Solar, Luis (1898), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas*, Tomo Primero, Santiago de Chile, Establecimiento Poligráfico Roma.

- Colin, Ambroise y Capitant, Henry (2002), *Derecho Civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces*, volumen 1, impreso en México, Editorial Jurídica Universitaria.
- Corral Talciani, Hernán (2018), *Curso de Derecho civil. Parte General*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Coviello, Nicolás (2007), *Doctrina General del Derecho Civil*, Buenos Aires, Valletta Ediciones.
- De Buen, Demófilo (2003), "La moral en el Derecho civil", disponible en www.derecho.unam.mx.
- Del Picó Rubio, Jorge (2024), "La seguridad jurídica como finalidad del derecho", en *Revista Ius et Praxis*, Año 30, N° 1, 2024, Talca, Chile.
- Ducci Claro, Carlos (1984), *Derecho Civil. Parte General*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Eyzaguirre, Jaime (2000), *Historia del Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 16ª edición.
- Ferrante, Riccardo (2013), "Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, vol. 25, julio-diciembre de 2013.
- Figueroa Yáñez, Gonzalo (2015), *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Fustel de Coulanges (1979), *La ciudad Antigua*, Barcelona, Editorial Iberia S. A.
- García del Corral, Idelfonso (1889), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 1, Barcelona, Jaime Molinas – Editor.
- García Máyne, Eduardo (2002), *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición, México, Editorial Porrúa.
- González Vicén, Felipe (1979), "La filosofía del Derecho como concepto histórico", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna.
- Guevara Pulgar, José Bernardo (2015), "Estado de Derecho", en *En búsqueda del Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- Guzmán Brito, Alejandro (2005a), "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el Derecho Chileno", en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Guzmán Brito, Alejandro (2005b), "El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho", en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Guzmán Brito, Alejandro (2013), *Derecho privado romano*, 2ª edición, Tomo I, Santiago de Chile, LegalPublishing – Thomson Reuters.
- Herrin, Judith (2009), *Bizancio. El imperio que hizo posible la Europa Moderna*, Barcelona, Debate.
- Hierrezuelo Conde, Guillermo (2007), "STAMMLER, Rudolf, *La génesis del Derecho* (traducción del alemán por Wenceslao Roces Suárez y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2006), 90 págs., en *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, N° 29, Valparaíso, 2007.
- Ibáñez Meza, Nicolás (2025), "La procedencia de la triple filiación en el sistema chileno y su colisión con el artículo 34 del *Código Civil*. Reflexiones en torno a la sentencia del 26 de agosto de 2024 del Juzgado de Familia de Osorno", en *Actualidad Jurídica*. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 51, Año XXVI. Enero 2025.

- Lasarte, Carlos (2003), *Principios de Derecho civil. Tomo I. Parte General y Derecho de la persona*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 9ª edición.
- Legaz Lacambra, Luis (1975), *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Barcelona, Bosch-Casa Editorial.
- Malleros K., Fotios (1987), *El Imperio Bizantino. 395-1204*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Bizantinos y Neohelénicos, Facultad de Filosofía y Educación, Universidad de Chile.
- Marshall Barberán, Pablo (2010), "El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 17, Nº 2, 2010.
- Martínez, José Ignacio y otros (2020), "Estado de Derecho: ¿otra crisis que se suma?", carta publicada en el diario *La Tercera*, edición del 19 de junio de 2020.
- Morales, Leticia y Zúñiga Añazco, Yanira (2020), "Tribunales y el Estado de Derecho. ¿Quién fija las reglas del juego?", en www.ciperchile.cl, 30 de junio de 2020, columna de opinión en *Ciper Académico*.
- Moranchel Pocaterra, Mariana (2017), *Compendio de Derecho romano*, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Nack, Emil y Wagner, Wilhem (1960), *Roma. El país y el pueblo de los antiguos romanos*, Barcelona, Editorial Labor S.A.
- Pacheco Gómez, Máximo (1990), *Teoría del Derecho*, 4ª edición, impreso en Colombia, Editorial Temis S.A./Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez de los Reyes, Marco Antonio (sin año), "El ayer y el hoy de los juristas romanos", p. 228, en www.jurídica.unam.mx.
- Pescio V., Victorio (1948), *Manual de Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. I*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- Ramos Núñez, Carlos (2009), "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna", en *La tradición clásica en el Perú Virreinal*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Rodríguez Grez, Pablo (2015), "Estado de Derecho", en "*El Mercurio*", Santiago de Chile, edición del 8 de enero de 2015.
- Rodríguez Grez, Pablo (2016), "Democracia y Estado de Derecho", en "*El Mercurio*", Santiago de Chile, edición del 31 de marzo de 2016.
- Romero Seguel, Alejandro; Aguirrezabal Grünstein, Maite; y Baraona González, Jorge (2008), "Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil", en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, Nº 1, 2008.
- Ruz Lártiga, Gonzalo (2011), *Explicaciones de Derecho Civil. Parte general y acto jurídico*, Tomo I, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile.
- Serrano, Enrique (2005), "La teoría aristotélica de la justicia", en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº 22/Abril 2005, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Squella Narducci, Agustín (2004), *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia Fernández, Isabel (1986), "Sobre el origen etimológico del término 'ius'", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 13 (Palma de Mallorca, 1986).
- Truyol y Sierra, Antonio (2004), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la Baja Edad Media*, 14ª edición, Madrid, Alianza Universidad Textos.
- Vodanovic H., Antonio (1990), *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General, Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas*,

ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., Santiago de Chile, Ediar Conosur Ltda., Tomo 1º, 5ª edición.

- Williams Benavente, Jaime (2021a), *Filosofía del Derecho. Sus fundamentos griegos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, tomo I, 2ª edición.
- Williams Benavente, Jaime (2021b), *Filosofía del Derecho. Sus fundamentos griegos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, tomo II, 2ª edición.
- Williams Benavente, Jaime (1999), *Lecciones de Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 3ª edición, actualizada.
- Williams B. Jaime y Dougnac R., Antonio (1994), *Introducción a la vida cívica*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria.

Cuestionario.

- 1.- Siguiendo los postulados de Sócrates, ¿con qué identifica éste el cumplimiento de la ley y qué consecuencias se derivarían de incumplirla?
- 2.- ¿En qué debe fundarse la ley, según Platón?
- 3.- ¿Con qué identifica el Derecho Aristóteles y en qué se diferencia al respecto con Sócrates y con Platón?
- 4.- ¿Qué entiende Aristóteles por "justo natural" y por "justo legal"?
- 5.- Explique brevemente cómo influyó la Escuela Estoica en los juristas romanos.
- 6.- A) ¿Qué clases de normas de conducta existen? B) ¿Qué diferencia, fundamentalmente, a las normas de conducta de las leyes de la naturaleza? C) ¿Cuál es el núcleo común a todas las normas de conducta?
- 7.- ¿Cómo se definen las normas religiosas?
- 8.- Señale y explique brevemente los caracteres de las normas religiosas.
- 9.- ¿Cómo se definen las normas de trato social?
- 10.- Señale y explique brevemente los caracteres de las normas de trato social.
- 11.- ¿En qué acepciones puede tomarse la palabra "derecho? Explíquelas brevemente.
- 12.- ¿Qué se entiende por derecho objetivo y qué por derecho subjetivo?
- 13.- ¿Qué se entiende por Derecho positivo? ¿Qué se entiende por Derecho natural?
- 14.- ¿Qué etapas se duelen distinguir en las concepciones relativas al Derecho natural?
- 15.- ¿Quiénes son los principales exponentes del Derecho natural antiguo o clásico?
- 16.- ¿Quiénes son los principales exponentes del Derecho natural en la Edad Media?
- 17.- ¿Quiénes son los principales exponentes del Derecho natural "neoescolástico" y "racionalista"?
- 18.- ¿Qué Escuelas surgidas en el siglo XVIII controvierten los postulados de los partidarios del Derecho natural? Explique brevemente sus postulados.
- 19.- ¿Qué postularon los partidarios del Derecho natural al término de la Segunda Guerra Mundial?
- 20.- Explique brevemente las diferencias entre las normas jurídicas y las normas morales. Haga los distinguos del caso tratándose de las últimas.
- 21.- A) ¿Qué se entiende por "moral individual" y por "moral social"? B) ¿Con qué noción jurídica se identifica la segunda?
- 22.- ¿En qué se fundamenta el Derecho y qué valores debemos considerar para este análisis?
- 23.- A) ¿Cuáles son los grandes fines del Derecho y cuál es el fin supremo de este? B) Explique brevemente cada uno de los fines del Derecho.
- 24.- ¿Qué hipótesis de injusticia formula Aristóteles?
- 25.- ¿Qué entiende Aristóteles por justicia universal?
- 26.- ¿Qué entiende Aristóteles por justicia particular?
- 27.- ¿De qué clases puede ser la justicia particular, según Aristóteles?
- 28.- ¿En qué consiste la justicia distributiva, según Aristóteles?

- 29.- ¿En qué consiste la justicia correctiva, según Aristóteles?
- 30.- ¿De qué clases pueden ser los tratos que se presentan en los casos de justicia correctiva, según Aristóteles?
- 31.- A) ¿Cómo define Ulpiano la justicia? B) ¿Qué alcances pueden formularse a esta definición?
- 32.- A) ¿Cuáles son los tres principios que deben cumplirse en la conducta de todo individuo, según Ulpiano? B) ¿Qué alcances pueden formularse a estos principios?
- 33.- ¿De dónde puede emanar la justicia, según Santo Tomás de Aquino?
- 34.- A) ¿Cómo puede operar la justicia, según Santo Tomás de Aquino? B) ¿De qué clases puede ser la justicia atendiendo al modo en que opera, según Santo Tomás de Aquino?
- 35.- Proporcione alguno de los conceptos de ordenamiento jurídico revisados en la cátedra.
- 36.- A) ¿Cuál es el contenido del ordenamiento jurídico y qué debe desprenderse de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República? B) ¿Qué principio se consagra en estas dos disposiciones constitucionales?
- 37.- ¿Forman parte del ordenamiento jurídico los principios jurídicos? Fundamente su respuesta.
- 38.- ¿Qué secuencia lógica cabe considerar a partir de los valores esenciales de toda sociedad humana?
- 39.- Enumere las características del ordenamiento jurídico.
- 40.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un "sistema u orden racional"?
- 41.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema jerárquico?
- 42.- ¿Qué alcances cabe formular al hecho de que el ordenamiento jurídico sea un sistema temporal?
- 43.- ¿En qué aspectos se desenvuelve el carácter territorial del ordenamiento jurídico?
- 44.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema dinámico?
- 45.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema unitario y qué es aquello que le da unidad a este?
- 46.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema pleno?
- 47.- ¿Por qué se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente?
- 48.- ¿A qué se refiere el estudio de las fuentes del ordenamiento jurídico?
- 49.- ¿De qué clases son las fuentes del ordenamiento jurídico?
- 50.- ¿Qué se entiende por fuentes materiales del ordenamiento jurídico?
- 51.- ¿Qué se entiende por fuentes formales del ordenamiento jurídico?
- 52.- ¿Qué fuentes formales del ordenamiento jurídico puede mencionar?
- 53.- ¿Qué fuentes formales legisladas señala el profesor Hernán Corral?
- 54.- ¿Qué fuentes formales no legisladas señala el profesor Hernán Corral?
- 55.- ¿Cómo se clasifican las fuentes formales según Agustín Squella?
- 56.- ¿Qué potestades normativas señala el profesor Jaime Williams? Aluda brevemente a cada una de ellas.
- 57.- ¿Qué diferencias pueden señalarse entre norma jurídica y ley?
- 58.- Proporcione la definición de norma jurídica formulada por la cátedra.
- 59.- ¿Cuáles son los fines fundamentales de la norma jurídica? Explíquelos brevemente.
- 60.- ¿Por qué se afirma que la norma jurídica tiene una doble naturaleza?
- 61.- ¿Cómo se estructura una norma jurídica?
- 62.- Enumere las características de la norma jurídica.
- 63.- Refiérase a la característica en virtud de la cual la norma jurídica debe ser "racional y justa".
- 64.- ¿Qué significa que una norma jurídica sea heterónoma?
- 65.- ¿Por qué se afirma que la norma jurídica es imperativa?
- 66.- A) ¿Por qué se afirma que la norma jurídica es bilateral? B) ¿Qué significados esenciales se desprenden de este carácter?

- 67.- A) ¿Por qué se afirma que la norma jurídica es general? B) ¿Conoce alguna excepción?
- 68.- ¿Por qué se afirma que la norma jurídica es abstracta e hipotética?
- 69.- A) ¿Por qué se afirma que la norma jurídica es coactiva y coercible? B) ¿En qué sentidos puede desplegarse la coercibilidad?
- 70.- A) ¿Por qué se afirma que el incumplimiento de la norma jurídica está sujeto a sanción? B) ¿Se puede afirmar que la sanción es una consecuencia automática?
- 71.- A) ¿Cuáles son las sanciones más importantes en el ámbito del Derecho civil patrimonial? B) ¿Cuáles son las sanciones más importantes en el ámbito del Derecho civil extrapatrimonial?
- 72.- ¿Qué sanciones pueden operar en el ámbito del Derecho penal?
- 73.- A) ¿Contiene el ordenamiento jurídico normas cuyo incumplimiento no está sujeto a sanción? B) ¿Qué se ha dicho por algunos autores acerca de esta clase de normas? C) ¿Conoce algún caso en el Derecho chileno?
- 74.- ¿Qué denota el carácter estadual o estatal de las normas jurídicas?
- 75.- ¿Qué elementos pueden distinguirse en una norma jurídica?
- 76.- Refiérase brevemente al elemento subjetivo de la norma jurídica y proporcione un ejemplo.
- 77.- Refiérase brevemente al elemento objetivo de la norma jurídica y proporcione un ejemplo.
- 78.- ¿En qué consiste la "relación jurídica" como elemento de la norma jurídica? Proporcione un ejemplo.
- 79.- ¿En qué consiste la "consecuencia jurídica" como elemento de la norma jurídica? Proporcione un ejemplo.
- 80.- Refiérase al fin específico de la norma jurídica. Proporcione un ejemplo.
- 81.- Enumere las distintas clasificaciones de las normas jurídicas.
- 82.- A) Refiérase brevemente al distingo entre normas de Derecho público y de Derecho privado. B) Indique las diferencias fundamentales entre unas y otras.
- 83.- A) Refiérase brevemente al distingo entre normas de orden público y de orden privado. B) Señale cuatro clases de normas de orden público.
- 84.- Refiérase brevemente al distingo entre normas interpretativas, declarativas o explicativas y normas supletorias o integradoras. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 85.- Refiérase brevemente al distingo entre normas reguladoras, completas o autónomas y normas de aplicación, de reenvío o incompletas. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 86.- Refiérase brevemente al distingo entre normas de Derecho común y normas de Derecho excepcional. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 87.- Refiérase brevemente al distingo entre normas de Derecho común y normas de Derecho especial. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 88.- ¿En qué se refleja la importancia del distingo entre normas de Derecho común y normas de Derecho especial?
- 89.- Refiérase brevemente al distingo entre normas de Derecho general y normas de Derecho particular. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 90.- Refiérase brevemente al distingo entre normas de Derecho permanente y de Derecho transitorio. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 91.- Refiérase brevemente al distingo entre normas de carácter rígido y normas de carácter flexible. Proporcione un ejemplo de cada una.
- 92.- Proporcione una de las definiciones de costumbre revisadas en la cátedra.
- 93.- Señale los elementos que se distinguen en la costumbre y explíquelos brevemente.
- 94.- Señale y explique brevemente las diferencias que se observan entre la ley y la costumbre.
- 95.- Explique brevemente el distingo entre los usos y la costumbre.
- 96.- Señale y explique brevemente los caracteres de la costumbre.

- 97.- Señale y explique brevemente las distintas clases de costumbre.
- 98.- Refiérase al valor y fuerza de la costumbre a lo largo de la historia y en nuestros días.
- 99.- ¿Cómo se prueba la costumbre? Formule los distinguos del caso.
- 100.- Señale y explique brevemente las diferencias entre la costumbre civil y mercantil.
- 101.- ¿Cómo definía Ulpiano a la jurisprudencia?
- 102.- ¿Cómo se define en nuestros días la jurisprudencia?
- 103.- ¿Por qué la doctrina instaurada a partir de la codificación moderna afirma que la jurisprudencia no puede ser considerada como fuente de Derecho?
- 104.- ¿Qué argumentos proporciona Guillermo A. Borda para concluir que la jurisprudencia tiene una extraordinaria importancia en el Derecho moderno?
- 105.- ¿Qué diferencias se observan entre el Derecho anglosajón y el nuestro, en lo que concierne a la jurisprudencia?
- 106.- ¿Cómo se define el Estado de Derecho por la cátedra?
- 107.- Señale al menos siete elementos del Estado de Derecho, que se desprenden de la definición del Secretario General de las Naciones Unidas de fecha 3 de agosto de 2004.
- 108.- ¿Cuáles son las características esenciales del Estado de Derecho, según Arturo Alessandri Rodríguez?
- 109.- ¿Cuáles son los requisitos del Estado de Derecho, según Antonio Vodanovic?
- 110.- A) ¿Cómo define el Estado de Derecho Pablo Rodríguez Grez? B) ¿Cuáles son sus componentes?
- 111.- ¿Qué distorsiones amenazan al Estado de Derecho, según Pablo Rodríguez Grez?
- 112.- ¿Dónde encontramos el fundamento del Estado de Derecho, según Pablo Marshall?
- 113.- A) ¿Qué principios pueden deducirse de la idea de Estado de Derecho como principio constitucional, según Pablo Marshall? Explíquelos brevemente. B) ¿Qué preceptos de la Constitución Política de la República integran el Estado de Derecho en Chile, según Pablo Marshall?
- 114.- ¿Cuáles son las dos ideas fundamentales que se asocian a la idea de Estado de Derecho, según Gonzalo Candia y Francisco Javier Urbina? Explíquelas brevemente.
- 115.- Explique brevemente en qué consiste lo que se ha llamado tensión entre el Estado de Derecho y la actividad judicial.